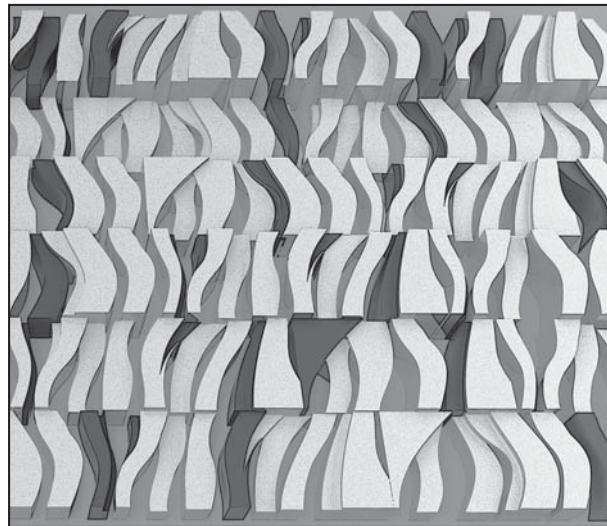


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 252 - TOMO 2

ANO 30

OUTUBRO/NOVEMBRO/DEZEMBRO 2018

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Mauro Campbell Marques

Chefe de Gabinete

Fernanda Teotonia Vale Carvalho

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Marilisa Gomes do Amaral

Técnico em Secretariado

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

Mensageiro

Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

Superior Tribunal de Justiça

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

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

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

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

Telefone (61) 3319-8055

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

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

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

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

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

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra **Fátima Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

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

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

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

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

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo Filho**

Ministro **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel Diniz Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

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

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães**

Ministro **Sérgio Luiz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Assusete Magalhães**

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

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

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

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

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

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

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

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Marco Buzzi**

Ministro **José Lázaro Alfredo Guimarães** *

* Desembargador Convocado (TRF da 5ª Região)

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

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

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

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

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

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

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

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Nefi Cordeiro**

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

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

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

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

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

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Moura Ribeiro**

Ministro **Nefi Cordeiro**

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Gurgel de Faria**

COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES

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

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

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

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

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

Membros Efetivos

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Membros Suplentes

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Buzzi**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

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

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

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

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

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

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

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

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



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

CORTE ESPECIAL	23
AgInt nos EAREsp n. 814.129 - ES - Rel. Min. Humberto Martins	25
Embargos de divergência em recurso especial - Não cabimento - Recolhimento de custas - Comprovante ilegível - Súmula n. 168-STJ.	
EREsp n. 1.582.475 - MG - Rel. Min. Benedito Gonçalves	30
Execução de título extrajudicial - Dignidade do devedor - Preservação - Vencimentos - Percentual - Penhorabilidade.	
PRIMEIRA SEÇÃO	45
AgInt nos EAREsp n. 785.140 - RS - Rel. Min. Og Fernandes	47
Execução - Prescrição - Termo inicial.	
EDcl no REsp n. 1.657.156 - RJ - Rel. Min. Benedito Gonçalves	58
Medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS - Concessão - Requisitos - Direito à saúde.	
HC n. 434.686 - DF - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	72
Extradicação ativa - Constrangimento ilegal - Não ocorrência.	
MS n. 23.231 - DF - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	93
Anistia política - Direito líquido e certo - Reparação econômica retroativa - Cabimento.	
REsp n. 1.340.553 - RS - Rel. Min. Mauro Campbell Marques	121
Execução fiscal - Lei n. 6.830/1980, art. 40 - Prescrição intercorrente - Contagem.	

REsp n. 1.405.244 - SP - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.....	277
IPI - Selo de controle - Aquisição - Decreto-Lei n. 1.437/1975 - Estrita legalidade tributária - Ofensa - Prescrição quinquenal - Taxa de Poder de Polícia - Tributo - Lançamento de ofício.	
REsp n. 1.648.305 - RS - Rel. Min. Regina Helena Costa.....	314
Auxílio-acompanhante - Extensão - Possibilidade - Aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social - Invalidez - Assistência permanente de terceiro - Comprovação - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 45.	
PRIMEIRA TURMA	379
AREsp n. 309.867 - ES - Rel. Min. Gurgel de Faria.....	381
Licitação - Empresa em recuperação judicial - Participação - Possibilidade.	
REsp n. 1.492.832 - DF - Rel. Min. Gurgel de Faria.....	390
Responsabilidade civil do Estado - Dever do Estado de indenizar - Não cabimento - Imposto de Importação (II) - Redução de alíquota - Indústria nacional - Impacto econômico-financeiro.	
REsp n. 1.565.166 - PR - Rel. Min. Regina Helena Costa	430
Servidor público estadual - Afastamento - Direitos fundamentais - Violação - Imprescritibilidade da ação - Perseguição política - Regime militar.	
RO n. 179 - RJ - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	439
Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL) - Execução fiscal ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Renúncia - Ausência.	
SEGUNDA TURMA	445
AREsp n. 667.867 - SP - Rel. Min. Og Fernandes.....	447
Responsabilidade civil ambiental - Degradação ambiental - Derramamento de óleo - Poluição - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade.	
AgInt no AREsp n. 964.974 - GO - Rel. Min. Francisco Falcão	463
Improbidade administrativa - Elemento subjetivo - Existência - Lei n. 8.429/1992, arts. 10, IX, e 11, <i>caput</i> - Princípios administrativos - Ofensa.	
AgInt nos REsp n. 1.419.098 - MS - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	482

Área de preservação permanente - Ocupação e edificação - Dever de reparação do agente causador do dano ambiental - Licença administrativa - Ilegalidade - Teoria do fato consumado - Inaplicabilidade.

REsp n. 1.657.075 - PE - Rel. Min. Francisco Falcão 516

Direito à saúde - Importação de medicamento - Legitimidade passiva *ad causam* - União.

SEGUNDA SEÇÃO 525

EREsp n. 1.280.825 - RJ - Rel. Min. Nancy Andrighi 527

Responsabilidade civil - CC/2002, art. 205 - Inadimplemento contratual - Prescrição decenal.

REsp n. 1.108.058 - DF - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti 580

Ação de consignação em pagamento - Depósito integral da dívida - Necessidade.

REsp n. 1.312.736 - RS - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira 621

Previdência privada - Verbas remuneratórias - Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria.

REsp n. 1.680.318 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva 656

Plano de saúde coletivo empresarial - Contribuição exclusiva do empregador - Ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa - Manutenção no plano - Não cabimento.

TOMO 2

TERCEIRA TURMA 679

REsp n. 1.432.665 - SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 681

Contrato de cessão fiduciária de título de crédito - Registro no domicílio das partes contratantes.

REsp n. 1.584.441 - SP - Rel. Min. Moura Ribeiro 698

Sociedade empresarial estrangeira - Representação no Brasil - CPC/2015, art. 21, I e parágrafo único - Prestação de caução - Desnecessidade.

REsp n. 1.615.979 - RS - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino 704

Responsabilidade civil - Ação civil <i>ex delicto</i> - CC, art. 188 - Inaplicabilidade - Indenização - Pensionamento - Legítima defesa - Excesso.	
REsp n. 1.653.141 - SP - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	722
Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres - Citação dos sócios - Ausência - Cooperativa - Fase de cumprimento de sentença.	
REsp n. 1.658.568 - RJ - Rel. Min. Nancy Andrighi.....	729
Ação coletiva de consumo - Arrendamento mercantil - Arrendatário - Culpa - Ausência - Parcelas vincendas - Cobrança - Impossibilidade - Perda do bem arrendado garantido por contrato de seguro.	
REsp n. 1.698.701 - RJ - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	759
Uso indevido de imagem - Fins comerciais - CC/2002, art. 884 - Dever de restituição - Enriquecimento sem causa - Lucro da intervenção.	
REsp n. 1.724.544 - SP - Rel. Min. Moura Ribeiro	781
Compromisso de compra e venda - Comissão de corretagem - Restituição de valores - Imóvel na planta - Prazo prescricional - Termo inicial.	
REsp n. 1.758.746 - GO - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	794
Recuperação judicial - Bem de capital - Inexistência - Trava bancária - Restabelecimento.	
QUARTA TURMA.....	813
AgInt no AREsp n. 197.916 - RJ - Rel. Min. Raul Araújo	815
Ação civil pública - Carência de ação - Direitos disponíveis e heterogêneos - Extinção do processo sem julgamento do mérito.	
HC n. 439.973 - MG - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....	822
Prisão civil - Legitimidade - Débito alimentar incontroverso - Pagamento parcial da dívida - Revogação do decreto prisional - Não cabimento - Teoria do Adimplemento Substancial - Não incidência.	
RHC n. 97.876 - SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão	849
Execução de título extrajudicial - Coação ilegal - Passaporte - Retenção.	
REsp n. 1.155.547 - MG - Rel. Min. Marco Buzzi.....	871

Doação - Cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade - Imóvel - Alienação - Possibilidade.	
REsp n. 1.660.278 - RJ - Rel. Min. Marco Buzzi.....	885
Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores de seguradora em liquidação extrajudicial - Atos omissivos - Medida cautelar de arresto.	
REsp n. 1.678.667 - RJ - Rel. Min. Raul Araújo.....	903
Ação de responsabilidade civil por perdas e danos - Cláusula compromissória no contrato social - Existência - CPC/2015, art. 485, VII - Extinção do processo sem julgamento do mérito.	
REsp n. 1.688.243 - RJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	919
Aparelhos telefônicos celulares - Utilização do termo <i>iphone</i> .	
REsp n. 1.691.075 - RS - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	958
Previdência privada - Renda Mensal Inicial - Revisão do cálculo.	

TERCEIRA SEÇÃO 1015

CC n. 160.748 - SP - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	1017
Competência - Contrabando de cigarros - Indícios de transnacionalidade na conduta do agente - Desnecessidade - Justiça Federal.	
HC n. 323.409 - RJ - Rel. Min. Felix Fischer.....	1029
Crime de homicídio qualificado - Decisão absolutória - Anulação - Soberania dos veredictos - Ofensa - Não ocorrência.	
MS n. 15.096 - DF - Rel. Min. Ribeiro Dantas.....	1069
Policial Rodoviário Federal - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Pena de demissão - Anulação - Processo administrativo disciplinar - Produção de provas - Requerimento - Indeferimento pela Comissão Processante - Fundamentação inidônea.	
REsp n. 1.710.674 - MG - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....	1082
Execução penal - Estabelecimento penal adequado - Inexistência - Parâmetros - Observância - Necessidade - Prisão domiciliar - Concessão imediata - Não cabimento.	

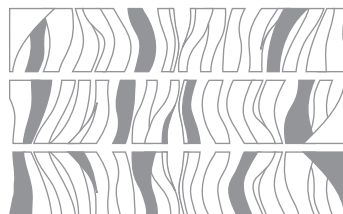
QUINTA TURMA..... 1101

- HC n. 160.901 - GO - Rel. Min. Ribeiro Dantas 1103
Favorecimento da prostituição - Absolvição - Atipicidade da conduta - CPP, art. 386, III.
- HC n. 427.498 - SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik 1115
Crime de homicídio qualificado - Nulidade absoluta - Não ocorrência - Prejuízo à defesa - Ausência - Tribunal do Júri - Depoimento das testemunhas - Degravação - Não obrigatoriedade.
- HC n. 430.387 - RJ - Rel. Min. Felix Fischer..... 1123
Organização criminosa - Lavagem de dinheiro - Deputado estadual - Medidas cautelares diversas da prisão - Inviabilidade - Prisão preventiva - Fundamentação - Ocorrência.
- HC n. 453.437 - SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... 1149
Crime de tráfico de entorpecente - Circunstâncias judiciais favoráveis - Pena privativa de liberdade - Substituição - Réu primário.
- HC n. 455.901 - RJ - Rel. Min. Jorge Mussi 1161
Crime de calúnia - Suspensão condicional do processo - Negativa - Fundamento inidôneo.
- RHC n. 83.320 - DF - Rel. Min. Jorge Mussi..... 1167
Crime contra a ordem econômica - Suspensão condicional do processo - Ministério Público - Manifestação.
- RHC n. 92.907 - SC - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... 1184
Crime contra a ordem tributária - Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias - Possibilidade.

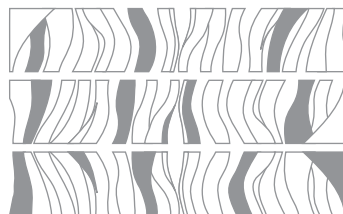
SEXTA TURMA 1197

- HC n. 460.286 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz..... 1199
Crime de tráfico de entorpecente - Confissão espontânea - Reconhecimento da atenuante - Pena-base - Princípio da individualização da pena - Ofensa.

IAC no RHC n. 75.768 - RN - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro	1214
Incidente de Assunção de Competência - Pedido de instauração - Indeferimento.	
RHC n. 55.940 - SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro.....	1221
Crime de exploração de prestígio - Ação penal - Trancamento - Atipicidade da conduta.	
RHC n. 85.272 - RS - Rel. Min. Nefi Cordeiro	1232
Crime de dano qualificado - Ação penal - Trancamento - Idoso - Inutilização de um cone - Princípio da insignificância - Incidência - Réu primário - Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada.	
RMS n. 54.112 - SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro.....	1238
Defensor Público - Recusa de prestação de assistência a jurisdicionado - Multa - Afastamento - Réu - Advogado constituído nos autos.	
REsp n. 1.738.264 - DF - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior	1248
Crime de tortura - Não configuração - Lei n. 9.455/1997, art. 1º, II.	
REsp n. 1.745.410 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz	1268
Crime de corrupção passiva - Configuração - Atipicidade da conduta - Afastamento.	
SÚMULAS	1291
ÍNDICE ANALÍTICO	1307
ÍNDICE SISTEMÁTICO.....	1329
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	1335
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1341



Jurisprudência



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.432.665-SP (2012/0221137-7)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Banco Industrial do Brasil S/A

Advogados: Renato Napolitano Neto - SP155967

Eric Bayer - SP250616

Recorrido: Banco Citibank S A

Advogados: Jose Edgard da Cunha Bueno Filho e outro(s) - SP126504

Frederico Augusto Lima de Siqueira - DF031511

Interes.: José Walmor Ruthes

Interes.: Cereagro S/A

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Recurso especial. Embargos de terceiro. Cessão fiduciária de crédito. Constituição a partir da assinatura do contrato. Registro. Publicidade perante terceiros. Finalidade alcançada. Recurso especial improvido.

1. A questão posta está em definir se o contrato de cessão fiduciária sobre títulos de crédito, para ser oponível a terceiros, deve, necessariamente, ser registrado no domicílio das partes contratantes (do devedor fiduciante e também do credor fiduciário), com esteio no art. 131 da Lei de Registros Públicos.

1.1 Na espécie, considerando-se que os subjacentes embargos de terceiro voltam-se contra a penhora — realizada em 8/4/2009, que recaiu sobre valor, objeto de título de crédito (Certificado de Depósito Bancário), cedido fiduciariamente ao banco embargante por meio de contrato registrado, primeiro, no domicílio do devedor fiduciante em 2/12/2008 e, após, no domicílio do credor fiduciário em 9/12/2008 —, dúvidas não restam de que a exigência contida no art. 131 da Lei de Registros Públicos, caso se entenda aplicável à hipótese dos autos, estaria devidamente cumprida, o que ensejaria, por si, a procedência dos embargos de terceiro.

2. A propriedade fiduciária encontra-se devidamente constituída a partir de sua contratação, afigurando-se absolutamente válida e eficaz entre as partes. Essa garantia, “para valer contra terceiros”, ou seja, para ser oponível contra terceiros, deve ser registrada. A esse propósito, não se antevê, na lei especial que rege o contrato de cessão fiduciária de títulos de crédito, ao menos expressamente, nenhuma exigência de que o registro, para atingir a sua finalidade publicista, seja efetuado no domicílio de ambos os contratantes, tal como dispõe o art. 131 da Lei de Registros Públicos.

3. A aplicação subsidiária da Lei de Registros Públicos, especificamente do art. 131, ao contrato de cessão fiduciária de títulos de crédito, caso admitida, não pode se revestir de mera formalidade, devendo-se reconhecer o pleno atendimento da norma se a finalidade publicista do registro foi efetivamente alcançada, o que se verificou, na espécie, a partir do registro efetuado no domicílio do devedor fiduciante — com quem o banco recorrente estabeleceu relação jurídica.

3.1 A exigência do duplo registro tem por propósito conferir publicidade ao respectivo ato negocial, presumindo o conhecimento de todos. Para tanto, o registro há de ser feito no domicílio de ambas as partes contratantes, quando diversos, conforme dispõe o art. 131 da Lei de Registros Públicos, justamente para que terceiros que tenham ou possam vir a ter relação jurídica com os contratantes não aleguem desconhecimento do referido negócio, sendo este a eles oponível.

3.2 Na espécie, o contrato de cessão fiduciária de título de crédito estabelecido entre Banco Citibank S.A. (credor fiduciário) e Cereagro S.A. (devedor fiduciante), para ser oponível ao Banco Industrial do Brasil S.A. — que ostenta a condição de credor da Cereagro S.A. —, haveria de ser registrado no domicílio da Cereagro, o que ocorreu, incontestavelmente, antes da constrição judicial impugnada via embargos de terceiro. O caráter publicista do registro, por meio do qual a lei presume o conhecimento, foi alcançado, sendo certo que ao Banco Industrial do Brasil S.A., na condição de credor da Cereagro, não se impõe a obrigação de consultar cartórios outros que não o do domicílio da pessoa com quem efetivamente travou relação jurídica.

4. 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 (Presidente), Nancy Andrighi e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 27.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Banco Industrial do Brasil S.A. interpõe recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Subjaz ao presente recurso especial embargos de terceiros opostos por Banco Citibank S.A., tendo por propósito a desconstituição da penhora, determinada no bojo da ação de execução (Processo n. 583.00.2008.226817-0), em trâmite na 17ª Vara Cível do Foro Central da Capital/SP, realizada no rosto dos autos da ação cautelar de arresto (processo n. 583.00.2008.229120-0), em trâmite perante a 32ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital/SP, que recaiu sobre o valor de R\$ 776.378,35 (setecentos e setenta e seis mil, trezentos e setenta e oito reais e trinta e cinco centavos), relativo a Certificados de Depósitos Bancários (CDB's) cedidos fiduciariamente ao embargante.

Para tanto, argumentou, em suma, que o contrato de cessão fiduciária pactuado entre o Banco Citibank S.A. e a empresa Cereagro S/A foi devidamente registrado pelo ora embargante, antes de todos os atos da ação de execução, fato que configurou sua propriedade sobre o objeto do contrato, e a tornou oponível perante terceiros.

Aduziu que, “conforme faz prova a cópia do Instrumento Particular de Cessão Fiduciária de Direitos sobre Títulos e outras avenças, pactuado entre o embargante e a Cereagro S/A, referido contrato foi registrado na cidade de

Mafra, Estado de Santa Catarina, domicílio do devedor, em 2/12/2008 (oitava página do documento)”. Noticiou que, aos 9/12/2008, referido contrato foi registrado também no domicílio do credor, São Paulo/SP. Concluiu, no ponto, que “para efeitos dos presentes embargos de terceiros, tanto o disposto no § 1º do art. 1.361 do Código Civil, quanto o previsto nos artigos 129, § 2º, e 130 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), foram devidamente observados pelo embargante, eis que o registro do contrato foi feito tanto no domicílio do devedor quanto do credor, antes do indevido ato de constrição judicial ora atacado”, que ocorreu somente em 8/4/2009 (e-STJ, fls. 4-17).

Citado, Banco Industrial do Brasil S.A. apresentou sua peça contestatória, em que infirmou integralmente a pretensão posta. Alegou, em suma, que o registro do contrato de cessão fiduciária estabelecido entre o Citibank e a Cereagro não lhe produz efeitos. Argumentou que a constrição judicial que ora se busca anular recaiu sobre parte do valor de R\$ 1.888.942,66 (um milhão, oitocentos e oitenta e oito mil, novecentos e quarenta e dois reais e sessenta e seis centavos), cujo arresto, integral, foi deferido pelo Juízo da 32ª Vara Cível em 3/12/2008, enquanto o registro do contrato, no domicílio das partes, tal como exige a lei de regência, concluiu-se em momento posterior à constrição (arresto) - e-STJ, fls. 206-214.

Em primeira instância, os embargos de terceiros foram julgados procedentes para determinar o levantamento da penhora combatida na inicial, sob a seguinte fundamentação:

Com efeito, restaram incontroversas a existência e validade do instrumento particular de cessão fiduciária entabulado entre o embargante Banco Citibank e a executada Cereagro, assim como o registro deste contrato no domicílio do devedor (Mafra, SC) em 02.12.2008, e no domicílio do credor em 09.12.2008 (São Paulo, SP).

Também não há dúvidas de que o valor penhorado no rosto dos autos que tramitam perante a 32ª Vara Cível é objeto do referido contrato de cessão fiduciária, sendo o embargante o proprietário fiduciário deste valor.

Doutra parte, as últimas cópias juntadas aos autos comprovam que a constrição aqui combatida foi determinada e realizada em 08.04.2009.

Logo, quando determinada a constrição ora impugnada o contrato de cessão fiduciária já estava regularmente registrado, e era oponível a terceiros, situação diversa do que ocorreu nos autos da medida cautelar de arresto, como deixa claro o v. acórdão que julgou o Agravo de Instrumento n. 7.324.746-6 (fls. 171/172).

Cabe ressaltar, por fim, que não tem amparo legal o entendimento defendido pelo embargado, no sentido de que a medida cautelar de arresto determinada pelo Juízo da 32ª Vara Cível Central, em 03.12.2008, teria o condão de tornar todo o valor arrestado livre e desembaraçado para posterior constrição judicial, para pagamento de débitos da devedora Cereagro, ainda que determinada em outros processos futuros, e não vinculados àquela medida cautelar de arresto.

É que, na realidade, o valor constricto é propriedade fiduciária do embargante - e não da devedora Cereagro - não tendo aquele perdido seus direitos apenas porque demorou a providenciar o registro do contrato, mas com isso apenas tornou seu direito inoponível contra terceiros até o momento do registro.

Após providenciado o ato registral, seu direito não pode mais ser atingido por obrigações de terceiros (e-STJ, fls. 291-295)

Em contrariedade ao *decisum*, Banco Industrial do Brasil S.A. interpôs recurso de apelação, reiterando a tese de não produção de efeitos do registro em sua esfera jurídica (e-STJ, fls. 306-316). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à insurgência recursal, em acórdão assim ementado:

Embargos de Terceiros. Execução. Nota promissória. Instrumento particular de Cessão Fiduciária. Registro no domicílio do devedor antes da constrição judicial. Recurso desprovido.

Banco Industrial do Brasil S.A, nas razões do presente recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, aponta violação dos arts. 471, 473 e 535 do CPC/1973; e 127, 129 e 130 da Lei n. 6.015/1973.

Preliminarmente, sustenta que o Tribunal local deixou de se manifestar sobre ponto nodal da questão, consubstanciado no fato de que, no dia 03.12.2008, quando “*foi determinado o bloqueio (fl. 41)*”, fls. 307, o contrato firmado entre a Cereagro S/A e o Recorrido não havia sido registrado no domicílio de ambas as partes contratantes, não podendo, assim, ser oponente ao recorrente. Afirma, no ponto, que seria imperioso que o aresto se manifestasse acerca do momento exato em que ocorreu a ordem de bloqueio para, a partir daí, dispensar, no seu entendimento, o duplo registro do contrato, providência exigida pelo art. 130, *caput* e parágrafo único, da LRP.

Aduz, ainda em matéria prefacial, que o Tribunal de origem deixou de expor a razão pela qual entende que a decisão proferida pela 15ª Câmara de Direito Privado do TJSP, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 7.324.746-6, que reconheceu não ser oponente em face do recorrente parte do contrato, ou seja, precisamente R\$ 1.888.942,66 (um milhão, oitocentos e

oitenta e oito mil, novecentos e quarenta e dois reais e sessenta e seis centavos), não se aplicaria há hipótese ou porque se referiria a outra situação.

No mérito, alega que, tal como exposto no acórdão recorrido, a data da determinação do bloqueio deu-se no dia 3/12/2008, e as datas de registro do contrato no domicílio do devedor e do credor, ocorreram, respectivamente, em 2/12/2008 e 9/12/2008. Argumenta que, na compreensão do Tribunal de origem, o registro feito no domicílio do devedor seria suficiente para tornar a garantia oponível a terceiros, olvidando, contudo, que a teor do quanto previsto nos artigos 127 e 129, da LRP, é incontroversa a obrigatoriedade do recorrido de levar a registro o contrato em duas praças diferentes, a do domicílio do devedor e do credor. Ressalta, assim, que, se o recorrido tinha obrigação de registrar o contrato em duas praças diferentes e, de outro lado, se os efeitos do registro somente se operam após a apresentação, que se deu em 9.12.2008, como consignado no acórdão, por certo, não poderia retroagir para desconstituir ato judicial praticado em 03.12.2008.

Conclui, no ponto, que “o registro feito pelo recorrido não tem o condão de validar a garantia, não produzindo, assim, qualquer efeito em relação à quantia tomada disponível pelo TJSP quando do julgamento do agravo, ou seja, os R\$ 1.888.942,66 (um milhão, oitocentos e oitenta e oito mil, novecentos e quarenta e dois reais e sessenta e seis centavos), montante sobre o qual incidiu a penhora objeto da lide e cuja desconstituição foi buscada por meio dos embargos” (e-STJ, fls. 413-425).

A parte adversa apresentou contrarrazões às fls. 431-444 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator):

1. Delimitação da controvérsia e da moldura fática gizada pelas instâncias ordinárias.

A controvérsia inserta no presente recurso especial centra-se em saber se o contrato de cessão fiduciária sobre títulos de crédito, para ser oponível a terceiros, exige-se, segundo defende o recorrente, o registro (duplo), no domicílio das partes contratantes (do credor fiduciário e do devedor fiduciante), com esteio 127 e 129 da Lei de Registros Públicos.

Nesse contexto, discute-se se ao credor fiduciário é dado o direito de infirmar, por meio de embargos de terceiros, a constrição judicial, determinada em ação de execução, incidente sobre valor, objeto de título de crédito a ele cedido fiduciariamente por meio de contrato registrado, primeiro, no domicílio do devedor fiduciante, e, após o ato constitutivo — segundo sustenta o insurgente —, no domicílio do credor fiduciário.

Para a adequada compreensão da questão posta, afigura-se relevante especificar as ações correlatas, com descrição de seu objeto e das relações jurídicas subjacentes, as constrições judiciais determinadas pelos juízos, os bens sobre os quais estas recaíram e a cronologia dos registros do contrato de cessão fiduciária de título de crédito estabelecido entre a Cereagro e Banco Citibank S.A.

Pois bem. O Banco Industrial do Brasil S.A. promoveu, inicialmente, ação de execução (Processo n. 583.00.2008.226817-0) contra Cereagro S.A. e José Walmor Ruthes, perante a 17ª Vara Cível do Foro Central - Comarca de São Paulo, lastreada em nota promissória n. 08/000402, atrelada ao Contrato de Câmbio de Compra n. 08/000402, alegadamente vencido e não pago, no importe de R\$ 3.037.329,05 (três milhões, trinta e sete mil, trezentos e vinte e nove reais e cinco centavos).

Consta dos autos, também, que Banco Industrial do Brasil S.A., simultaneamente àquela, promoveu ação de cautelar de arresto (Processo n. 583.00.2008.229120-0) contra Cereagro S.A. e José Walmor Ruthes, perante a 32ª Vara Cível do Foro Central - Comarca de São Paulo, tendo por propósito assegurar o resultado útil de futura execução, lastreada em notas promissórias n. 08/000251 e 08/000409, atreladas, respectivamente, aos Contratos de Câmbio de Compra n. 08/000251 e 08/000409, alegadamente vencidos e não pagos. Nesta ação, esclareça-se, houve o arresto no importe de R\$ 1.888.942,66 (um milhão, oitocentos e oitenta e oito mil, novecentos e quarenta e dois reais e sessenta e seis centavos), em 3/12/2008.

No bojo da primeira execução (Processo n. 583.00.2008.226817-0), em tramitação perante a 17ª Vara Cível do Foro Central - Comarca de São Paulo, procedeu-se ao arresto de valores depositados em diversas instituições financeiras, totalizando o montante de R\$ 2.772.328,45 (dois milhões, setecentos e setenta e dois mil, trezentos e vinte e oito reais e cinco centavos).

Diante da insuficiência dos valores, em cotejo com a importância ali perseguida (R\$ 3.037.329,05), o exequente, Banco Industrial do Brasil S.A., requereu a penhora no rosto dos autos da Cautelar de Arresto (Processo n. 583.00.2008.229120-0) que tramita perante a 32ª Vara Cível do Foro Central - Comarca de São Paulo, no valor de R\$ 776.378,35 (setecentos e setenta e seis mil, trezentos e setenta e oito reais e trinta e cinco centavos), sob a alegação de que os valores ali arrestados superariam o futuro crédito exequendo (e-STJ, fls. 281-283), o que foi deferido pelo Juízo da 17ª Vara Cível do Foro Central - Comarca de São Paulo (e-STJ, fls. 285-288).

Os subjacentes embargos de terceiros, promovidos pelo Banco Citibank S.A., voltam-se, portanto, contra esta penhora, determinada pelo Juízo da 17ª Vara Cível do Foro Central - Comarca de São Paulo, no bojo da ação de execução (Processo n. 583.00.2008.226817-0), que incidiu sobre o valor de R\$ 776.378,35 (setecentos e setenta e seis mil, trezentos e setenta e oito reais e trinta e cinco centavos), *realizada, em 8/4/2009*, no rosto dos autos da Cautelar de Arresto (Processo n. 583.00.2008.229120-0) que tramita perante a 32ª Vara Cível do Foro Central.

Essa conclusão afigura-se de suma importância, pois, os embargos de terceiros subjacentes ao presente recurso especial, ao contrário do que sugere o ora insurgente, em nada se relacionam com as decisões exaradas pelo Juízo da 32ª Vara Cível do Foro Central e pelo Tribunal de origem em grau recursal, no âmbito da cautelar de arresto (Processo n. 583.00.2008.229120-0), em que se deu, como assinalado, o bloqueio de R\$ 1.888.942,66 (um milhão, oitocentos e oitenta e oito mil, novecentos e quarenta e dois reais e sessenta e seis centavos), *em 3/12/2008*.

Sem respaldo nos autos, portanto, o argumento de que o acórdão recorrido teria violado a decisão transitada em julgado no âmbito do Agravo de Instrumento n. 7.324.746-6, já que, como visto, cuidam de objetos distintos.

Aliás, essa delimitação de objeto, que pode ser facilmente extraída do pedido e da causa de pedir postos na inicial dos embargos de terceiro promovidos pelo Banco Citibank S.A. (cujo valor da causa atribuído foi o de R\$ 776.378,35 — importância sobre a qual incidiu o ato de constrição judicial impugnado), é também confirmada, de modo uníssono, pelas instâncias precedentes, o que será devidamente evidenciado, oportunamente, por ocasião do enfrentamento pontual das razões recursais.

Especificamente sobre a causa de pedir expendida pelo embargante de terceiro, Banco Citibank S.A., esta encontra-se fundamentada, basicamente, no fato de que a aludida penhora (*realizada em 8/4/2009*) recaiu sobre valor, objeto de título de crédito (Certificado de Depósito Bancário) a ele cedido fiduciariamente por meio de contrato registrado, primeiro, no domicílio do devedor fiduciante *em 2/12/2008* e, após, no domicílio do credor fiduciário *em 9/12/2008*.

Assim expostas a controvérsia e a moldura fática delineada na origem, ao qual não comporta alteração na presente via especial, passa-se, propriamente, a sopesar as razões recursais.

2. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência.

Em preliminar, o recorrente sustenta, em suma, que o Tribunal de origem teria deixado de sopesar o fato de que o arresto deu-se em 3/12/2008, ocasião em que o contrato de cessão fiduciária de título de crédito firmado entre o recorrido, Citibank, e Cereagro S.A. não havia sido registrado no domicílio de ambas as partes, razão pela qual não poderia ser oponível ao ora recorrente.

Diversamente do alegado, constata-se que as instâncias ordinárias, de modo uníssono, bem especificaram o momento em que se deram os registros do contrato de cessão fiduciária de título de crédito firmado entre o recorrido, Citibank, e Cereagro S.A. (no domicílio do devedor fiduciante, *em 2/12/2008* e, no domicílio do credor fiduciário, *em 9/12/2008*), assim como as datas em que ocorreu o bloqueio de valores, exarado no âmbito da ação cautelar de arresto (Processo n. 583.00.2008.229120-0), em trâmite perante Juízo da 32ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital/SP (*em 3/12/2008*), e a penhora efetuada no rosto daqueles autos, determinada pelo Juízo da 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital/SP (*em 8/4/2009*), objeto dos subjacentes embargos de terceiro.

Não há, pois, nenhum vício de julgamento no ponto.

De igual modo, as instâncias precedentes, mediante a adoção de fundamentação idônea e suficiente, deixaram assente que os subjacentes embargos de terceiros voltam-se contra a penhora determinada no rosto dos autos, realizada em 8/4/2009 (quando já operado o registro do contrato de cessão fiduciária de título de crédito, no domicílio de ambas as partes), em nada se referindo ao que restou decidido, inclusive em grau recursal, no bojo da ação cautelar de arresto (Processo n. 583.00.2008.229120-0), em trâmite perante Juízo da 32ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital/SP.

É o que claramente se constata dos seguintes excertos da sentença, bem como do acórdão recorrido, respectivamente:

Com efeito, restaram incontroversas a existência e validade do instrumento particular de cessão fiduciária entabulado entre o embargante Banco Citibank e a executada Cereagro, assim como o registro deste contrato no domicílio do devedor (Mafra, SC) em 02.12.2008, e no domicílio do credor em 09.12.2008 (São Paulo, SP).

Também não há dúvidas de que o valor penhorado no rosto dos autos que tramitam perante a 32ª Vara Cível é objeto do referido contrato de cessão fiduciária, sendo o embargante o proprietário fiduciário deste valor.

Doutra parte, as últimas cópias juntadas aos autos comprovam que a constrição aqui combatida foi determinada e realizada em 08.04.2009.

Logo, quando determinada a constrição ora impugnada o contrato de cessão fiduciária já estava regularmente registrado, e era oponível a terceiros, situação diversa do que ocorreu nos autos da medida cautelar de arresto, como deixa claro o v. Acórdão que julgou o Agravo de Instrumento n. 7.324.746-6 (fls. 171/172).

Cabe ressaltar, por fim, que não tem amparo legal o entendimento defendido pelo embargado, no sentido de que a medida cautelar de arresto determinada pelo Juízo da 32ª Vara Cível Central, em 03.12.2008, teria o condão de tornar todo o valor a arestado livre e desembaraçado para posterior constrição judicial, para pagamento de débitos da devedora Cereagro, ainda que determinada em outros processos futuros e não vinculados àquela medida cautelar de arresto.

É que, na realidade, o valor constrito é propriedade fiduciária do embargante - e não da devedora Cereagro - não tendo aquele perdido seus direitos apenas porque demorou a providenciar o registro do contrato, mas com isso apenas tornou seu direito inoponível contra terceiros até o momento do registro.

Após providenciado o ato registral, seu direito não pode mais ser atingido por obrigações de terceiros (e-STJ, fls. 291-295).

Restou incontroverso que o registro do Instrumento Particular de Cessão Fiduciária celebrado entre o embargante e a executada Cereagro foi realizado, primeiramente, no domicílio do devedor em 02/12/2008 e, posteriormente, no domicílio do credor em 09/12/2008.

No dia 03/12/2008 foi determinado o bloqueio (fls. 41), portanto, já havia sido feito o registro do instrumento. Portanto, quando houve a determinação do bloqueio, o instrumento já havia sido registrado e era oponível a terceiros.

Tal decisão não contraria o disposto no acórdão proferido pela 15ª Câmara de Direito Privado, que assim decidiu:

(...) Pelos documentos de fls. 105/116, pode-se aferir que o registro foi realizado no dia 09/12/2008, perante o Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa jurídica nesta eCapital, enquanto a medida cautelar de arresto foi deferida em C 03/12/2008. Estando a medida cautelar no início e, a princípio, não existindo nenhum impedimento ao deferimento da liminar do arresto, uma vez que o registro de cessão se deu em data posterior, deve ser mantida a a constrição (AI n 7.324.746-6).

Verifica-se que se referia a outra situação. Aqui se trata de embargos de terceiros distribuídos por dependência aos autos da execução que tramitou perante a 17ª Vara Cível de São Paulo, autos n. 583.00.2008.226817-0, enquanto que, naquele caso, referia-se a medida cautelar de arresto no 583.00.2008.229120-0, Em conforme, inclusive, matéria defendida pelo juízo "a quo:

Logo, quando determinada a constrição ora impugnada o contrato de cessão fiduciária já estava regularmente registrado, e era oponível a terceiros, situação diversa do que ocorreu nos autos da medida cautelar de arresto, como deixa claro o v. Acórdão que julgou o Agravo de Instrumento n. 7.324.746-6. (e-STJ, fls. 383-394) - sem grifo no original

É de se reconhecer, assim, a absoluta insubsistência da prefacial aventada, atinente à negativa de prestação jurisdicional.

3. Mérito. Exigência, pela específica lei de regência, de registro do contrato de cessão fiduciária de título de crédito para efeito publicista, viabilizando-se a oposição a terceiros. Observância, na espécie.

A questão posta está em definir se o contrato de cessão fiduciária sobre títulos de crédito, para ser oponível a terceiros, deve, necessariamente, ser registrado no domicílio das partes contratantes (do devedor fiduciante e também do credor fiduciário), com esteio no art. 131 da Lei de Registros Públicos.

A primeira observação que se faz é a de que, no caso dos autos, considerando-se que os subjacentes embargos de terceiro voltam-se contra a penhora, realizada em 8/4/2009, que recaiu sobre valor, objeto de título de crédito (Certificado de Depósito Bancário) cedido fiduciariamente ao banco embargante por meio de contrato registrado, primeiro, no domicílio do devedor fiduciante em 2/12/2008 e, após, no domicílio do credor fiduciário em 9/12/2008, dúvidas não restam de que a exigência contida no art. 131 da Lei de Registros Públicos, caso se entenda aplicável à hipótese dos autos, estaria devidamente cumprida, o que ensejaria, por si, a procedência dos embargos de terceiro.

Não bastasse tal constatação, suficiente, em si, para infirmar a pretensão recursal, é de se reconhecer que a cessão fiduciária de títulos de crédito possui tratamento legislativo específico, do qual não se extrai, *ao menos expressamente*, a exigência de se proceder ao duplo registro do respectivo contrato, no domicílio de ambas as partes contratantes (do credor fiduciário e do devedor fiduciante), como condição à produção de efeitos em relação a terceiros.

De todo modo, a aplicação subsidiária da Lei de Registros Públicos, especificamente do art. 131, ao contrato de cessão fiduciária de títulos de crédito, caso admitida, não pode representar mera exigência formal, se, no caso, o registro efetuado no domicílio do devedor fiduciante — *com quem o Banco Industrial do Brasil S.A. estabeleceu relação jurídica* —, atingiu indiscutivelmente sua finalidade publicista, conforme se demonstrará oportunamente.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, por meio do negócio fiduciário, o devedor fiduciante transfere, sob condição resolutiva, a propriedade ou a titularidade sobre um bem ao credor fiduciário, que, por sua vez, o recebe em garantia ou para fim de administração, remaneipando-o, ao final, caso implementada a condição (o adimplemento da obrigação). Na alienação fiduciária em garantia, em se tratando de bem corpóreo, atribui-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a propriedade daquele. Na cessão fiduciária, por sua vez, cuidando-se de bem incorpóreo (como é o caso do direito sobre coisas móveis ou do crédito representado pelo título), imputa-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a titularidade deste.

Esses dois modos de constituição de propriedade fiduciária (alienação e cessão fiduciária), a depender do bem sobre o qual recaia, e — na abordagem doutrinária de Francisco Eduardo Loureiro —, em alguns casos, também do agente participante da relação jurídica, têm tratamento legal específico.

De modo a sistematizar o tratamento legal ofertado à propriedade fiduciária, o mencionado autor, em obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluzo, assinala:

[...] há profusa legislação especial tratando da mesma matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de múltiplos regimes de jurídicos da propriedade fiduciária: o CC disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, e o DL n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei n. 9.514/97, também modificada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina

a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária dos créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário; a Lei n. 6.404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações.

O atual CC, pode-se assim dizer, popularizou a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas. Qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. *Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis.*

A lei n. 10.931/2004 fixou regime jurídico próprio, com regras específicas de direito material e processual, para os casos de propriedade fiduciária em garantia de obrigação na qual o credor fiduciário seja instituição financeira, tendo por objeto bens móveis, tanto infungíveis como fungíveis, inclusive bens incorpóreos como créditos.

A lei n. 9.514/97, por seu turno, criou regime jurídico especial tendo em conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai sobre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o CC regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do CC. O inverso, porém, não é verdadeiro (Loureiro, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Editora Manole. 7ª Edição. 2013. p. 1.423).

A partir de tal delimitação, consigna-se que esta Terceira Turma assentou o entendimento de que a exigência de registro, *para efeito de constituição da propriedade fiduciária*, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei n. 4.728/1995, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, tampouco com ela se coaduna (*ut* REsp 1.412.529/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 2/3/2016).

Efetivamente, a constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes.

Veja-se, pois, que, por meio da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (em que se transfere a propriedade resolúvel do direito creditício, representado, no último caso, pelo título – bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza), o devedor fiduciante, *a partir da contratação*,

cede “seus recebíveis” à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, poderá apoderar-se diretamente do crédito constante em conta vinculada (“trava bancária”) ou receber o correlato pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante).

Aliás, em se considerando a própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem incorpóreo e infungível, por excelência –, sua identificação no respectivo contrato, naturalmente, referir-se-á à mensuração do valor constante da conta vinculada ou dos “recebíveis”, representados nos títulos de crédito, cedidos em garantia ao débito proveniente do mútuo bancário. Inconcebível, pois, supor que o registro – e não a contratação dessa garantia que recai sobre direitos creditícios (objeto do contrato de cessão fiduciária) – teria o condão de constituir a propriedade fiduciária.

Portanto, a consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

No ponto, é relevante destacar o tratamento legal específico conferido à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito pelo art. 66-B da Lei n. 4.728/1965, introduzido pela Lei n. 10.931/2004, nos seguintes termos:

Art. 55. A Seção XIV da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

Seção XIV Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo

disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Ante a referência expressa aos arts. 18 a 20 da Lei n. 9.514/1997, aplicáveis à cessão fiduciária de direitos sobre coisa móvel, bem como de títulos de crédito, oportuna, igualmente, sua transcrição:

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

- I - o total da dívida ou sua estimativa;
- II - o local, a data e a forma de pagamento;
- III - a taxa de juros;
- IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das

despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Ressalta-se que a função publicista do registro sob comento é expressamente mencionada pela Lei n. 10.931/2004, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos.

Por oportuno, transcreve-se a disposição normativa acima referida:

Art. 30. A constituição de garantia da obrigação representada pela Cédula de Crédito Bancário é disciplinada por esta Lei, sendo aplicáveis as disposições da legislação comum ou especial que não forem com ela conflitantes.

Art. 31. *A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.*

Art. 32. A constituição da garantia poderá ser feita na própria Cédula de Crédito Bancário ou em documento separado, neste caso fazendo-se, na Cédula, menção a tal circunstância.

Art. 33. O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação.

Parágrafo único. A descrição e individualização do bem constitutivo da garantia poderá ser substituída pela remissão a documento ou certidão expedida por entidade competente, que integrará a Cédula de Crédito Bancário para todos os fins.

[...]

Art. 42. *A validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, **para valer contra terceiros**, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Lei.*

Como se constata, a *propriedade fiduciária encontra-se devidamente constituída a partir de sua contratação*, afigurando-se absolutamente válida e eficaz entre as partes. Essa garantia, “*para valer contra terceiros*”, ou seja, *para ser oponível contra terceiros*, deve ser registrada. E, a esse propósito, não se antevê, na lei especial que rege o contrato de cessão fiduciária de títulos de crédito, ao menos expressamente, nenhuma exigência de que o registro, para atingir a sua finalidade publicista, seja efetuado no domicílio de ambos os contratantes, tal como dispõe o art. 131 da Lei de Registros Públicos.

Nesse contexto, tem-se não se afigurar adequado impor exigência não prevista em lei especial, regente da matéria, se o registro efetuado, no caso, primeiramente, no domicílio do devedor fiduciante, por si, alcançou a finalidade publicista, afigurando-se oponível a todos que, com ele (com o devedor fiduciante), tenham estabelecido relação jurídica.

Como assinalado, a aplicação subsidiária da Lei de Registros Públicos, especificamente do art. 131, ao contrato de cessão fiduciária de títulos de crédito, caso admitida, não pode se revestir de mera formalidade, devendo-se reconhecer o pleno atendimento da norma se a finalidade publicista do registro foi efetivamente alcançada, o que se verificou, na espécie, a partir do registro efetuado no domicílio do devedor fiduciante — *com quem o Banco Industrial do Brasil S.A. estabeleceu relação jurídica*.

É que a exigência do duplo registro tem por propósito conferir publicidade ao respectivo ato negocial, presumindo o conhecimento de todos. Para tanto, o registro há de ser feito no domicílio de ambas as partes contratantes, quando diversos, conforme dispõe o art. 131 da Lei de Registros Públicos, justamente para que terceiros que tenham ou possam vir a ter relação jurídica com os contratantes não aleguem desconhecimento do referido negócio, sendo este a eles oponível.

Veja-se que o contrato de cessão fiduciária de título de crédito estabelecido entre Banco Citibank S.A. (credor fiduciário) e Cereagro S.A. (devedor fiduciante), para ser oponível ao Banco Industrial do Brasil S.A. — *que ostenta a condição de credor da Cereagro S.A.* —, haveria de ser registrado no domicílio da Cereagro, o que ocorreu, incontestavelmente, antes da constrição judicial impugnada via embargos de terceiro.

O caráter publicista do registro, por meio do qual a lei presume o conhecimento, foi alcançado, sendo certo que ao Banco Industrial do Brasil S.A., na condição de credor da Cereagro, não se impõe a obrigação de consultar

cartórios outros que não o do domicílio da pessoa com quem efetivamente travou relação jurídica.

Logo, em relação ao Banco Industrial do Brasil S.A., afigurou-se absolutamente indiferente a consecução, posterior, do registro no domicílio do credor fiduciário, o Citibank S.A., com quem não possui nenhuma relação jurídica, ocasião em que o negócio fiduciário registrado no domicílio da Cereagro já lhe era oponível.

Atingida a finalidade da norma impugnada, não se antevê, por conseguinte, nenhuma ofensa às suas disposições.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.584.441-SP (2015/0070568-9)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: MSC Mediterranean Shipping do Brasil Ltda

Recorrente: MSC Mediterranean Shipping Company S/A

Advogados: Luciana Vaz Pacheco de Castro - SP163854

Christiane Nóvoa Aracema - SP227441

Luiz Alberto Cardoso Júnior - SP330017

Recorrido: Manacá do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda

Advogado: Alexandre Fuchter - SC012729

EMENTA

Processual Civil. Civil. *Recurso especial manejado sob a égide do CPC/73*. Prestação de caução por sociedade empresarial estrangeira devidamente representada no Brasil. Desnecessidade. Art. 88, I, § único do CPC/73 (art. 21, I, § único, do NCPC). Recurso especial provido.

1. As disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

2. O artigo 12, VIII, do CPC/73 estabelece que a pessoa jurídica estrangeira será representada em juízo (ativa e passivamente) pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

3. O art. 88, I, § único, do mesmo diploma (correspondente ao art. 21, I, § único, do NCPC), considera domiciliada no território nacional a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucursal estabelecida no Brasil.

4. A Súmula n. 363 do STF dispõe que *a pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que praticou o ato.*

5. *O sistema processual brasileiro, por cautela, exige a prestação de caução para a empresa estrangeira litigar no Brasil, se não dispuser de bens suficientes para suportar os ônus de eventual sucumbência (art. 835 do CPC). Na verdade, é uma espécie de fiança processual para “não tornar melhor a sorte dos que demandam no Brasil, residindo fora, ou dele retirando-se, pendente a lide”, pois, se tal não se estabelecesse, o autor, nessas condições, perdendo a ação, estaria incólume aos prejuízos causados ao demandado (EREsp n. 179.147/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 1º/8/2000, DJ 30/10/2000).*

5. Não havendo motivo que justifique o receio no tocante a eventual responsabilização da demandante pelos ônus sucumbenciais, não se justifica a aplicação do disposto no art. 835 do CPC/73 (art. 83 do NCPC), uma vez que a *MSC Mediterranean* deve ser considerada uma sociedade empresarial domiciliada no Brasil e a sua agência representante, a *MSC Mediterranean do Brasil*, poderá responder diretamente, caso seja vencida na demanda, por eventuais encargos decorrentes de sucumbência.

6. Recurso especial 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 dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 31.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. (MSC Mediterranean)*, empresa estrangeira representada pela sua agência no Brasil, *MSC Mediterranean Shipping do Brasil Ltda. (MSC Mediterranean)*, ajuizou ação de cobrança de sobreestadias de contêineres contra a *Manacá do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda (Manacá do Brasil)*.

Em primeira instância, a ação foi extinta, sem resolução do mérito, com base no disposto no art. 267, IV, do CPC, haja vista que a *MSC Mediterranean*, após ter sido intimada, deixou de efetuar o depósito de caução fixada nos termos do art. 835 do CPC/73.

A apelação interposta pela *MSC Mediterranean* não foi provida pelo Tribunal *a quo*, nos termos do acórdão assim ementado:

Extinção do processo sem resolução do mérito. Ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular. A autora é empresa estrangeira, sem domicílio e bens no país. Necessidade da caução prevista no artigo 835 do Código de Processo Civil. O contrato de representação somente outorga poderes para negociação comercial. As empresas representante e representada são pessoas jurídicas distintas, cujos patrimônios não se confundem. Demanda extinta. Decisão mantida. Recurso improvido (e-STJ, fl. 392).

Irresignada, *MSC Mediterranean* interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da CF, apontando a violação dos arts.

88, I, § único, 267, 835 e 836, I, do CPC/73, ao sustentar que é desnecessário o depósito de caução por empresas estrangeiras com representação no Brasil.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fl. 443).

O apelo nobre foi admitido em virtude do provimento do agravo interno interposto contra a decisão que não havia conhecido do agravo em recurso especial inicialmente interposto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O recurso merece provimento.

De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como já constou do relatório, a *MSC Mediterranean*, empresa estrangeira representada pela sua agência no Brasil, a *MSC Mediterranean do Brasil*, ajuizaram ação de cobrança de sobreestadias de contêineres contra a *Manacá do Brasil*.

A sentença de extinção da ação foi mantida pelo Tribunal de origem.

É contra esse acórdão o inconformismo agora manejado, que merece provimento.

De fato, o artigo 12, VIII, do CPC/73 (com correspondência no art. 75, X, do NCPC) estabelece que *a pessoa jurídica estrangeira será representada em juízo (ativa e passivamente) pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil*.

Já o art. 88, I, § único, do mesmo diploma (correspondente ao art. 21, I, § único, do NCPC), considera domiciliada no território nacional a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucursal estabelecida no Brasil.

Na lição do insigne Pontes de Miranda,

O art. 88, parágrafo único, estabeleceu - note-se bem - que a entidade estrangeira que tem filial, sucursal ou agência no Brasil se tem como domiciliada no Brasil. Abstrai-se qualquer restrição estatutária. Posto que se fale da "pessoa jurídica", tem-se de entender que se reputa domiciliada no Brasil e pessoa física, que tenha filial de sua firma, ou sucursal, ou agência.

A irradiação da empresa é direta ou por intermédio de entidades que não são pessoas físicas ou jurídicas, porém, como ela, estabelecimentos, ou que o são, sem que tal fato, ocorrido no mundo jurídico, seja mais, para a empresa, do que acidente.

Desde que a empresa não se contenta com exercer somente no lugar da sede a sua atividade, ou há de ter a) filial, ou b) sucursal, ou c) agência, ou d) há de entrar em contato de agência, ou e) de representação de empresa. A filial supõe independência, embora a empresa se sujeite a plano, programa e regras estatutárias, que a filiem. O Código de Processo Civil, no art. 88, parágrafo único, podia não ter se referido à "filial", porque a filial é pessoa: situada no Brasil, tinha de ser no Brasil a propositura de qualquer ação, atendido o pressuposto do domicílio (art. 88, I). Tem-se de interpretar a regra jurídica no sentido de ser a *ratio legis* afastar qualquer dúvida; e.g., se foi outra agência, ou sucursal, ou mesmo outra filial, que pratica o ato de que proveio responsabilidade da empresa-mãe. Quanto às agências, abstraiu-se da distinção entre contrato de agência e agência. A continuidade é indispensável às agências, mesmo se se trata de contrato de agência: quase sempre os negócios da agência, figurante do contrato, são, de regra, todos os negócios do agenciado, ou os negócios para os quais tem especialidade a agência, sem que se preelimine, de modo absoluto, a possibilidade de contrato de agência com tempo certo ou para poucos negócios (e.g., liquidação de estoque). "Agência", no sentido do art. 88, parágrafo único, é a agência de negócios, outro instituto, ou representante da empresa, uma vez que opera com poderes de apresentação (o que é raro) ou representação (in Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II: arts. 46 a 153. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 222 - sem destaque no original).

No caso concreto, verifica-se que, por meio da procuração de fls. 11/16, a *MSC Mediterranean* nomeou a *MSC Mediterranean do Brasil* como sua agente geral no País, outorgando-lhe poderes diversos, como, por exemplo, para instituir e mover ações judiciais em defesa de seus interesses, celebrar contratos, assinar contratos de afretamento de espaço para a finalidade de comércio costeiro, assinar termos de indenização, dar quitações, transigir, celebrar contratos, efetuar depósitos e retiradas em juízo, conceder descontos de sobreestadias de contêineres, entre outros.

Também se observa a regular tradução da aludida procuração e, ainda, a conferência e a assinatura do tabelião público, havendo remissão à legalização consular emitida pelo Consulado Geral do Brasil na Suíça.

Em seguida, verifica-se a existência do contrato de agenciamento firmado entre as partes (e-STJ, fls. 18/26), que permite concluir, extirpe de dúvidas, que a *MSC Mediterranean do Brasil* ostenta a condição de agente geral da demandante no Brasil.

Nesse passo, é de se ter presente também o teor da Súmula n. 363 do STF, que dispõe que *a pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que praticou o ato.*

Importante ainda sublinhar, por oportuno, que, ao contrário do que consta do acórdão recorrido, a representação processual aqui mencionada não se confunde com a representação comercial, que é modalidade contratual típica.

Logo, não se justifica a afirmação contida no acórdão recorrido de que *a autora é empresa estrangeira, sem domicílio e bens*, motivo pelo qual a exigência da caução como pressuposto da ação seria inexorável.

De fato, esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que

[...] o sistema processual brasileiro, por cautela, exige a prestação de caução para a empresa estrangeira litigar no Brasil, se não dispuser de bens suficientes para suportar os ônus de eventual sucumbência (art. 835 do CPC). Na verdade, é uma espécie de fiança processual para “não tornar melhor a sorte dos que demandam no Brasil, residindo fora, ou dele retirando-se, pendente a lide”, pois, se tal não se estabelecesse, o autor, nessa condições, perdendo a ação, estaria incólume aos prejuízos causados ao demandado.

(REsp n. 179.147/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 1º/8/2000, DJ 30/10/2000).

Na hipótese vertente, entretanto, não existe nenhuma razão que justifique o receio no tocante à eventual responsabilização da demandante pelos ônus sucumbenciais, não se justificando a aplicação do disposto no art. 835 do CPC/73 (art. 83 do NCPC), uma vez que, como visto, a *MSC Mediterranean* deve ser considerada uma sociedade empresarial domiciliada no Brasil e a sua agência representante, a *MSC Mediterranean do Brasil*, poderá responder diretamente, caso seja vencida na demanda, por eventuais encargos decorrentes de sucumbência.

Nessas condições, pelo meu voto, *dou provimento* ao recurso especial para, afastando a exigência da caução na hipótese, determinar o retorno dos autos à origem a fim de que se prossiga no julgamento da presente ação de cobrança na esteira do devido processo legal.

Advirto, ainda, que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito ao possível cabimento de multa (arts. 77, §§ 1º e 2º, 1.021, § 4º, e 1.026, § 2º, todos do NCPC).

RECURSO ESPECIAL N. 1.615.979-RS (2015/0075411-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Ricardo do Amaral Siqueira

Recorrente: Abílio Alves Siqueira

Advogados: Liana Fuzer Rosso - RS056672

Eric Rafael Jacques de Mattos - RS061292

Recorrido: D I F R

Repr. por: L M I F

Advogados: Itaúba Siqueira de Souza Junior - RS048444

Paulo Odilon Rodrigues da Silva - RS049277

Repr. por: Lisiane Medianeira Iensen Fogaça

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação civil *ex delicto*. Réus condenados pelo assassinato do pai e namorado das autoras. Condenação de um dos corréus pelo excesso na legítima defesa e outro por homicídio doloso duplamente qualificado. Antijuridicidade que remanesce. Inaplicabilidade do art. 188 do CC. Indenização e pensionamento.

1. Controvérsia acerca da responsabilidade civil de um dos demandados pela morte do pai e do namorado das autoras diante do reconhecimento do excesso na excludente da legítima defesa, do que resultou a sua condenação penal por homicídio culposo.

2. A hipótese dos autos não é de mera incidência de causa de justificação (inciso II do art. 23 do CP - legítima defesa), em que alguém venha a repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios de que dispõe.

3. O réu, embora inicialmente defendente, passou a agressor quando excedeu nos meios de que dispunha para a sua defesa, conduta configuradora de ato ilícito na esfera penal, resultando na sua condenação criminal e na cominação de pena restritiva de liberdade, cuja execução fora suspensa em face da concessão do *sursis*.

4. Inaplicabilidade do disposto no art. 188 do CC.

5. Incidência do art. 935 do CC c/c o art. 91, I, do CP, pois a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar.

6. A legitimidade para a propositura da demanda indenizatória por danos extrapatrimoniais, em regra, é reconhecida restritivamente em favor dos parentes mais próximos da vítima falecida (cônjuge, companheiro, pais e filhos).

7. Em situações especiais, pode ser admitida a legitimidade de outras pessoas em face de sua especial afinidade com o falecido.

8. Caso concreto em que, apesar do reconhecimento, na origem, da existência de um namoro entre a coautora e o falecido, identificou-se a existência da necessária afinidade, intensificada pela geração de uma filha. Situação fática compreendida no acórdão recorrido que se revela insindicável. Atração do enunciado sumular n. 7/STJ.

9. Manutenção do acórdão, no mais, em relação ao valor da indenização e do pensionamento à menor, assim como aos termos inicial e final da pensão, fixados em estrita observância aos precedentes desta Corte Superior.

10. *Recurso especial desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro

Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

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

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 15.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Ricardo do Amaral Siqueira e Abílio Alves Siqueira*, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado no curso de ação de indenização por danos materiais e morais contra eles ajuizada por L M I F e D I F R, representada por L M I F, cuja ementa está assim redigida:

Apelação cível. Ação civil *ex delicto*. Homicídio. Responsabilidade dos requeridos. Pensão. Dano moral. *Quantum*.

1. Caso em que a parte autora busca o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da prática de homicídio pelos requeridos. Demandantes que se qualificam como companheira e filha da vítima.

2. Existência de excesso na legítima defesa por parte de um dos corréus. Circunstância que não exclui o dever de indenizar. Exagero no meio de defesa que afasta a causa excludente de responsabilidade civil. Lição doutrinária e jurisprudencial.

3. Pensão mensal.

3.1. É devido o pensionamento à filha do de cujos na proporção de 2/3 do salário que recebia a vítima.

3.2. *Dies a quo*: data do evento danoso. Termo final: quando a infante completar 25 anos de idade (no caso, 24 anos, ante a ausência de recurso).

3.3. Correção monetária e juros de mora sobre as parcelas vencidas. Cabimento.

4. Dano moral.

4.1. Abalos extrapatrimoniais *in re ipsa*. Sendo a coautora *Danielle* filha da vítima, os danos morais são presumidos.

4.2. Codemandante *Lisiane*. União estável não reconhecida; circunstância que não afasta a ocorrência dos danos morais. Sofrimento decorrente da morte de pessoa cujo vínculo resultou no nascimento de descendente, fato que rememorará a demandante a existência do liame afetivo mantido com o falecido, pai de sua filha.

Dano moral também por ricochete em vista da lesão impingida à prole.

4.3. Ausente sistema tarifado, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor fixado em 1º Grau mantido - R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) sendo na proporção de 1/3 para *Lisiane* e 2/3 para *Danielle*.

4.4. Juros de mora. Responsabilidade civil extracontratual. Data do evento danoso. Súmula 54 do STJ.

Negaram provimento à apelação. Unânime.

Em suas razões recursais, sustentaram a afronta aos arts. 3º e 267, inciso VI, do CPC/73, 186, 188, inciso I, e 927 do CCB, em face da ilegitimidade passiva de Ricardo Siqueira, a decorrer do reconhecimento da prática de homicídio apenas culposo em face do excesso na legítima defesa. Referiram que o art. 188 do CCB, ao reconhecer que a legítima defesa afasta a responsabilidade pelos danos causados no seu exercício não distingui se excessiva ou não, razão por que não se pode ter o recorrente como legitimado para responder pelas indenizações deferidas.

Afrontados, ainda, os arts. 852 e 854 do CPC/73, e 186 e 927, 1.694, § 1º, 1.696, 1.699 e 1.706 do CCB. Postulam a redução do valor da pensão alimentícia, fixada em 80% do salário mínimo regional, alterando-se, também, o termo inicial e final do seu recebimento pela filha do vitimado para, respectivamente, a data do ajuizamento da ação e a data em que a menor completar 18 anos de idade. Em relação ao dano moral, dizem, além do excesso do valor, que a mãe da menor teve relacionamento amoroso com o réu por período diminuto, afastando-se, assim, a possibilidade de alcançar-lhe indenização pelos danos morais decorrentes do falecimento do pai de sua filha.

Quanto ao valor da pensão, destacaram que, acaso vivo, o falecido contribuiria com percentual entre 15% a 40% do seu salário para a manutenção da sua filha, não se podendo, assim, fixar a pensão em 80% do salário mínimo regional como ocorreria, pois os recorrentes pagariam mais do que o próprio pai para a menor. Pediram o provimento do recurso.

Não houve contrarrazões.

O recurso não foi admitido na origem.

Foi interposto agravo em recurso especial.

Dada vista ao MPF, pugnou-se pelo conhecimento do agravo para, desde logo, conhecer em parte do recurso especial e desprovê-lo.

Entendi por bem dar provimento ao agravo, determinando a sua conversão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas. O presente recurso especial foi interposto no curso de ação de indenização por danos materiais e morais (ação civil *ex delicto*) ajuizada pela menor D I F R e pela sua genitora L M I F, esta em nome próprio e representando sua filha, em decorrência do assassinato de G S R.

Os réus, ora recorrentes, foram condenados em sede criminal. Ricardo, por homicídio culposo, reconhecido o excesso da exculpante da legítima defesa, tendo sido beneficiado por *sursis*, com período de prova de 2 anos. Abílio, por homicídio doloso, foi condenado a 14 anos de prisão pela prática de homicídio duplamente qualificado.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos para:

(...) *Condenar* os réus, em redime de solidariedade:

a) ao pagamento de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente, pelo IGP-M, desde a presente data, e acrescidos de juros de mora, de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a data do ilícito (01.12.2001) até 10.01.2003, e de 01% (um por cento) ao mês, desde então, à razão de 1/3 (um terço) para a coautora Lisiane e 2/3 (dois terços) para a coautora Danielle, devendo a parcela desta permanecer depositada, até a sua maioridade, em conta movimentável apenas por ordem judicial; e

b) ao pagamento de pensão alimentícia mensal à coautora Danielle, em valor equivalente a 80% do salário mínimo regional deste Estado, tendo início a obrigação em 01.12.2001 e findando em 21.08.2022.

Os montantes já vencidos deverão ser corrigidos pelo IGP-M e acrescidos dos juros moratórios, desde cada vencimento.

As prestações vincendas observarão a variação do salário mínimo regional, adotando-se, na hipótese de sua extinção, o correspondente ao salário mínimo nacional.

A Colenda Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação interposta pelos réus, mantendo a sentença de parcial procedência.

A discussão aqui trazida a conhecimento deste Colegiado diz com os seguintes tópicos controvertidos:

- a) a legitimidade do corréu Ricardo para responder à presente ação civil *ex delicto*;
- b) o direito da coautora (mãe da filha do falecido) à indenização pelos danos morais;
- c) o valor da indenização pelos danos morais;
- d) o valor da pensão;
- e) o *dies a quo* e o *dies ad quem* do pensionamento.

Passo à análise de cada um dos referidos tópicos controvertidos.

a) Legitimidade passiva do corréu Ricardo:

O acórdão recorrido, sobre a questão, asseverou:

Na espécie, a responsabilidade do corréu **Ricardo** subsiste em razão da prática de homicídio culposo, reconhecido em decorrência de ter a parte manifestamente excedido nos meios da legítima defesa, não sendo a ausência de dolo motivo suficiente para afastar o dever de indenizar.

Segundo o que dispõe o art. 188, inciso I, primeira parte, do Código Civil, não constituem atos ilícitos os praticados em “legítima defesa”; assim, o excesso no agir do agente, reconhecido na esfera penal, é suficiente a trazer reflexos no âmbito da responsabilidade civil. A este respeito, e porque bem analisada a questão, peço vênia para trazer trecho do parecer do douto Procurador de Justiça, *in verbis*:

Trata-se de ação civil “ex delicto”, sendo que o evento danoso, o nexo de causalidade entre conduta dos agentes, bem como o nexo de imputação a estes do dever de indenizar - qual seja a culpa em sentido amplo, isto é, abrangendo dolo e culpa dos ora apelantes - restou reconhecida em júri popular, que entendeu que Abílio cometeu homicídio doloso e Ricardo excedeu-se culposamente na legítima defesa, incorrendo nas penas do homicídio culposo, tal como bem apanhado pelo magistrado sentenciante, cabendo aqui a aplicação do disposto no artigo 935 do Código Civil vigente: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Logo, descabe qualquer discussão acerca da responsabilidade dos réus, ora apelantes, devendo ser totalmente rechaçado o reconhecimento da ilegitimidade passiva do apelante Ricardo Siqueira, com sua a exclusão da lide em tela, máxime em face da incidência conjugada das disposições normativas previstas nos artigos 927 e 186 do Código Civil em vigor.

Não fosse a espécie hipótese de fato punido criminalmente, de qualquer sorte, ao tratar do instituto da legítima defesa sob o influxos da legislação civil temos de nos voltar para o seu berço natural: o Direito Penal.

Lembra Flávio Tartuce (*in Direito Civil*, V. 2, 13ª ed., Ed. Forense, 2017, p. 612), com apoio na lição do Professor Sílvio Venosa, que: “a legítima defesa constitui uma justificativa para a conduta, devendo ser utilizado o mesmo conceito do Direito Penal.”

Posiciona o tema, ainda, do seguinte modo:

(...) a sociedade organizada não admite a justiça com as próprias mãos, mas acaba reconhecendo situações nas quais o indivíduo pode se utilizar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente contra si mesmo ou contra as pessoas que lhe são próximas ou os seus bens.

Com os olhos voltados ao Direito Penal, tem-se que a legítima defesa é uma das excludentes de ilicitude (discriminantes), como bem se evidencia no art. 23 do Código Penal:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

(...)

II - em legítima defesa;

Assim o é porque o crime consubstancia ação típica, ilícita e culpável e, nas hipóteses em que aquele que teria praticado o crime o faz em legítima defesa, não se reunindo os três elementos [faltaria na ação a sua ilicitude], não se poderia falar em ato criminoso, sendo, pois, ato lícito para o direito.

O legislador, no entanto, apesar de estabelecer que o agir em legítima defesa não se revela ilícito - e aqui se pauta na máxima de que a ninguém há de se exigir suportar o injusto -, estabelecera limites ao exercício dessa defesa, prevendo que ela deverá ser moderada e necessária e, ainda e por consequência, que em assim não sendo, o excesso será punido:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

(...)

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Em que pese o recorrente possa ter, em algum momento do chamado *iter* criminoso, estado em situação de legítima defesa, desde que dela passou a usar imoderadamente, ingressou na seara da ilicitude e, assim, da punibilidade penal e, conseqüentemente, adentrou no âmbito da compensação civil dos danos por ele causados.

Zaffaroni e Pierangeli sobre a questão da ponderação dos males, asseveram (*in Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, 2ª Ed. Em e-book, Ed. RT, 2018, item 328):

(...). *A legítima defesa não pode contrariar o objetivo geral da ordem jurídica - a viabilização da coexistência -, de maneira que, quando existe uma desproporção muito grande entre o mal que evita quem se defende e o que lhe quer causar quem o agride, porque o primeiro é ínfimo comparado com o segundo, a defesa deixa de ser legítima.*

Desta forma, o uso de uma espingarda para evitar que uma criança se apodere de uma maçã, por mais necessário que seja, como aconteceria no caso em que o proprietário da maçã fosse um paralítico e a espingarda fosse o único meio que tivesse ao alcance de sua mão (exemplo de Mezger), não pode ser tolerado pelo direito. E assim é, não porque o bem jurídico "vida" tenha hierarquia superior ao bem jurídico propriedade, mas porque a ordem jurídica não pode tolerar que uma lesão à propriedade, de tão pequena magnitude, justifique o emprego de um meio que, ainda que necessário, seja tão grandemente lesivo, como o é um disparo mortal.

E, por outro lado, ao tratar da moderação, pontificam (*op. cit.* item 333):

Não pode haver uma desproporção muito grande entre a conduta defensiva e a do agressor, de maneira que a primeira cause um mal imensamente superior ao que teria produzido a agressão. Há um certo limite, isto é, um corretivo, que exclui a moderação, e, portanto, a defesa, em casos como o do paralítico.

A esse respeito, ainda, professa Luiz Regis Prado (*in Comentários ao Código Penal*, 3ª ed. em e-book, Ed. RT, 2017, item 32):

(...) a defesa legítima deve ser necessária e moderada, isto é, indispensável à repulsa e sem ultrapassar os limites necessários para afastar a ação agressiva ilícita (*moderamen inculpatae tutelae*). Os meios necessários são os suficientes para arrostar a agressão, tendo-se em conta o que as circunstâncias permitem. Demais disso, é mister que exista certa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva, em relação aos bens e direitos ameaçados. Caso contrário, a reação defensiva é ilícita, já que excessiva, e pode dar lugar à legítima defesa por parte do inicial agressor (legítima defesa sucessiva). Pondera-se tanto a gravidade do ataque como a natureza e a relevância do bem jurídico objeto de proteção.

Ora, se antijuridicidade é contradição ao direito e o excesso na legítima defesa é punível, porque vedado (acaso se tipifique o fato como crime), é evidente que, na espécie, não haverá falar em ausência de ilicitude na conduta do recorrente e, assim, em aplicação do art. 188 do CC.

A propósito, essa é a lição da doutrina nacional:

Rui Stocco (in Tratado de Responsabilidade Civil, 2ª ed. Em e-book, Ed. RT, 2015, item 9.03):

“Se, agindo em legítima defesa, na defesa de pessoa ou bem, o agente causa dano a terceiro, não tem o dever de ressarcir-lo, porque o seu comportamento *ex vi* do disposto no art. 188, I do CC/2002, não constitui ato ilícito. Evidentemente que se exigem desse agente moderação e proporcionalidade entre aquilo que defende e o dano que causar, sem o que não se caracterizará a causa de isenção.”

José Carlos Van Cleef de Almeida Santos e Luís de Carvalho Cascaldi (in Manual de Direito Civil, 1ª ed. Em e-book, Ed RT, 2015, item 10.4.1):

“Para que esteja configurada a legítima defesa, a ação para proteger o bem ou a pessoa deve ser proporcional à intensidade da agressão, isto é, limitada àquilo que é necessário para anular ou evitar a ofensa. Os atos de defesa ou destorço não podem ir além daquilo que é necessário ou indispensável para proteger o bem ameaçado. E os atos de defesa têm que ser imediatos, ou seja, um esforço ou resposta para evitar e proteger o bem ameaçado, não se confunde com um contra-ataque, nem com um revide ou vingança.

Se agir com exagero na repulsa, ou seja, se a defesa for desproporcional à injusta agressão, haverá excesso na legítima defesa e aquele que se excedeu responderá pelos prejuízos que o seu excesso causar (art. 187, CC).”

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (in Instituições de Direito Civil, 1ª ed. em e-book, E. RT, 2015, V. I, Tomo II, item 74.1):

“É causa de exclusão da antijuridicidade do ato de defesa, tanto no direito civil como no penal. O CP 25 define legítima defesa: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta

agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". O CC 1.210 § 1º autoriza o destorço pessoal para a recuperação da posse, que é ato de legítima defesa: "§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de destorço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse". Note-se que os elementos constitutivos da legítima defesa estão no CC 1.210 § 1º (injunta agressão: possuidor esbulhado; atual ou iminente: contanto que o faça logo; atos não podem ir além do indispensável: meios moderados).

Se a repulsa a ato injusto for exercida de modo desproporcional, há excesso na legítima defesa e aquele que assim agiu responde pelo excesso."

Flávio Tartuce (op. cit. p. 612):

Para a configuração da legítima defesa cabe análise caso a caso, sendo certo que o agente não pode atuar além do indispensável para afastar o dano ou a iminência de prejuízo material ou imaterial. O conceito ainda pode ser retirado do art. 1.210 do CC/2002, que trata da legítima defesa da posse, nos casos de ameaça e de turbação; e do desforço pessoal, nos casos de esbulho. Nesse sentido, enuncia o § 1º do art. 1.210 que "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

Exemplificando, se o proprietário de uma fazenda desfere tiros de arma de fogo diretamente contra invasores de seu imóvel, não haverá legítima defesa, mas *excesso no exercício da defesa (abuso de direito), estando configurado o seu dever de indenizar*.

Sílvio Venosa (in Direito Civil, Ed. Atlas, 2001, p. 524):

Responde também o agente pelo excesso na legítima defesa, isto é, quando sua conduta ultrapassa os limites da ponderação. Deverá responsabilizar-se, proporcionalmente, pelo excesso cometido, pois subsiste a ilicitude em parte da conduta.

A hipótese, pois, não é de mera incidência da causa de justificação, ou seja, de situação em que alguém venha a repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios de que dispõe, mas a de que o defendente passa a agressor e o que inicialmente poderia não ser considerado crime vem a consubstanciar ilícito penal.

O recorrente, Ricardo Siqueira, foi condenado criminalmente e a sua pena apenas não fora executada porque a ele fora concedido o *sursis*.

O referido instituto processual, disciplinado no Código Penal no art. 77, tem como premissa uma condenação penal, pois se consubstancia na suspensão

da execução de penas cominadas de até 2 anos, observados, ainda, os demais requisitos legais.

Luiz Regis Prado sobre ele esclarece (*in Comentários ao Código Penal*, 3ª ed. em e-book, Ed. RT, 2017, itens 1 e 2 dos comentários ao art. 77):

A suspensão condicional da pena é a suspensão parcial da pena privativa de liberdade de curta duração por determinado prazo, desde que cumpridas certas condições e observados os requisitos previstos no art. 77 do CP. O magistrado pode suspender a execução da pena privativa de liberdade, logo após defini-la em decisão condenatória - satisfeitos os pressupostos legais - devendo, necessariamente, quer a conceda, quer a denegue (vide art. 157, LEP), manifestar-se a esse respeito na sentença.

(...)

A natureza jurídica da suspensão condicional da pena é questão altamente controvertida (*v.g.*, meio repressivo e preventivo da prática de novos delitos; substitutivo da pena privativa de liberdade de curta duração; causa *sub conditione* de extinção da punibilidade). Havido como direito público subjetivo do réu pela doutrina preponderante, o *sursis* apresenta caráter nitidamente sancionatório (sobretudo após a Reforma Penal de 1984).

Nesta conjuntura, é inegável a existência de uma condenação, pois de suspensão condicional do processo não se trata.

Lanço mão, novamente, do magistério do ilustre penalista já referido, Dr. Luiz Regis Prado:

Cumpra não confundir a suspensão condicional da pena com a denominada suspensão condicional do processo, prevista pela Lei 9.099/1995. Com efeito, nesta o que se suspende é o próprio processo - e não a sanção penal que ainda nem chegou a ser aplicada - por determinado prazo (entre dois e quatro anos), cumpridas certas condições (art. 89, §§ 1º e 2º) e preenchidos requisitos de natureza objetiva e subjetiva pelo acusado (art. 77, CP). Aplica-se a suspensão condicional do processo tão somente às infrações penais processáveis mediante ação penal pública, cuja pena mínima abstratamente cominada seja igual ou inferior a um ano (art. 89, *caput*, Lei 9.099/1995), sendo ou não infração penal de menor potencial ofensivo (*v.g.* o crime de furto simples, art. 155, do CP). (*op. cit.* item 3 dos comentários ao art. 77)

Diante destas considerações, não há falar em ausência de ilicitude e, assim, em afronta ao art. 188 do CC, impondo-se manter o *v. acórdão* do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no que concerne.

b) Direito à indenização pelos danos morais:

Os recorrentes, aqui, alegam que a coautora, mãe da filha do falecido e que com ele não mantinha relação conjugal, seja mediante casamento, seja mediante união estável, não teria direito à indenização pelos danos morais decorrentes de sua morte.

O acórdão, no que respeita, é claro - e sua conclusão se revela escoreita -, no sentido de que, apesar de união estável inexistir à época do passamento, o direito à indenização, ainda assim, não poderia ser negado, tendo em vista a profundidade do relacionamento havido e mantido entre a autora e o falecido.

A propósito:

Na espécie, acresço que a despeito de não ter sido reconhecida a união estável entre a demandante *Lisiane* e o falecido *Guilherme*, tal situação não é suficiente para afastar a indenização por danos morais.

“Ora”, o caso em comento guarda questão *sui generis*, qual seja, a existência de um relacionamento entre as mencionadas pessoas, fato que culminou com o nascimento de uma criança - circunstância que diz com a continuidade da geração familiar.

A moldura fática do vínculo havido entre a coautora Lisiane e o falecido reflete mais do que um mero namoro mantido entre um jovem casal, tratando-se de ocorrência mais peculiar e que guarda maior profundidade emocional e afetiva.

Inegável, pois, o sofrimento extrapatrimonial decorrente da morte de pessoa com a qual manteve íntimo envolvimento do qual resultou o nascimento de uma descendente, circunstância que certamente rememorará a demandante do já mencionado vínculo afetivo.

Dito assim, os abalos extrapatrimoniais, na espécie, se têm tanto pelo abalo próprio, como também por ricochete.

Em sede doutrinária, já defendi que a definição da legitimidade das vítimas por ricochete em face do dano morte apresenta grande relevância prática, em face da necessidade de se limitar o leque de pessoas atingidas reflexamente pelo evento danoso e, assim, de legitimados para postular a correspondente compensação.

A propósito, ponderei (*in Princípio da Reparação Integral*, Ed. Saraiva, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: 2011, p. 294):

Fatos graves, como a morte trágica de uma pessoa em desastre aéreo ou em acidente de trânsito, afetam drasticamente não apenas os parentes próximos

(filhos, pais, cônjuge, irmãos), mas também atingem fortemente os amigos do falecido e demais familiares mais distantes. A dificuldade está em estabelecer os limites de parentesco ou de amizade para o reconhecimento da ocorrência desse dano extrapatrimonial pelo prejuízo de afeição, o que é relevante para efeito de se fixar a legitimidade para a propositura da ação indenizatória.

Analisando o direito comparado, conclui que a questão da legitimidade é enfrentada, com profundidade, pelo direito francês:

Após uma fase inicial permissiva, a jurisprudência francesa, a partir de 1931, restringiu a legitimidade, passando a exigir a presença de dois requisitos: a) liame de parentesco; b) dano-morte. A jurisprudência posterior evoluiu para um ponto intermediário, exigindo a comprovação pelo terceiro interessado do seu especial sofrimento com o evento danoso. *Atualmente, a jurisprudência francesa renunciou a critérios excessivamente rígidos, sendo exigido apenas pela Corte de Cassação que os prejuízos invocados pelo terceiro sejam pessoais, certos e lícitos.*

No direito português, o art. 496, n. 2 e 3, do seu CC/66 estabelece textualmente que:

2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.

No tocante ao direito brasileiro, concluí seguir-se a mesma linha do direito europeu, sendo a nossa jurisprudência bastante restritiva no reconhecimento da legitimidade para o ajuizamento de ação de indenização por danos morais, em que pese sensível às peculiaridades do caso.

A legitimidade para a propositura da demanda indenizatória por danos extrapatrimoniais, em regra, é reconhecida em favor dos parentes mais próximos da vítima falecida (cônjuge, companheiro, pais e filhos), mas, ainda assim, poder-se-á admitir a legitimidade de outras pessoas em face de sua especial afinidade.

A propósito, destaquei (*op. cit.* p. 295):

O cuidado que se deve ter é que o critério principal é o laço de parentesco ou afinidade, não se exigindo, diferentemente da pensão por morte, a demonstração

de dependência econômica, pois o prejuízo extrapatrimonial derivado do dano-morte independe da classe social ou da condição econômica das vítimas por ricochete.

O STJ, em acórdão relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em ação indenizatória por dano moral derivado da morte da vítima, após afastar a necessidade da prova da dependência econômica dos autores em relação ao falecido, reconheceu, “em face das peculiaridades da espécie”, que “os irmãos e sobrinhos possuem legitimidade para postular a reparação pelo dano moral”.

Em relação aos parentes próximos, a presunção é de que exista a relação de afinidade. Essa presunção, porém, não é absoluta, admitindo prova em sentido contrário (*juris tantum*).

Essa orientação flexível mostra-se mais consentânea com o princípio da reparação integral, particularmente em sua função concretizadora, permitindo o reconhecimento pelo juiz de que outras pessoas diretamente afetadas pelo dano-morte também detenham legitimidade para a propositura da demanda indenizatória por extrapatrimonial (prejuízo de afeição).

Nesse panorama, tenho que o acórdão recorrido merece ser mantido, até mesmo porque, na forma com que foram fundamentadas as suas conclusões, a revisão não prescindiria da reanálise do contexto fático probatório enfrentado.

É que, apesar de a coautora, quando da data do fatídico assassinato, não manter relação conjugal com o pai de sua filha, logrou a instância de origem identificar que a relação mantida com o falecido possuía profundidade suficiente a evidenciar o seu abalo com a morte daquele com quem dividia a paternidade da coautora.

A responsabilidade que decorre da criação de filhos, notadamente em tempos atuais, em que o educar e proteger está se tornando cada vez mais difícil e complexo, quando dividida entre pai e mãe acaba por revelar-se tarefa menos árdua do que a atribuída a apenas um dos genitores.

Apenas com base no fato de que não haveria uma relação conjugal entre a autora e o falecido, não se tem como concluir pela ausência de especial afinidade a fazer reconhecida a existência de danos morais indenizáveis na espécie. Ademais, alterar a conclusão da Corte local, porque estar-se-ia a exigir deste Tribunal Superior revisitar as provas coligidas no curso da ação, é providência vedada, como já antecipei, na forma do enunciado 7/STJ.

Mantenho, assim, o reconhecimento do direito da mãe da infante à indenização pelos danos morais.

c) Valor da indenização pelos danos morais:

A sentença, mantida em grau recursal, condenou os réus solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 75.000,00, corrigidos monetariamente, pelo IGP-M, desde a data do arbitramento, e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, desde a data do ilícito (01.12.2001) até 10.01.2003, e de 1% ao mês, desde então.

Referido valor, consoante o acórdão recorrido, deverá ser repartido entre as autoras à razão de 1/3 para a mãe e 2/3 para a filha, devendo a parcela desta permanecer depositada, até a sua maioridade, em conta movimentável apenas por ordem judicial.

O valor fixado, representava à época, pouco mais de 300 salários mínimos e, assim, não se mostra irrazoável. Aliás, as indenizações em casos como o presente, como se pode constatar de uma rápida pesquisa na jurisprudência desta Corte, tem orbitado exatamente entre 300 e 500 salários mínimos.

Ademais, cristalizou-se a compreensão junto a este Tribunal Superior no sentido de que, em não havendo exorbitância na fixação da indenização, a pretensão de revisão do arbitramento faz-se incidente o enunciado 7/STJ.

d) Valor da pensão:

O acórdão recorrido manteve a sentença que fixara o pensionamento à filha do falecido em 80% do salário mínimo regional.

Fixou-se o início da obrigação em 01.12.2001 e o fim em 21.08.2022, data em que a alimentada completaria 24 anos.

Entendeu-se, ainda, ausente qualquer fundamento para a redução da pensão, podendo que:

Ao reconhecimento da parcela indenizatória, pertinente trazer aquilo que dito pelo nobre magistrado *a quo* em sentença, conforme consta do *decisum*:

Já o dano patrimonial experimentado por Danielle é insofismável, visto que o falecido era seu pai e tinha a obrigação de prover-lhe sustento (*ex vi* artigo 1.696 do Código Civil e artigos 227 e 229 da Constituição Federal); ademais, a testemunha Leandro Taschetto esclareceu que Guilherme vinha prestando assistência à sua filha:

Juiz: Ele trabalha na época?

Testemunha: Ele trabalhava comigo, ele era meu ajudante no gesso.

Juiz: Quanto ele ganhava mais ou menos? Qual era o salário na época? Era por serviço, como é que era?

Testemunha: Era no caso, tipo um salário mínimo, 20% de insalubridade.

Juiz: Salário mínimo mais 20% de insalubridade?

Testemunha: Exato. Era tipo o regional nosso, o regional do Estado.

[...]

Procurador da parte autora: Se ele tem conhecimento se o falecido pagava algum tipo de pensão para a criança?

Testemunha: Ele tava entrando na Justiça justamente para isso, pelo que eu fiquei sabendo.

O arbitramento, pois, como se vê, é absolutamente consentâneo à torrencial jurisprudência desta Corte Superior no sentido da fixação da pensão em 2/3 do valor da remuneração do provedor do alimentado.

Comprovou-se, consoante reconheceu o Tribunal de origem, que a remuneração do falecido era de 120% do salário mínimo regional. Aplicado o redutor de 1/3, relativo à despesas com o próprio alimentante, o resultado seria exatamente o valor fixado na decisão recorrida, de 80% do valor do salário mínimo regional.

Não se pode aqui pretender aplicar o entendimento de que a pensão alimentícia a ser paga pelo pai da infante acaso vivo poderia ser arbitrada em valor inferior, pois o crime cometido pelos recorrentes, ceifando a vida do genitor da menor, impedira, por completo, a possibilidade de ele vir a provê-la.

Não se pode, assim, presumir que o valor que ele contribuiria para o sustento de sua filha seria inferior ao que a jurisprudência normalmente arbitra nas hipóteses de falecimento do alimentante.

A orientação adotada no acórdão recorrido, como já adiantei, sintoniza-se com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, não merecendo, nesta conjuntura, qualquer reparo.

e) Dies a quo e dies ad quem do pensionamento:

Ao contrário do que sustentam os recorrentes, o pensionamento não tem início na data do ajuizamento da ação e nem tem fim na data da maioridade da alimentanda.

A morte do pai da menor levou à absoluta impossibilidade, desde o momento do passamento, de vir ele a prover as necessidades de sua filha, devendo desde a data do falecimento incidir o direito ao pensionamento.

Em relação ao termo final, também não há falar em ilegalidade.

A orientação firmada nesta Corte Superior é a de que o pensionamento ao filhos em face da morte de um dos pais há de ser fixado até a data de 25 anos, pois período em que se presume já teriam completado a sua formação.

A propósito, por todos:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Responsabilidade civil. Morte do genitor da autora por eletrocussão, quando custodiado em presídio estadual e em serviço interno. Pensionamento de filho menor. Idade de 25 anos. Acórdão em consonância com a jurisprudência do STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada, nos moldes legais e regimentais. Agravo interno improvido.

(...)

III. Na forma da jurisprudência do STJ, em matéria de responsabilidade civil, relativamente ao filho menor, “no que se refere ao termo final da pensão, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que deve ocorrer na data em que o filho da vítima completa 25 (vinte e cinco) anos de idade” (STJ, AgRg no AREsp 113.612/SP, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, *Quarta Turma*, DJe de 06/06/2017). Em igual sentido: STJ, AgRg no AREsp 569.117/PA, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 03/12/2014; AgRg no Ag 1.419.899/RJ, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 24/09/2012. (...)

(AgInt no REsp 1.600.692/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 24/08/2017)

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso. Valor da indenização. Revisão de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Filhos da vítima. Pensionamento. Termo final. Jurisprudência pacífica. Súmula 83/STJ.

1. É impossível alterar as premissas fáticas consignadas no aresto atacado, para concluir no sentido de que a indenização é desarrazoada, sob pena de revolverem-se fatos e provas dos autos.

Pela mesma razão não cabe analisar a assertiva do recorrente de que “não há nos autos qualquer elemento probatório a justificar o pagamento da pensão de 2/3 do salário mínimo” (fl. 310), ao argumento de não existir prova de que o de cujus auferisse renda.

2. A pensão em decorrência da morte do pai deve alcançar a data em que os beneficiários completem 25 anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade. Precedentes. Súmula 83/STJ.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp 1.007.101/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 08/04/2008, DJe 22/04/2008)

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Morte do pai e marido dos recorridos. Pensão mensal. Termo final. Dano moral. Redução. Súmula n. 7/STJ. Verba honorária. Base de cálculo. Justiça gratuita. Suspensão do pagamento. Atualização do valor devido. Indexação ao salário mínimo. Não-cabimento. Súmula n. 284/STF. Deficiência na fundamentação. Divergência jurisprudencial. Súmula n. 83/STJ. Omissão no acórdão recorrido. Inexistência.

1. A pensão mensal a ser paga ao filho menor, fixada em razão do falecimento do seu genitor em acidente de trânsito, deve estender-se até que aquele complete 25 anos.

2. O *quantum* indenizatório fixado na instância ordinária a título de dano moral somente se submete ao controle do Superior Tribunal de Justiça na hipótese em que o valor da condenação seja irrisório ou exorbitante, distanciando-se, assim, das finalidades legais e da devida prestação jurisdicional frente ao caso concreto.

3. O cálculo da verba honorária é feito sobre o somatório de todas as prestações vencidas, acrescidas de doze prestações das vincendas, incluindo o valor fixado a título de danos morais.

4. É inviável a análise da perda da situação de miserabilidade jurídica dos recorridos, tendo em vista que examinar a condição econômica dos recorridos demanda análise de matéria fático-probatória.

5. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula n. 284/STF).

6. A indenização não pode ser indexada ao salário mínimo, devendo ser considerado o seu valor vigente à época do evento, computando-se daí por diante a correção monetária. Precedentes.

7. Impõe-se a rejeição dos aclaratórios opostos com o fim de prequestionamento se o Tribunal recorrido examinou e decidiu todas as questões suscitadas.

8. Recurso especial não-conhecido. (REsp 586.714/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 14/09/2009)

Não merece, assim, qualquer alteração o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.653.141-SP (2015/0203885-8)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Cooperativa Agrícola Mista do Vale do Mogi Guaçu

Advogado: Vagner Mazaro e outro(s) - SP282264

Recorrido: Aldo Jose Fregonezi

Advogado: Sérgio Franco de Lima Filho e outro(s) - SP216437

EMENTA

Recurso especial. Direito Empresarial e Processual Civil. Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres. Cooperativa. Fase de cumprimento de sentença. Alegação de nulidade em virtude da ausência de citação dos demais sócios. Litisconsórcio passivo necessário. Reconhecimento de nulidade que, nesta fase processual, causaria mais prejuízos. Precedentes do STJ.

1. Controvérsia em torno da necessidade de citação de todos os cooperados, como litisconsortes necessários, tendo sido a demanda ajuizada somente contra a Cooperativa.

2. Questão surgida na fase de cumprimento de sentença prolatada em ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres cumulada com pedido indenizatório em que não ocorrera a citação dos demais cooperados.

3. Anulação do processo pelo juízo de primeiro grau, na fase de cumprimento de sentença, determinando a citação dos cooperados como litisconsortes passivos necessários.

4. Decisão reformada pelo acórdão recorrido que, dando provimento ao agravo de instrumento, determinou o prosseguimento do cumprimento da sentença sem a citação dos cooperados.

5. Existência de precedentes desta Corte no sentido de que a legitimidade passiva para as ações de dissolução de sociedade é da sociedade e dos sócios remanescentes.

6. Especificidades do caso concreto, no entanto, a recomendar que, tendo o recorrido já sido afastado da cooperativa e cingindo-

se a controvérsia apenas ao cálculo dos haveres, não há razão para a decretação de nulidade de todo o processo, desde a sua origem, para que se proceda à citação dos sócios, sem haver sequer a demonstração do efetivo prejuízo para as partes.

7. Precedentes recentes do STJ, chancelando o entendimento adotado pelo acórdão recorrido.

8. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 29.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Cooperativa Agrícola Mista do Vale do Mogi Guaçu* em face de acórdão do TJSP, assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres cumulada com pedido indenizatório. Insurgência contra decisão que, em fase de cumprimento de sentença, anulou o processo em virtude da ausência de citação de litisconsortes passivos necessários. Em que pese o entendimento já consolidado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, na dissolução de sociedade com apuração de haveres, os sócios e a sociedade apresentam-se em litisconsórcio passivo necessário, as peculiaridades deste caso concreto ensejam solução diversa, favorável ao agravante. A legitimidade passiva na ação de apuração de haveres é apenas da sociedade, porquanto o afastamento do sócio já se verificou, cabendo apenas à pessoa jurídica constituída efetuar o

pagamento devido ao retirante. Reconhecer a nulidade do processo em fase de cumprimento de sentença importaria em grave violação aos princípios da boa-fé objetiva e da celeridade processual, visto que se pleiteia o acolhimento de uma pretensão que poderia ter sido avocada, ou até mesmo reconhecida, desde a petição inicial. Decisão anulada. Recurso provido.

No recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a recorrente apontou, além do dissídio jurisprudencial, ofensa ao artigo 47 do CPC/73, pois na ação de apuração de haveres de sócio, todos os sócios da Cooperativa deveriam ter sido citados para a ação, em litisconsórcio necessário com a sociedade, sob pena de a sentença não produzir nenhum efeito, quer para o litisconsorte que integrou a relação processual, quer para aqueles que dela não participaram. Aduziu, ainda, que o acórdão recorrido diverge do entendimento firmado nesta Corte.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 1.002/1.026.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Prezados Colegas. A polêmica do presente recurso especial situa-se em torno da necessidade de citação de todos os cooperados, como litisconsortes necessários, tendo sido a demanda ajuizada somente contra a Cooperativa.

No caso dos autos, o recorrido ajuizou em face da cooperativa recorrente demanda de liquidação de cotas sociais e apuração de haveres, que foi julgada procedente.

Após o trânsito em julgado e retorno dos autos à origem, a recorrida, já em fase de liquidação de sentença, suscitou a nulidade de todo o processo, desde a origem, tendo em vista a falta de citação dos sócios remanescentes, por se tratar de dissolução parcial de sociedade.

Cinge-se a controvérsia, assim, em se estabelecer se, no presente caso, deve ser mantida da nulidade decretada pelo juízo de primeiro grau, após encerrada a fase de conhecimento, em razão da falta de citação dos litisconsortes considerados necessários, já que a ação fora ajuizada somente contra a Cooperativa, não tendo integrado à lide os cooperados.

Apreciando o caso, o acórdão recorrido assim analisou a questão nos seguintes termos, *verbis*:

No presente caso, todo o litígio desenvolveu-se em torno do cálculo dos haveres do agravante, que já havia sido afastado da cooperativa antes da propositura da demanda. Logo, não há que se cogitar, depois de aproximadamente cinco anos de iniciada a tramitação do feito, a necessidade da presença dos demais sócios para que o polo passivo da ação seja devidamente constituído.

Reconhecer a nulidade do processo em fase de cumprimento de sentença importaria em grave violação aos princípios da boa-fé objetiva e da celeridade processual, visto que se pleiteia o acolhimento de uma pretensão que poderia ter sido avocada, ou até mesmo reconhecida, desde a petição inicial.

Assim, tendo a presente ação como objeto a liquidação de cotas sociais com apuração de haveres, desnecessária a presença de todos os sócios da cooperativa no polo passivo da lide.

Partilhando deste entendimento, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca preceitua que a legitimidade passiva na ação de apuração de haveres é apenas da sociedade, porquanto o afastamento do sócio já se verificou, cabendo apenas à pessoa jurídica constituída efetuar o pagamento devido ao retirante.

Não há, portanto, que se cogitar a anulação de qualquer ato processual em virtude da ausência dos sócios da cooperativa no polo passivo da demanda. (fls. 970/971)

A posição adotada pelo acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência recente desta Corte, especialmente com precedente desta Terceira Turma, em acórdão de relatoria da e. Min. Nancy Andrighi que, apreciando caso em muito semelhante, reconheceu a legitimidade passiva da empresa, sem a necessidade de litisconsórcio passivo com os demais sócios, nas ações de dissolução parcial com apuração de haveres.

Eis a ementa do referido julgado:

Empresarial e Processual Civil. Recurso especial. Ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada c/c apuração de haveres. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Violação dos arts. 165 e 458, II, do CPC. Inocorrência. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistente. Julgamento *extra petita*. Princípio da correlação. Observado. Sociedade limitada transformada em sociedade anônima. Quebra da *affectio societatis*. Elementos concretos.

1. Ação ajuizada em 08/10/2008. Recursos especiais interpostos em 07/11/2012 e 22/11/2012, ambos atribuídos ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em decidir: i) acerca da negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal de origem; ii) se há litisconsórcio passivo necessário entre todos os sócios e a companhia em ação de dissolução parcial; iii) se há julgamento *extra petita*, ante a adoção de causa de pedir diversa da veiculada na petição inicial; iv) se é lícita a dissolução parcial de sociedade anônima fechada, com base na quebra da *affectio societatis*.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação dos arts. 165 e 458, II, 535, do CPC/73.

4. A legitimidade passiva *ad causam* em ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada é da própria companhia, não havendo litisconsórcio necessário com todos os acionistas.

5. Não há julgamento *extra petita* quando o julgador interpreta o pedido formulado na petição inicial de forma lógico-sistemática, a partir da análise de todo o seu conteúdo.

6. A jurisprudência do STJ reconheceu a possibilidade jurídica da dissolução parcial de sociedade anônima fechada, em que prepondere o liame subjetivo entre os sócios, ao fundamento de quebra da *affectio societatis*.

7. Recursos especiais conhecidos e não providos.

(REsp 1.400.264/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

Extraí-se do voto da relatora o seguinte excerto:

A Terceira Turma do STJ já decidiu acerca da indispensável formação de litisconsórcio passivo necessário na hipótese em que o litígio instaurado entre as partes culmina em ação de dissolução total da sociedade (REsp 1.303.284/PR, minha relatoria, DJe 13/05/2013).

Na ocasião, as razões de decidir adotadas pelo colegiado foram no sentido de que a participação de todos os sócios na demanda judicial de dissolução afigura-se essencial para que se alcance a certeza necessária da absoluta inviabilidade de sua manutenção. Isso porque, em tese, é plenamente possível que algum dos sócios venha a manifestar o desejo e a viabilidade do prosseguimento da atividade empresária, ainda que mediante a formação de novo quadro societário, quiçá destituído do *intuito personae*.

Na presente hipótese, entretanto, os contornos concretos do litígio dizem respeito unicamente à dissolução parcial da companhia, com a retirada dos recorridos, acionistas minoritários.

Esse dado é relevante porque o resultado útil do processo, na perspectiva dos autores da demanda, cinge-se à sua retirada da sociedade com a respectiva

apuração de haveres, portanto, eventual acolhimento do pedido formulado na petição inicial não conduz à absoluta inviabilidade de manutenção da empresa por dissolução total. Assim, a legitimidade passiva *ad causam* em ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada, de acordo com as particularidades dos autos, é da própria companhia, não havendo litisconsórcio necessário com todos os acionistas.

Não fosse o entendimento supra, as duas Turmas que compõem a Segunda Seção, já decidiram que, em casos como o dos autos, é possível mitigar o entendimento de que, em regra, na ação de apuração de haveres, a legitimidade passiva é da sociedade e dos sócios remanescentes.

Nesse sentido:

Recurso especial. Processual Civil. Ação de indenização de cota-parte e apuração de haveres por exclusão de sócio. Legitimidade passiva: sociedade empresária e sócios remanescentes. Litisconsórcio passivo necessário. Ausência de integração da sociedade no polo passivo. Prolação de sentença de procedência da ação. Anulação do feito, de ofício, pelo Tribunal de Justiça. Ausência de prejuízo. Citação de todos os sócios remanescentes. Peculiaridades do caso. Recurso provido.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, em regra, na ação para apuração de haveres de sócio, a legitimidade processual passiva é da sociedade e dos sócios remanescentes, em litisconsórcio passivo necessário. Precedentes.

2. É possível mitigar-se esse entendimento diante de especificidades do caso concreto, em que não se constate prejuízos às partes demandadas, às quais foi assegurada a ampla defesa e o contraditório. Precedentes.

3. Hipótese em que a ação recebeu sentença de mérito, pela procedência, vindo o feito a ser anulado, *ex officio*, quando do julgamento da apelação em razão da falta de integração do polo passivo pela sociedade empresária, litisconsorte passiva necessária.

Estando o processo transcorrendo há anos, a anulação dos atos processuais acarretará mais prejuízos que benefícios às partes.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.015.547/AM, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Intimação da decisão recorrida na vigência do CPC/1973. Acórdão recorrido. Omissão. Não ocorrência. Litisconsórcio passivo. Ausência. Nulidade. Inexistência. Prejuízo. Não

comprovação. Inovação recursal. Dissolução parcial de sociedade. Apuração de haveres. Revisão de cláusula contratual. Reexame de provas. Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Decisão mantida.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 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 jurisprudência do STJ entende que, em regra, o polo passivo da ação de dissolução parcial da sociedade deve ser integrado pelos sócios remanescentes e pela pessoa jurídica correspondente. Precedentes.

3. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, não deve ser declarada nulidade processual sem comprovação do efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Precedentes.

4. Na hipótese em exame, não obstante a ausência de citação dos demais sócios, o processo não deve ser anulado, em virtude das peculiaridades do caso, pois não houve demonstração de prejuízo e o litisconsorte ausente “jamais chegaria a sustentar o que quer que seja em contrário, de modo que, a rigor, desnecessário anular o processo para inclusão de litisconsorte necessário e retorno à mesma situação que já se tem agora” (REsp n. 788.886/SP, Relator Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009).

5. Em virtude da preclusão consumativa e por caracterizar indevida inovação recursal, são insuscetíveis de conhecimento as teses que poderiam ter sido deduzidas em momento anterior, mas somente foram apresentadas nas razões do regimental.

6. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revisão de cláusula contratual e revolvimento do contexto fático dos autos (Súmulas n. 5 e 7 do STJ).

7. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou as cláusulas contratuais e os demais elementos de prova contidos no processo para concluir que os critérios de apuração de haveres previsto no contrato social da empresa eram válidos. Alterar esse entendimento demandaria a interpretação das disposições contratuais e o reexame do conjunto probatório do feito, o que é vedado em recurso especial.

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.295.141/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

Por fim, destaco que as razões recursais não trazem elementos que demonstrem o efetivo prejuízo da recorrida, chancelando, com isso, o acórdão recorrido.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.658.568-RJ (2017/0049852-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Santander Leasing S.A. Arrendamento Mercantil
Advogados: Gustavo José Mendes Tepedino - RJ041245
Milena Donato Oliva e outro(s) - RJ137546
Renan Soares Cortazio - RJ220226
Recorrente: Banco Bradesco Financiamentos S.A
Advogado: Carlos Henrique dos Santos Liquori Filho - RJ141040
Recorrente: Banco Volkswagen S.A.
Advogados: Daniel Russo Checchinato - SP163580
Arthur Karasawa Resti - SP267067
Recorrente: BV Financeira SA Crédito Financiamento e Investimento
Recorrente: Itau Unibanco S.A
Recorrente: Banco Fiat S/A
Advogados: Marta Garcia de Miranda Carvalho - RJ114913
Tânia Pinto Guimarães de Azevedo - RJ104030
Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo
Advogados: Paulo Maximilian Wilhelm Mendlowicz Schonblum -
RJ092946
Ilan Goldberg - RJ100643
Recorrente: Banco Pan S.A.
Advogados: Caio Scheunemann Longhi - SP222239
Paulo Dóron Rehder de Araújo e outro(s) - SP246516
Natália Diniz da Silva - SP289565
Recorrente: Banco GMAC S.A
Advogados: Marco Aurélio de Almeida Alves - RJ098263
Livia Cristina da Silva Saad Affonso - RJ162092
Recorrente: Banco Sofisa S/A
Advogado: Manuela Sampaio Sarmiento e Silva - BA018454
Recorrido: Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa
do Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: João dos Santos Oliveira Filho - RJ099587
Rafael Ferreira Couto e outro(s) - RJ147063
Andre Luiz de Souza Cruz - RJ150514

Interes.: ABEL - Associação Brasileira das Empresas de Leasing -
“Amicus Curiae”

Advogados: Alberto Daudt de Oliveira - RJ050932

Rafael Henrique Fiuza de Bragança - RJ121320

EMENTA

Processual Civil, Civil e Consumidor. Recurso especial. Ação coletiva de consumo. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Direitos individuais homogêneos. Configuração. Órgão da Administração Pública desprovido de personalidade jurídica própria. Legitimidade ativa. Reconhecimento. Art. 82, III, do CDC. Eficácia prospectiva da sentença. Deficiência da fundamentação recursal. Súmula 284/STF. Litisconsórcio necessário. Art. 47 do CPC/73. Decisão uniforme. Desnecessidade. Ilegitimidade passiva. Grupo societário. Desconsideração. Art. 28, § 2º, do CDC. Pressupostos. Inocorrência. Prova pericial. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Princípio da adstrição ao pedido. Congruência. Inobervância. Sentença além do pedido. Restrição. Mérito. Arrendamento mercantil. Divergência jurisprudencial. Similitude fática. Ausência. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/STF. Perda do bem, sem culpa do arrendatário. Bem segurado. Parcelas vincendas. Cobrança. Impossibilidade. Enriquecimento ilícito. Configuração. Art. 884 do CC/02. Limites territoriais da sentença. Eficácia em todo o território nacional. Art. 103 do CDC.

1. Cuida-se de coletiva de consumo por meio da qual se questiona a cobrança de parcelas vincendas na hipótese perda do bem objeto de arrendamento mercantil (*leasing*) sem culpa do arrendatário e garantido por contrato de seguro.

2. Recursos especiais interpostos em: 16/12/2015; 18/12/2015; 29/12/2015; 21/01/2016; 11/02/2016; conclusos ao gabinete em: 28/03/2017, julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal cinge-se a determinar se: *a*) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; *b*) a Comissão de Defesa do

Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro é parte legítima para propor a presente ação coletiva de consumo; *c*) os interesses versados na inicial possuem natureza coletiva; *d*) a recorrente BV Financeira tem legitimidade para constar no polo passivo; *e*) existe litisconsórcio passivo necessário entre todas as entidades que prestem serviços de arrendamento mercantil; *f*) houve cerceamento de defesa em virtude do indeferimento do pedido de produção de prova pericial; *g*) a sentença decidiu questões que não se encontravam na delimitação do pedido da inicial (*ultra petita*); *h*) há divergência jurisprudencial com o entendimento repetitivo do REsp 1.099.212/RJ; *i*) a perda sem culpa e involuntária da coisa arrendada ocorre em prejuízo do arrendante ou do arrendatário; *j*) na perda do bem objeto de contrato de arrendamento mercantil (*leasing* financeiro) garantido por seguro e sem culpa do consumidor existe direito à cobrança das parcelas vincendas do contrato; *k*) a sentença da ação coletiva deve ter sua eficácia restrita aos limites da competência territorial do órgão judicial prolator.

4. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração.

5. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

6. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.

7. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo.

8. Quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado, o órgão público, mesmo se desprovido de personalidade jurídica própria, está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, por disposição expressa do art. 82, III, do CDC. Precedente.

9. Na ação coletiva de consumo, não há litisconsórcio passivo necessário entre todos os fornecedores de produtos ou serviços, pois

não existe entre eles e os consumidores uma peculiar relação de direito material, única e incindível, que exija, necessariamente, sejam demandados em conjunto.

10. O art. 28, § 2º, do CDC contém de hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica por aplicação da teoria menor, cujos pressupostos não foram observados pelo acórdão recorrido ao manter a inclusão de *BV Financeira SA Crédito Financiamento e Investimento* no polo passivo da presente ação coletiva.

11. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere à necessidade de produção de prova pericial e à ocorrência de cerceamento de defesa, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

12. Agindo fora dos limites definidos pelas partes e sem estar amparado em permissão legal que o autorize examinar questões de ofício, o juiz viola o princípio da congruência (CPC, arts. 128 e 460), o que ocorreu na hipótese em exame, com a apreciação de hipótese de perda do bem não garantido pelo contrato de seguro, não versada na causa de pedir contida na inicial, configurando julgamento *ultra petita* (além do pedido).

13. Ocorrendo julgamento para além do pedido (*ultra petita*), não há necessidade de se invalidar o ato jurisdicional, bastando, para que haja a readequação ao princípio da congruência, seja o comando reduzido ao âmbito do pedido formulado pelas partes, na presente hipótese, ao exame da perda do bem arrendado que foi garantido por contrato de seguro.

14. Não há divergência jurisprudencial entre o REsp 1.099.212/RJ, que versou sobre a resolução do contrato em razão de inadimplemento com culpa da arrendatária, que deixou de pagar as prestações que lhe eram cabidas, e o presente processo, no qual se discute situação substancialmente diversa, que se refere à possibilidade de cobrança pelo arrendador das parcelas vincendas do contrato diante da perda do bem sem culpa do arrendatário (por caso fortuito ou força maior), tendo sido contratado seguro para a garantia do bem arrendado.

15. O arrendamento mercantil é um contrato sinalagmático, no qual as prestações a cargo do arrendador são a causa, o pressuposto, das contraprestações do arrendatário.

16. A resolução do contrato sinalagmático decorre do inadimplemento, que pode ser culposo ou involuntário, regida, conforme o caso, por regras diversas.

17. Nos contratos sinalagmáticos em que o inadimplemento é involuntário e decorrente de caso fortuito ou força maior, a responsabilidade pelas perdas pecuniárias é do devedor (*res perit debitori*), devendo, pois, o prejuízo ser suportado por aquele que não pode mais cumprir a obrigação, perdendo, assim, o direito de exigir a contraprestação.

18. Até o momento da opção de compra, prepondera no contrato de arrendamento mercantil o caráter de locação, pois nem mesmo a cobrança antecipada do VRG descaracteriza o *leasing* em uma compra e venda a prestação. Súmula 293/STJ.

19. A prestação que se torna impossível de ser cumprida com a perda do bem por caso fortuito ou força maior é aquela que cabe ao arrendador – de pôr o bem à disposição do uso e gozo do arrendatário –, de modo que, pela teoria dos riscos, o contrato se resolveria e quem teria de arcar com os prejuízos da perda do bem teria de ser o arrendador, devedor da prestação que deixa de poder ser adimplida involuntariamente e sem culpa.

20. O bem objeto do contrato de arrendamento mercantil pode ser, por força da norma contida no art. 7º, IX, b, da Res. 2.309/96 do BACEN, submetido a garantia por meio de contrato de seguro, por meio do qual o arrendador tem seu interesse de obter lucro ao menos parcialmente protegido pela indenização securitária.

21. Nessa hipótese, nem o bem – que se perdeu – nem a indenização securitária são repassadas ao arrendatário, sendo essa a parte contratual que é privada, a despeito de ausência de culpa e do cumprimento das prestações que lhe cabem, da contraprestação a que tem direito, que é a de ter o bem a sua disposição.

22. A solução equitativa está prevista no art. 7º, VIII, da Resolução 2.309/96 do BACEN e corresponde ao aditivo contratual, por meio do qual arrendador e arrendatário prevejam a substituição do bem arrendado por outro de igual natureza, inclusive na ocorrência de sinistro, o que, aliás, é cláusula obrigatória do contrato de arrendamento mercantil.

23. Nos limites da moldura fática do acórdão recorrido, os arrendadores estão se locupletando ilicitamente, pois: a) a perda do bem sem culpa do arrendatário acarreta a resolução do contrato; e b) mesmo tendo recebido a indenização securitária e sem cumprirem com a prestação que lhes compete – de pôr a coisa à disposição do arrendatário, cobram as parcelas vincendas do contrato, deixando de observar o equilíbrio sinalagmático das prestações.

24. Os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, possuindo a sentença, portanto, validade em todo o território nacional.

25. Recursos especiais parcialmente conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial de *BV Financeira SA Crédito, Financiamento e Investimentos* e dar parcial provimento aos demais recursos especiais, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Dr. Ricardo Luiz Blundi Sturzenegger, pela parte recorrente: *BV Financeira SA Crédito Financiamento e Investimento e Itau Unibanco S.A.* Dr. Angelo Gamba Prata de Carvalho, pela parte recorrente: *Santander Leasing S.A. Arrendamento Mercantil*. Dr. Mario Salles Pereira de Lucena, pela parte interes.: *ABEL - Associação Brasileira das Empresas de Leasing*.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 18.10.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Santander Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, Banco*

Bradesco Financiamentos S.A.; Banco Volkswagen S.A.; BV Financeira SA Crédito Financiamento e Investimento; Itau Unibanco S.A.; Banco Fiat S/A; HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo; Banco Pan S.A.; Banco GMAC S.A.; Banco Sofisa S/A, com fundamento na(s) alínea(s) “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: coletiva de consumo, ajuizada pela *Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro*, em face dos recorrentes, por meio da qual questiona a cobrança de parcelas vincendas na hipótese perda do bem objeto de arrendamento mercantil (*leasing*) sem culpa do arrendatário e garantido por contrato de seguro.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar as recorrentes a não mais cobrar as parcelas vincendas na hipótese de liquidação antecipada do contrato por perda do bem sem culpa do consumidor, ainda que não celebrado contrato de seguro, declarando a nulidade das cláusulas contratuais respectivas, e a restituir em dobro todos os valores cobrados indevidamente, fixando multa cominatória no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para a obrigação de fazer de apresentar registro individualizado que permita verificar o tempo efetivo de duração dos contratos.

Acórdão: deu parcial provimento às apelações interpostas pelos recorrentes, para fixar o prazo prescricional em 5 (cinco) anos da propositura da ação, afastar a obrigação de fazer de apresentar registro individualizado que permita verificar o tempo dos contratos celebrados nos últimos 10 (dez) anos e determinar que a devolução dos valores indevidos seja realizada de forma simples.

Embargos de declaração: interpostos pelos recorrentes, foram rejeitados.

Recurso especial de Santander Leasing S.A. Arrendamento Mercantil: aponta violação dos arts. 128, 460, e 535, II, do CPC/73; 1º, parágrafo único, da Lei 6.099/74; e 16 da Lei 7.347/85. Afirma que houve negativa de prestação jurisdicional. Aduz que as consequências pela perda do bem devem correr exclusivamente à conta do arrendatário, devendo ser pagas as parcelas referentes à contraprestação pela utilização temporária do bem, sob pena de desnaturação da natureza jurídica do contrato. Argumenta, ainda, que a sentença seria *ultra petita*, pois o pedido inicial teria se limitado ao exame da hipótese em que houve a celebração de contrato de seguro. Aduz, ao final, que a sentença deveria ter efeitos limitados à competência territorial do órgão prolator.

Recurso especial de Banco Volkswagen S.A.: aponta violação dos arts. 128, 460 e 472 do CPC/73; 1º da Lei 6.099/74 e 16 da Lei 7.347/85, além de dissídio jurisprudencial. Reproduz as alegações do anterior recorrente.

Recurso especial de Banco Bradesco Financiamentos S.A.: aponta violação dos arts. 233, 234, 235, 236, 393, 475, 409 do CC/02; 1º da Lei 6.099/74; 4º, VI e IX, e 9º, da Lei 4.595/64; 5º e 16 da Lei 7.347/85; 81, 82 e 103 do CDC; 5º, 267, IV, 460, 469, 470 e 535 do CPC/73, além de divergência jurisprudencial. Além de reproduzir as alegações dos anteriores recorrentes, sustenta que a Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro é parte ilegítima para propor a ação coletiva de consumo, pois não pode agir em favor de interesses disponíveis. Afirma que o contrato de *leasing* contém cláusula suspensiva da propriedade, de modo que a coisa deve perecer ao comprador.

Recurso especial de BV Financeira S.A – CFI: aponta violação dos arts. 28, § 2º, 233 a 236, 393, 421, 476 e 884 do CC/02; 7º e 103 do CDC; 1º da Lei 6.099/74; 4º, VI e IX, e 9º da Lei 4.595/64; 5º, 469 e 470 do CPC/73; 16 da Lei 7.347/85. Além de reproduzir as alegações dos anteriores recorrentes, sustenta não possuir legitimidade passiva, pois não é sociedade de arrendamento mercantil e não atua nesse ramo de atividade. Afirma que o contrato de arrendamento mercantil tem natureza financeira, sendo de competência do CNM sua regulamentação. Argumenta, ademais, que a sentença não poderia ter alcançado os contratos já findos, devendo a decisão judicial ter efeitos prospectivos.

Recurso especial de Itaú Unibanco S.A. e Banco Fiat S.A.: apontam violação dos arts. 28, § 2º, 233 a 236, 393, 421, 476 e 884 do CC/02; 7º e 103 do CDC; 1º da Lei 6.099/74; 4º, VI e IX, e 9º da Lei 4.595/64; 5º, 469 e 470 do CPC/73; 16 da Lei 7.347/85, além de divergência jurisprudencial com o entendimento repetitivo proferido no REsp 1.099.212/RJ. Reitera as alegações dos demais recorrentes.

Recurso especial de HSBC Bank Brasil S.A – Banco Múltiplo: aponta violação dos arts. 7º, VII, a, 23, a, da Lei 6.099/74, além de divergência jurisprudencial com o entendimento repetitivo do REsp 1.099.212/RJ. Reproduz as alegações dos anteriores recursos especiais.

Recurso especial de Banco Panamericano S/A: aponta violação dos arts. 33, II, 47, 128, 420, parágrafo único, I, II e III, 460, 535, II, do CPC/73; 16 da Lei 7.347/85; 4º, I e VI, 6º, VIII, 39, V, 47, 51, IV, XV, e 54, § 4º, do CDC; 233 a 242 do CC/02, além de divergência jurisprudencial. Aduz ter ocorrido negativa de prestação jurisdicional. Argumenta que houve cerceamento de seu direito de defesa, em razão de ter sido indeferido o pedido de produção de prova

pericial. Sustenta que houve violação ao princípio da igualdade e à garantia da livre concorrência, sendo necessária a integração do polo passivo por todas as empresas autorizadas a atuar no mercado de arrendamento mercantil. Reitera as alegações dos demais recorrentes.

Recurso especial de Banco GMAC S.A.: aponta violação dos arts. 535, II, do CPC/73 e 16 da Lei 7.347/85. Alega que ocorreu negativa de prestação jurisdicional. Reitera as alegações dos demais recursos especiais.

Recurso especial de Banco Sofisa S/A: aponta violação dos arts. 16 da Lei 7.347/85; 103, III, do CDC; 233 a 236 do CC/02; 586 do CPC/73, além de divergência jurisprudencial. Alega que a sentença foi fixada em termos ilíquidos, impedindo-se a compreensão de sua extensão e sua execução.

Parecer do Ministério Público: de lavra do i. Subprocurador-Geral da República Dr. Antonio Carlos Alpino Bigonha, opina pelo não conhecimento dos recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal cinge-se a determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; b) a Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro é parte legítima para propor a presente ação coletiva de consumo; c) os interesses versados na inicial possuem natureza coletiva; d) a recorrente BV Financeira tem legitimidade para constar no polo passivo; e) existe litisconsórcio passivo necessário entre todas as entidades que prestem serviços de arrendamento mercantil; f) houve cerceamento de defesa em virtude do indeferimento do pedido de produção de prova pericial; g) a sentença decidiu questões que não se encontravam na delimitação do pedido da inicial (*ultra petita*); h) há divergência jurisprudencial com o entendimento repetitivo do REsp 1.099.212/RJ; i) a perda sem culpa e involuntária da coisa arrendada ocorre em prejuízo do arrendante ou do arrendatário; j) na perda do bem objeto de contrato de arrendamento mercantil (*leasing* financeiro) garantido por seguro e sem culpa do consumidor existe direito à cobrança das parcelas vincendas do contrato; k) a sentença da ação coletiva deve ter sua eficácia restrita aos limites da competência territorial do órgão judicial prolator.

Recursos especiais interpostos em: 16/12/2015; 18/12/2015; 29/12/2015; 21/01/2016; 11/02/2016.

Conclusos ao gabinete em: 28/03/2017

Julgamento: CPC/73

1. Da apontada violação ao art. 535 do CPC/73

No acórdão recorrido não há omissão, contradição ou obscuridade. Dessa maneira, o art. 535 do CPC/73 não foi violado.

Realmente, as questões relacionadas a: *a)* natureza do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) e as prestações de responsabilidade de cada um dos contratantes; *b)* observância do princípio da congruência (sentença *ultra petita*); *c)* limites territoriais da eficácia da sentença proferida em ação coletiva de consumo; *d)* efeitos temporais da sentença de procedência; *e)* termos em que será processada a liquidação e a execução da sentença condenatória; foram enfrentadas pelo acórdão recorrido, ainda que em sentido oposto ao pretendido pelos recorrentes.

Com efeito, destacou-se, quanto à natureza do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) e as prestações de responsabilidade de cada um dos contratantes, que “o acórdão não aventou a possibilidade de dedução dos valores pagos a título de locação pelo arrendatário no momento de apuração/cálculo do custo de aquisição do veículo, até mesmo porque, ao pagar cada parcela do contrato, que englobava a locação, o arrendatário tinha, dentre outras possibilidades, a de se tornar proprietário do bem ao final do contrato” (e-STJ, fl. 5.884).

Também afirmou-se, no que diz respeito observância do princípio da congruência (sentença *ultra petita*), que “por considerar a nulidade da cláusula que autoriza a cobrança das parcelas vincendas, a magistrada entendeu que, independentemente da contratação de seguro, não pode ser cobrado do arrendatário as parcelas vincendas” (e-STJ, fl. 5.884) e que “isso decorre, logicamente, da declaração de nulidade da cláusula que autoriza a cobrança das parcelas vincendas na hipótese de liquidação antecipada do contrato por perda do bem sem culpa do consumidor” (e-STJ, fl. 5.884).

Consignou-se, em relação aos limites territoriais, que “o alcance da sentença não está restrito aos limites territoriais da jurisdição do Juízo *a quo*, por ter considerado a incompatibilidade do artigo 16 da LACP com o artigo 103 do

CDC” (e-STJ, fl. 5.885) e que “em momento algum do julgado foi sustentado à inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP” (e-STJ, fl. 5.885).

Declarou-se, no que se refere à eficácia temporal da sentença de procedência, que “a aplicação dos efeitos da coisa julgada em relação aos contratos celebrados até quinquênio anterior à propositura da ação decorre da observância da prescrição quinquenal, conforme constou do decisório” (e-STJ, fl. 5.884).

Ressaltou-se, quanto aos termos que balizam a liquidação e a execução, que “se no momento em que ocorrer a perda do bem sem culpa do consumidor, o montante das parcelas quitadas for suficiente para a recuperação do capital investido na aquisição do bem, as arrendadoras não poderão cobrar mais nada dos arrendatários” (e-STJ, fl. 5.808) e que é “razoável que seja garantido às instituições financeiras a recuperação do capital investido na aquisição do bem, devidamente corrigido monetariamente, aliás, conforme postulado pela autora na exordial da ação proposta” e-STJ, fl. 5.808).

Desse modo, tendo sido devidamente analisadas e discutidas as questões tidas por omissas pelos recorrentes, e adequadamente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73.

2. Da competência regulatória do CNM – Ausência de prequestionamento (Súmula 211/STJ)

Apesar da interposição de embargos de declaração, o acórdão recorrido não decidiu acerca dos arts. 4º, VI e IX, e 9º da Lei 4.595/64 (natureza financeira dos contratos de arrendamento mercantil e competência do CNM para sua regulamentação), indicados como violados.

Por isso, o julgamento do recurso especial é inadmissível. Aplica-se, neste caso, a Súmula 211/STJ.

3. Da eficácia prospectiva da sentença condenatória e da liquidez de título executivo – Deficiência de fundamentação recursal (Súmula 284/STF)

Os argumentos invocados pelos recorrentes ou não apontam dispositivo infraconstitucional tido por violado ou não demonstram como o acórdão recorrido teria negado vigência aos arts. 5º, 469, 470 e 586 do CPC/73; 927 do CPC/15, no que se refere à suposta infringência ao dever de aplicação de efeitos

prospectivos à sentença condenatória e à necessidade de que o título executivo seja baseado em obrigação líquida, certa e exigível.

Essa circunstância acarreta a incidência da Súmula 284/STF, ante a ocorrência de deficiência da fundamentação recursal.

4. Dos interesses individuais homogêneos e a tutela coletiva (art. 81, parágrafo único, I, II e III, do CDC)

A doutrina moderna define o interesse individual homogêneo como um direito individual acidentalmente coletivo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. In Temas de Direito Processual Civil. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195-197).

Com efeito, o interesse individual homogêneo é “um interesse individual na origem, e que nesta perspectiva pode até ser disponível, mas que alcança toda uma coletividade, e com isso, passa a ostentar relevância social, tornando-se assim indisponível quando tutelado” (DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 240, sem destaque no original).

O traço que caracterizará o direito individual homogêneo como coletivo – alterando sua disponibilidade – será, portanto, a eventual presença de interesse social qualificado em sua tutela, em virtude da transcendência da esfera de interesses puramente particulares pelo comprometimento de bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo.

Esse interesse social qualificado na tutela dos interesses dos consumidores está presente na hipótese dos autos, haja vista a matéria atinente à cobrança de parcelas vincendas em razão da perda do bem arrendado sem culpa do arrendatário afetar toda a pluralidade de consumidores que adquiriram veículos por meio de contratos de arrendamento mercantil, ultrapassando, assim, a esfera de interesses puramente particulares para se tornar um verdadeiro interesse da comunidade.

Não há, pois, óbice à sua tutela por meio de ação coletiva de consumo.

5. A legitimidade extraordinária dos entes políticos e de seus órgãos, mesmo que sem personalidade jurídica própria (art. 82, III, do CDC)

Os entes federativos ou políticos, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum, são, em tese, os maiores interessados na defesa dos interesses

metaindividuais, haja vista que “o Estado é a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 100).

Assim, na defesa do bem comum do povo, “cabe às agências ou órgãos públicos promover a tutela dos interesses relativos à ‘qualidade de vida’, *lato sensu*, fiscalizando e normatizando aspectos relativos à saúde da população, ao controle de preços e da inflação; à qualidade dos produtos colocados no mercado” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 138).

Trata-se, em verdade, de dever-poder, decorrente da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, a impor aos entes políticos o dever de agir na defesa de interesses metaindividuais, por serem seus poderes irrenunciáveis e destinados à satisfação dos interesses públicos.

5.1. *Dos órgãos públicos sem personalidade jurídica*

A legitimidade ativa de órgãos públicos desprovidos de personalidade jurídica própria está expressamente contemplada no art. 82, III, do CDC, que consigna serem legitimados “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, *ainda que sem personalidade jurídica*, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código” (sem destaque no original).

Esta 3ª Turma já teve a oportunidade de interpretar referido dispositivo, adotando a orientação de que “o critério para a aferição da legitimidade do agente público *não deve ser limitado à exigência de personalidade jurídica ou mesmo ao rigorismo formal que reclama destinação específica do órgão público* para a defesa dos interesses tutelados pelo CDC” (REsp 1.002.813/RJ, Terceira Turma, DJe 17/06/2011, sem destaque no original).

Nessa ocasião, foi enfrentada, aliás, a legitimidade da ora recorrida – *Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* –, oportunidade em que asseverei que:

A ampla legitimação dos entes públicos decorre ainda do art. 5º, XXXII, da CF/88, que impõe ao Estado o ônus de promover “na forma da lei, a defesa

do consumidor". O alargamento da legitimidade ativa extraordinária, com a consequente inclusão das entidades estatais, é uma das formas mais eficazes que o legislador encontrou para cumprir o mandamento constitucional.

A recorrente, *Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro*, **integra a administração pública e é, portanto, legitimada para a defesa dos interesses amparados pelo CDC**. A permissão para a defesa dos interesses difusos decorre, como se vê, da prerrogativa que lhe é conferida pelo art. 82, III, do CDC. Impedir a recorrente de exercer essa atribuição legal, assim, equivale a dificultar ou mesmo inviabilizar a tutela coletiva dos direitos dos consumidores. Por essa razão, *a norma do art. 82, III, do CDC deve sempre receber interpretação extensiva, sistemática e teleológica, de modo a conferir eficácia ao preceito constitucional já mencionado.* (sem destaque no original)

Assim, não se pode recusar legitimidade à autora, Comissão da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que integra a Administração Pública e se propõe a defender os interesses do consumidor. Patente, pois, a legitimidade e o interesse da recorrida para o ajuizamento da presente ação coletiva de consumo.

6. Do litisconsórcio passivo necessário (art. 47 do CPC/73)

Nas situações em que a relação jurídica de direito material tenha diversos titulares e que a sentença deva julgar o mérito de forma uniforme, a lei determina que o litisconsórcio, além de unitário, será também necessário, conforme preveem os arts. 47 do CPC/73 e 114 do CPC/15.

O litisconsórcio necessário decorre, portanto, da verificação da legitimidade para a causa e da utilidade da sentença de mérito a ser proferida no processo, porquanto, na hipótese em que a sentença deve ser uniforme, todos os titulares do direito material deverão participar do processo.

Observa-se, assim, que a necessidade do litisconsórcio está intimamente ligada à utilidade do provimento jurisdicional, que exige a presença de todos os titulares da relação de direito material para que a decisão jurisdicional possa produzir efeitos concretos.

Segundo as disposições legais, portanto, se aferirá a necessidade do litisconsórcio de acordo com a utilidade do provimento jurisdicional e a indispensabilidade de que todos os litisconsortes constem em um dos polos da ação.

6.1. Da jurisprudência desta Corte a respeito da natureza do litisconsórcio passivo em ações coletivas

A circunstância de a ação coletiva de defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores ter sido ajuizada unicamente em face de um ou alguns dos fornecedores de produtos ou serviços não é óbice à utilidade do eventual provimento jurisdicional de procedência dos pedidos, haja vista que o litisconsórcio passivo com as demais concorrentes é, nessas circunstâncias, meramente facultativo.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte já enfrentou a tese suscitada pelos ora recorrentes de que somente haveria efetiva proteção aos interesses individuais homogêneos do consumidor se todos os fornecedores de um determinado produto ou serviço constassem no polo passivo da ação coletiva de consumo.

Prevaleceu, no entanto, o entendimento de que “a existência, por si, de obrigação legal a todas [as fornecedoras de produtos ou serviços] impostas não as une, a ponto de, necessariamente, serem demandadas em conjunto” (REsp 1.315.822/RJ, Terceira Turma, DJe 16/4/2015).

Foi, de fato, recentemente ressaltado que “a ação coletiva pode ser ajuizada em face de um único fornecedor de produtos ou serviços, pois, entre ele e os demais, não há uma relação jurídica única e incidível que demande julgamento uniforme, não havendo, assim, litisconsórcio necessário” (REsp 1.586.515/RS, Terceira Turma, DJe 29/05/2018).

Não há, portanto, litisconsórcio passivo necessário entre todos os fornecedores de produtos ou serviços, razão pela qual não há cogitar de nulidade do processo por violação ao art. 47 do CPC/73.

7. Da ilegitimidade passiva de BV Financeira (art. 28, § 2º, do CC/02)

O art. 28, § 2º, do CDC contém de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica por aplicação da teoria menor, prevendo a possibilidade de responsabilização subsidiária de empresa integrante de grupo econômico pelos danos causados aos consumidores por outra empresa do mesmo grupo.

A incidência dessa responsabilidade subsidiária demanda, no entanto, a demonstração dos requisitos para a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

De fato, como já decidido por esta 3ª Turma, “a aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (REsp 279.273/SP, Terceira Turma, DJ 29/03/2004).

Na hipótese em exame, não foi sequer cogitado que a personalidade jurídica da efetiva responsável pelo suposto dano causado aos consumidores, e que integraria o mesmo grupo econômico *BV Financeira S.A.*, seria obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos por eles sofridos.

Desse modo, o art. 28, § 2º, do CDC não pode embasar a presença da recorrente *BV Financeira S.A.* na lide, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser reformado no ponto para se julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73 (art. 485, VI, do CPC/15), em relação à referida recorrente.

8. Do cerceamento de defesa pelo indeferimento de pedido de produção de prova pericial (reexame de fatos e provas – Súmula 7/STJ)

Quanto ao ponto, o acórdão recorrido registrou que “como bem decidiu o Juízo *a quo*, a elucidação de tal questão não demanda a produção de prova pericial contábil, nem tampouco da oitiva de testemunhas, ‘uma vez que a questão cinge-se a verificação da validade jurídica ou não dos contratos de arrendamento mercantil celebrados pelas rés’, ou seja, especificamente da cláusula contratual ora impugnada” (e-STJ fl. 5.799).

Em relação ao tema, a jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que cabe ao juízo o discernimento acerca da suficiência das provas para elucidação da controvérsia (REsp 1.645.727/SP, Terceira Turma, DJe 29/05/2018; REsp 1.567.768/GO, Terceira Turma, DJe 30/10/2017; REsp 1.679.588/DF, Terceira Turma, DJe 14/08/2017; EDcl no REsp 1.364.503/PE, Terceira Turma, DJe 09/08/2017; REsp 1.290.112/PR, Quarta Turma, DJe 09/06/2016; REsp 1.216.853/PR, Quarta Turma, DJe 23/11/2015).

O CPC/15 dispõe, inclusive, que incumbe ao juiz indeferir a produção de prova pericial quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas (art. 464, II, do CPC/15).

Assim, rever o entendimento das instâncias ordinárias acerca da desnecessidade de produção de prova pericial, no particular, demandaria o revolvimento de fatos e provas, medida inviável em recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Não há, portanto, como o recurso especial ultrapassar a barreira da admissibilidade em relação ao alegado cerceamento do exercício do direito de defesa.

9. Do princípio da demanda e da adstrição ao pedido (congruência) – Arts. 128 e 460 do CPC/73

Um dos princípios que instruem o Direito Processual Civil é o dispositivo, ou da inércia da jurisdição, segundo o qual o direito de ação pertence às partes ou interessados, sendo o processo instaurado somente mediante sua provocação, conforme previsto, de forma expressa, no art. 2º do CPC/73.

De fato, consoante afirma Humberto Theodoro Junior, “como o juiz não pode prestar a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (art. 2º), conclui-se que o pedido formulado pelo autor na petição inicial é condição sem a qual o exercício da jurisdição não se legitima” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 55ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 559).

O princípio dispositivo tem íntima relação com os princípios da demanda e com o da congruência, ou da vinculação entre o pedido e a sentença.

Segundo o princípio da demanda, como a iniciativa da jurisdição deve partir do jurisdicionado, o magistrado não pode influenciar na própria abertura do processo e, tampouco, na determinação daquilo em que consistirá o objeto da jurisdição a ser por ele prestada.

Por sua vez, o princípio da congruência ou adstrição entre o pedido e a sentença é manifestação necessária da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal, “daí por que, sendo o objeto da causa o pedido do autor, não pode o juiz decidir fora dele” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., pág. 559).

O princípio da congruência se encontrava previsto no art. 128 do CPC/73 (hoje no art. 141 do CPC/15), e podia ser decomposto em pelo menos duas regras: a) “o conflito de interesses que surgir entre duas pessoas será decidido pelo juiz não totalmente, mas apenas nos limites que elas o levarem ao processo” (BARBI. Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. 1,

14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, pág. 403); e b) o juiz não pode “conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa das partes” (*Idem, ibidem*, pág. 404), ou, dito de outro modo, só pode examinar, de ofício, questões não suscitadas pelas partes se a lei expressamente dispensar essa iniciativa.

Conforme já decidiu esta 3ª Turma, “ao Juiz não é dada a possibilidade de substituir-se às partes em suas obrigações, como sujeitos processuais, exceto nos casos expressamente previstos em lei, sob pena de violação dos princípios processuais da demanda, inércia e imparcialidade” (REsp 1.133.706/SP, Terceira Turma, DJe 13/05/2011, sem destaque no original).

9.1. *Dos efeitos da decisão além do pedido (ultra petita)*

Diferentes ordens de efeitos podem surgir da constatação de que a sentença se desvinculou do pedido da inicial, já que a incongruência com o objeto da ação não necessariamente determina a sua ampla nulidade.

De fato, na hipótese de o julgamento ter conferido ao autor coisa além da pedida, (sentença *ultra petita*) não há necessidade de se invalidar o ato jurisdicional, bastando, para que haja a readequação ao princípio da congruência, seja o comando sentencial reduzido ao âmbito do pedido formulado pelas partes.

Nessa circunstância, a sentença que julga além do pedido pode ser corrigida para menos, restringida para dentro dos limites do pedido, pois seria um atentado à celeridade e à economia processual exigir uma nova sentença de primeiro grau de jurisdição para definir o que já foi julgado procedente.

Consoante declara a doutrina, “a nulidade poderã deixar de ser declarada quando a sentença possa ser reduzida no juízo superior, ‘sempre que a coisa ou o valor sobre que recair a redução estiver expressamente mencionado na sentença” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, volume 3, 27ª edição.

9.2. *Da hipótese dos autos*

Na inicial do presente processo, a causa de pedir remota foi assim delimitada (e-STJ, fls. 4-5):

A autora analisou nos últimos anos – por intermédio de reclamações recebidas de consumidores – vários contratos de adesão para arrendamento mercantil de veículos automotores (*leasing*) elaborados pelas rés.

Da leitura dos contratos, e da análise de casos concretos apresentados por consumidores, concluiu haver irregularidade na forma como estes contratos são rescindidos e liquidados em duas hipóteses:

Na primeira, quando a despeito dos consumidores não concorrerem para a perda do bem arrendado, sendo, no mais das vezes vítimas de roubos e furtos, ou seja, da violência urbana são obrigados a adimplir com todas as parcelas vencidas (não pagas) e vincendas do contrato, tal qual fariam caso o mesmo fosse levado ao seu termo final. Em outras palavras, mesmo no caso de perda do bem sem culpa do consumidor (sinistro) – situação em que *as rés são imediata e integralmente ressarcidas dos valores investidos na aquisição do veículo por intermédio do contrato de seguro* – os consumidores são obrigados a pagar todos os encargos e contraprestações mensais do contrato, como fariam se não houvesse sua “liquidação antecipada”; fato que termina beneficiando as rés e permitindo o enriquecimento sem causa destas (art. 884 do CC).

Já o pedido, foi assim demarcado (e-STJ, fl. 34):

[...] a suspensão das cláusulas contratuais que permitem a cobrança de quaisquer valores a título de parcelas vincendas dos contratos de arrendamento mercantil de automóveis, sempre que, *com o pagamento da verba indenizatória proveniente de contrato de seguro celebrado em benefício das rés*, estas integralizem e recuperem o montante correspondente ao valor integral do curso de aquisição do veículo arrendado.

[...]

Que as rés sejam condenadas – em caso de liquidação antecipada do contrato por perda do bem sem culpa do consumidor, ou nos casos de rescisão antecipada com devolução do bem – a devolver ao consumidor quaisquer valores excedentes ao valor integral do custo de aquisição do veículo arrendado, quando, do somatório dos valores mensais cobrados a este título (VRG, etc.), *acrescido do valor apurado com do pagamento da verba indenizatória de seguro (perda)*, ou tendo o valor de alienação do veículo a terceiros (devolução), apurar-se quantia superior à investida na compra do mesmo.

A sentença, no entanto, julgou procedente o pedido para declarar a (e-STJ, fls. 4.714):

nulidade da cláusula contratual referida do contrato de arrendamento mercantil celebrado entre as partes, que impõe a cobrança de parcelas vincendas dos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre elas, na hipótese de liquidação antecipada do contrato por perda do bem sem culpa do consumidor, *ainda que este não celebre contrato de seguro;*

Observa-se, portanto, que a sentença extrapolou os limites da causa de pedir remota (fatos constitutivos da pretensão deduzida na ação), pois, além de ter declarado a nulidade da cláusula que permite a cobrança das prestações que venham a vencer após a perda do bem, estendeu a vedação à cobrança de referidas parcelas contratuais à situação na qual o arrendatário não tenha contratado seguro para a garantia dos riscos incidentes ao bem arrendado.

Essa última circunstância – não contratação de seguro – não foi sequer vislumbrada na petição inicial, razão pela qual, em atenção ao princípio da congruência, deve ser, de plano, decotada da sentença condenatória.

Os recursos especiais devem, portanto, ser providos no ponto, para se restringir a matéria controvertida e, por conseguinte, a condenação imposta pela sentença, à possibilidade de cobrança de parcelas vencidas na hipótese de o arrendatário ter contratado seguro em resguardo do bem arrendado.

10. Do arrendamento mercantil financeiro

10.1. Da apontada divergência jurisprudencial com julgado repetitivo

Antes de iniciar o exame do mérito propriamente dito da controvérsia, é preciso diferenciar a hipótese versada na presente ação daquela enfrentada pela Segunda Seção no REsp 1.099.212/RJ, apreciado pelo rito dos recursos especiais repetitivos.

Com efeito, naquela oportunidade (REsp 1.099.212/RJ), o contexto fático envolvido na lide referia-se ao pedido de restituição do VRG pago em antecipação, diluído nas prestações, em decorrência da reintegração da arrendante na posse do bem arrendado, a qual, por sua vez, foi resultado do inadimplemento culposo da arrendatária de parcelas vencidas.

Como se vê, tratava-se de hipótese de resolução do contrato em razão de inadimplemento com culpa da arrendatária, que deixou de pagar as prestações que lhe eram cabidas.

Na hipótese dos autos, por outro lado, a situação é substancialmente diversa, pois a controvérsia se refere à possibilidade de cobrança pelo arrendador das parcelas vincendas do contrato diante da perda do bem sem culpa do arrendatário (por caso fortuito ou força maior), tendo sido contratado seguro para a garantia do bem arrendado.

Nos presentes recursos especiais, *as recorrentes pretendem o reconhecimento de seu direito de cobrarem do arrendatário todas as parcelas vincendas do contrato, de modo a obterem o retorno financeiro esperado no momento da contratação – o que abrange inclusive o lucro –, mesmo que tenha havido a perda do bem, garantido por contrato de seguro, sem culpa do arrendatário-consumidor.* Em outras palavras, desejam a declaração de que o arrendatário somente se libera do contrato se a indenização paga pelo seguro, somada ao valor das parcelas até então pagas, quitarem todo o contrato.

Portanto, não há falar em divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o REsp 1.099.212/RJ, tampouco com a tese repetitiva nele firmada, por significativa ausência de similitude fática entre os casos confrontados.

10.2. Do destaque dado à cláusula de liquidação antecipada em caso de perda do bem (fundamento suficiente inatacado, Súmula 283/STF)

Nenhum dos recorrentes impugnou o fundamento do acórdão recorrido de que “conforme se verificam dos contratos de adesão supramencionados, em nenhum deles a cláusula que dispõe sobre o procedimento de liquidação antecipada em função da perda do bem, que o obriga o pagamento das parcelas vincendas, observou o destaque determinado pelo Código de Defesa do Consumidor, inclusive, não observou a ostensividade e linguagem clara e simplificada” (e-STJ, fl. 5.806, sem destaque no original), pois não apontaram a ocorrência de violação ao art. 54, § 4º, do CDC, que versa sobre a matéria.

Referido fundamento é suficiente, por si só, para a manutenção da declaração de nulidade da cláusula que sustenta a tese de que a perda do bem corre por conta do arrendatário e acarreta a resolução do contrato, de modo que, como não foi impugnado, incide, quanto ao ponto, a Súmula 283/STF.

E mesmo que assim não fosse, rever o posicionamento do acórdão recorrido de que a citada cláusula não foi grafada com linguagem clara e simplificada e de foram destacada demandaria a reinterpretação de cláusulas contratuais e o reexame de provas, vedados pelas Súmula 5 e 7 do STJ.

10.3. Natureza do contrato de arrendamento mercantil

A Lei n. 6.099/1974 define o arrendamento mercantil como o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, que tem por objeto o

arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta (art. 1º, parágrafo único, com a redação dada pela Lei n. 7.132/1983).

Consoante a classificação doutrinária, o arrendamento mercantil (*leasing*), além de consensual, é “*bilateral*, criando obrigações para o arrendador (por a coisa à disposição do arrendatário, vendê-la no caso desse optar, ao final, pela compra, recebê-la de volta, não havendo compra ou renovação) e para o arrendatário (pagar as prestações convencionadas, devolver a coisa, se não houver a compra da mesma ou a renovação do contrato); [...] comutativo, sendo certas as prestações; por *tempo determinado e de execução sucessiva*” (Martins, Fran. Op. cit. p. 558, sem destaque no original).

Além da classificação como contrato sinalagmático, por tempo determinado e de trato sucessivo, é importante ponderar que as características de referido contrato só podem ser apreendidas ao se constatar que seus elementos são constitutivos de diversos outros contratos típicos.

De fato, segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, que alude à lição de Claude Champaud, existem no arrendamento mercantil ao menos “cinco relações obrigacionais diferentes, na ordem cronológica de seu aparecimento: uma promessa sinalagmática de locação, uma relação de mandato, uma locação de coisas, uma promessa unilateral de venda e, eventualmente, uma venda” (WALD, Arnaldo (org). Doutrinas Essenciais de Direito Comercial. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 560).

No exame da presente controvérsia, terá importância mais destacada o aspecto de financiamento, locação e promessa unilateral de venda.

Financiamento e locação porque, mediante o pagamento das sucessivas prestações, o arrendatário, de um lado, amortiza parcelas correspondentes ao valor de um bem; de outro lado, remunera a arrendadora pelo uso e gozo que fará da coisa.

Realmente, como assevera FRAN MARTINS, “em regra, com as prestações fixadas, que normalmente são altas, leva-se em conta o valor do bem e a remuneração do seu uso e gozo pelo arrendatário”, de modo que “o arrendatário como que paga uma parte do valor do bem e uma parte do arrendamento propriamente dito” (MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 550).

Promessa unilateral de venda porque, ao cabo do prazo contratual, o arrendante se compromete a vender o bem ao arrendatário se ele exercer sua opção de aquisição definitiva.

10.4. Das consequências da classificação do contrato de arrendamento mercantil como contrato bilateral/sinalagmático

Sendo certo que o contrato de arrendamento mercantil é um contrato sinalagmático, cabe verificar as consequências dessa classificação.

Como se sabe, quanto aos efeitos, os contratos podem ser unilaterais ou bilaterais/sinalagmáticos. Nesses últimos, as prestações são correlatas, isto é, “uma obrigação é causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações” (GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 85).

Nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, como afirma a doutrina, “o cumprimento da prestação de uma das partes, sem o correspondente cumprimento da prestação cabente à outra, instalaria um desequilíbrio no contrato, que se chocaria com a ideia de justiça” (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. III, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 80).

Os contratos sinalagmáticos ou bilaterais tem, portanto, estrutura e dinâmica distintas da dos contratos unilaterais, haja vista a incidência de regras específicas, como *a)* a exceção de contrato não cumprido; *b)* a condição resolutiva tácita; e *c)* a teoria dos riscos.

10.5. Da resolução do contrato sinalagmático

A resolução é a espécie de extinção do contrato que decorre do inadimplemento da prestação devida por uma das partes em favor da outra parte, que pode ser culposo ou involuntário.

Os efeitos da resolução culposa não podem ser, contudo, os mesmos da inexecução involuntária (Gomes, Orlando. Contratos. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 211-212).

Nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, a inexecução culposa, que pressupõe “inadimplemento, ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade entre o fato e o prejuízo” (Gomes, Orlando. P. 209, sem destaque no original), constitui justa causa ou para que a parte exija do inadimplente o cumprimento da avença ou a resolução do contrato, ambas com perdas e danos, segundo dispõe o art. 475 do CC/02.

Nos contratos sinalagmáticos, a opção pela resolução do contrato em virtude de inadimplemento culposo, se não prevista expressamente, decorre de cláusula subentendida (cláusula resolutiva tácita), por sua vez, relacionada à exceção do contrato não cumprido.

Todavia, na hipótese de *inexecução involuntária*, “a causa da resolução do contrato não é imputada à parte inadimplente, porque estranha à sua vontade” (GOMES, Orlando. Contratos. 26^a ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 210).

Como a causa da inexecução do contrato não pode ser atribuída a qualquer das partes, pois o inadimplemento decorre de caso fortuito ou força maior, a solução deve ser buscada na “teoria dos riscos”, que visa identificar quem deve arcar com os prejuízos decorrentes da inexecução fortuita.

10.6. Da teoria dos riscos

Conforme ressalta ORLANDO GOMES, a adoção de uma regra genérica sobre a imputação do prejuízo é rechaçada pela maior parte da doutrina, pois “não é possível submeter todos os casos a um só princípio, apesar dos esforços para deduzi-lo” (Obrigações, 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 225).

Assim, segundo referido mestre, foram definidas regras de imputação do prejuízo para os contratos unilaterais, os bilaterais e aqueles que tenham por objeto obrigação condicional.

Para os contratos sinalagmáticos/bilaterais, a regra é de que a coisa perece ao devedor, o que significa dizer que

[...] a impossibilidade superveniente da prestação acarreta a resolução do contrato, eximindo o devedor de cumpri-la. Mas a prestação contraposta pode ser satisfeita. A questão consiste em saber se deve ser cumprida ou se, ao contrário, o dever de prestar se extingue em consequência da quebra do sinalagma, do desaparecimento de sua causa. O devedor é liberado da obrigação de satisfazer a contraprestação. É, portanto, *o devedor que suporta o risco, que sofre o prejuízo ao perder o direito de exigir da outra parte que cumpra a obrigação*. (GOMES, Orlando. Obrigações. P. 228, sem destaque no original)

Em outras palavras, portanto, “a regra *res perit debitori*, aplicável aos contratos bilaterais, significa que, em havendo risco, *a extinção da obrigação cuja prestação se tornou impossível acarreta a extinção da obrigação correlata*”, de modo que “*o prejuízo deve ser sofrido por aquele que não pode cumprir a obrigação*, consistindo, em última análise, na perda do direito de exigir a contraprestação” (Obrigações, p. 229, sem destaque no original).

É importante, pois, definir nos contratos bilaterais quem é o devedor de cada obrigação para se verificar quem é a parte para quem a prestação se torna impossível de ser cumprida e que deve arcar com os prejuízos.

10.7. *Dos elementos da locação inseridos no contrato de arrendamento mercantil*

À luz da função econômica do contrato de arrendamento mercantil, o *equilíbrio contratual* deve ser buscado tendo em mira o interesse do arrendatário de usar e gozar do bem – e, somente de forma eventual adquirir sua propriedade – e o do arrendador de obter retorno financeiro e lucro sobre a operação.

Esses interesses são correlacionados, pois, como se viu, o contrato de arrendamento mercantil é bilateral ou sinalagmático.

Assim, sob a ótica da interdependência das prestações, prevalece, ao menos até o momento da opção de compra – a qual, frise-se, somente pode vir a ocorrer fim do prazo contratual, pois, do contrário, o contrato se descaracterizaria em uma compra e venda a prestação, nos termos do art. 10 da Res. 2.309/96 BACEN –, o conteúdo de arrendamento/aluguel do complexo de obrigações envolvidas no *leasing* (arrendamento mercantil).

Com efeito, nem mesmo a cobrança antecipada do VRG descaracteriza o contrato de *leasing* em uma compra e venda a prestação, conforme decidido por esta Corte no EREsp 213.828/RS, em entendimento consolidado na Súmula 293/STJ,

Dessa forma, em relação, pois, ao sinalagma corresponde à locação, vigente até o momento do exercício da opção de compra, “o arrendatário é obrigado a pagar as prestações, enquanto que o arrendante é obrigado a entregar a coisa para que o arrendatário dela use” (MARTINS, Fran, Contratos e obrigações comerciais. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 558).

Realmente, diante do conteúdo de locação existente no contrato de arrendamento mercantil, a primeira obrigação do locador/arrendador consiste na entrega da coisa, sem a qual o contrato não pode preencher sua função econômica.

Essa afirmação coaduna-se com a observação de FRAN MARTINS, segundo a qual “como obrigações do arrendador destacam-se o dever ele adquirir de outrem o bem para ser dado em arrendamento, *pôr esse bem à disposição do arrendatário, entregando-lhe para uso e gozo, muito embora a propriedade continue com o arrendador*” (Martins, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 558-559).

Diante dessas circunstâncias, a prestação que fica impossibilitada de ser cumprida com a perda do bem por força maior ou caso fortuito é aquela que cabe ao arrendador – de pôr o bem à disposição do uso e gozo do arrendatário –, pois a prestação correlata de pagamento das parcelas devidas pelo arrendatário permanece possível de ser exercitada.

Dessa forma, por aplicação da teoria dos riscos, o contrato se resolveria e quem teria de arcar com os prejuízos da perda do bem por caso fortuito ou força maior teria de ser o arrendador, devedor da prestação que deixa de poder ser adimplida por força maior ou caso fortuito.

10.8. Distinção entre o contrato de arrendamento mercantil e o de compra e venda com reserva de domínio – inaplicabilidade da regra de que a coisa perece ao comprador (res perit emptoris)

A regra de teoria dos riscos a ser aplicada ao contrato de arrendamento mercantil não se confunde com a regra do contrato de compra e venda com reserva de domínio.

Para fins desse último contrato, nos termos do art. 524 do CC/02, o comprador responde pelos riscos inerentes à coisa a partir de quando ela lhe foi entregue, mesmo que a propriedade somente lhe seja transferida no momento em que o preço esteja totalmente pago.

A interpretação de referida regra deve ter como norte o fato de se tratar de uma especial aplicação do princípio de que a coisa perece ao dono (*res perit domino*), pois esse contrato é uma exceção à regra de que a transferência de propriedade de bens móveis ocorre no momento da tradição.

De fato, no contrato de venda com reserva de domínio, a propriedade só se transfere com o pagamento total do preço. É preciso ter em vista, pois, que, em virtude de já ter ocorrido a tradição, o bem já se encontra *na posse do comprador* e que, portanto, cabe a ele, pelo princípio de que a coisa perece ao dono – embora ainda não o seja, por condição suspensiva –, arcar com os riscos de perda da coisa.

Essa circunstância não se verifica no contrato de arrendamento mercantil, ao menos até o momento do exercício da opção de compra.

Com efeito, até o final do prazo do contrato de arrendamento mercantil, *o arrendatário possui o bem a título de locador, não de proprietário, tampouco de promitente comprador.*

Realmente, no arrendamento mercantil *há somente uma promessa de venda correlacionada a uma opção de compra, que pode nem mesmo se concretizar, se o arrendatário decidir por devolver o bem.*

Dessa forma, nem mesmo por analogia é possível a aplicação da norma do art. 524 do CC/02 ao contrato de arrendamento mercantil.

10.9. Do contrato de seguro e a garantia dos riscos

Não se nega que, no exercício da autonomia da vontade, as partes possam estipular regras distintas para a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior.

Diante dessa circunstância, parcela respeitável da doutrina identifica como uma das características especiais do contrato de arrendamento mercantil a de que “todas as prestações pactuadas serão devidas, ainda mesmo que o arrendatário queira dar fim ao contrato, devolvendo o bem à arrendadora antes de terminado o prazo contratual” (MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 551).

Em razão desse entendimento, propugna-se que “os riscos do bem alugado correm *exclusivamente por conta do locatário, afastando-se outros princípios que regem a locação de coisa*” sendo que “tal posição se explica por ser o locador um simples financiador, que adquiriu o equipamento desejado pelo locatário de acordo com as indicações do mesmo” (WALD, Arnaldo. A introdução do leasing no Brasil., p. 512, sem destaque no original)

Até mesmo Orlando Gomes pontua que “quem suporta o risco é o seu utilizador”, razão pela qual, “em consequência, *deve continuar a pagar o aluguel se a coisa perece, ainda que a causa da destruição lhe não seja imputável*” (contratos, p. 576, sem destaque no original).

Há, no entanto, circunstância desconsiderada no campo doutrinário que modifica o sentido das consequências que aparentemente decorreriam desse entendimento.

De fato, o bem objeto do contrato de arrendamento mercantil pode ser, por força da norma contida no art. 7º, IX, *b*, a Res. 2.309/96 do BACEN, submetido a garantia por meio de contrato de seguro, *circunstância verificada, aliás, na hipótese em exame no presente recurso especial.*

10.10. Das consequências do seguro sobre o risco de perda/deterioração do bem

Por meio do contrato de seguro, “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados” (GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 504).

O interesse do segurado é, portanto, o de que o risco não se concretize, mas que, se essa eventualidade efetivamente ocorrer, não venha a sofrer o prejuízo, pois será indenizado pelo segurador.

Na hipótese do arrendamento mercantil, como o bem segurado não pertence ao arrendatário, na hipótese de ocorrer o sinistro, a indenização será revertida em favor do arrendador.

De fato, por meio da cláusula adicional prevista no art. 7º, IX, b, da Res. 2.309/96 do BACEN, “*la compañía aseguradora, cuya póliza cubre los riesgos del locador, pero ha sido pagada por el locatario por aplicación de las disposiciones contractuales, indemniza al locador el valor total de la cosa destruida*” (a seguradora, cuja apólice cobre os riscos do locador, mas foi paga pelo locatário por aplicação das disposições contratuais, indeniza ao senhorio o valor total da coisa destruída) (RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.274, sem destaque no original).

Observa-se, portanto, que a perda ou deterioração do bem, garantida pelo contrato de seguro, não acarreta prejuízos para o arrendador.

De fato, ao ser ressarcido pelo seguro, o arrendante tem seu interesse de obter o lucro na operação, mesmo que parcialmente, protegido pela indenização do sinistro.

De outro lado, nem o bem – que se perdeu – nem a indenização securitária são repassadas ao arrendatário, sendo essa a parte contratual que é privada, a despeito de ausência de culpa, da prestação a que tem direito.

Assim, é condição para que o arrendador receba a integridade do lucro que visa obter com a operação de financiamento/arrendamento que cumpra com o dever de colocar o bem à disposição do arrendatário para seu uso e gozo, sem o que não estará legitimado a cobrar pelas parcelas atinentes ao período em que o arrendatário não esteve de posse do bem arrendado, sob pena de configurar-se o enriquecimento sem causa, previsto no art. 884 do CC/02.

É o arrendatário portanto, quem sofre efetivo prejuízo, pois, com a indenização do sinistro beneficiando unicamente o arrendador, deixa de poder,

sem culpa de sua parte – e estando adimplente com as obrigações contratuais que lhe cabem –, contar com o bem arrendado pronto para seu uso e gozo.

10.11. *Tratamento normativo da matéria*

A solução equitativa a ser adotada na hipótese de perda do bem garantido por contrato de seguro é aquela na qual arrendador e o arrendatário firmem um aditivo contratual, por meio do qual prevejam a substituição do bem arrendado em decorrência da verificação de sinistro.

Essa cláusula é, aliás, obrigatória nos contratos de arrendamento mercantil, conforme previsão do art. 7º, VIII, da Resolução 2.309/96 do BACEN, segundo a qual devem ser previstas “*as condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam às conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual*” (sem destaque no original).

Nesses termos, a perda do bem, sobretudo quando garantida por contrato de seguro, não deveria ser capaz de ensejar a *resolução* do contrato de arrendamento mercantil, ao menos não pelo arrendador, eis que o inadimplemento, a partir do momento do recebimento da indenização, é do arrendador, e não do arrendatário, que, até então, está adimplente com as prestações que lhe competiam.

10.12. *Da hipótese dos autos*

Conforme a moldura fática delimitada no acórdão recorrido (e-STJ, fls. 5.801-5.802, sem destaque no original):

Conforme se verificam dos modelos dos contratos carreados autos, os apelantes, *sem exceção, exigem o pagamento de todas as parcelas vincendas no caso de liquidação antecipada do contrato quando ocorre a perda do bem.*

Muito embora os contratos façam referência a uma indenização compensatória, na verdade, na prática, tal compensação não resulta em qualquer vantagem para o consumidor, tendo em vista que a operação de liquidação do contrato é feita mediante a aplicação de um fator denominado de VEP (*Valor Estipulado de Perda*), composto “*em cada momento, pela soma das contraprestações vincendas com as vencidas e não pagas, mais o VRG, de deduzido o montante até então já antecipado*”, sendo certo que *são acrescidos ao VEP os demais encargos de mora, conforme se verifica, por exemplo, das cláusulas 15 e 16 dos modelos de contrato do Banco Fiat e Banco Itaú* (fls. 1.723 e 1.780).

[...]

Do que se verifica do denominado VEP (Valor Estipulado de Perda), somente as parcelas que chegaram a ser quitadas é que são deduzidas a favor do consumidor, pois *as parcelas vencidas e vincendas, bem como VRG, que, em resumo, se trata do preço estipulado inicialmente para o exercício da opção de compra, o qual, de regra, é pago parceladamente conjuntamente com as parcelas do arrendamento, são cobradas.*

[...]

É importante ressaltar que, *conforme se verifica dos contratos, o consumidor somente ficará isento do pagamento das parcelas vincendas, se tiver feito contrato de seguro sobre o bem arrendado e se a soma das parcelas que chegaram a ser pagas, com o valor da indenização paga pela seguradora, for suficiente para quitar todo o contrato.*

Observa-se, das circunstâncias fáticas verificadas pelo acórdão recorrido, que as recorrentes estão, de fato, se locupletando ilícitamente, pois: *a) a perda do bem sem culpa do arrendatário acarreta a resolução do contrato; e b) mesmo tendo recebido a indenização securitária e sem satisfazerem a prestação que lhes compete – de pôr a coisa à disposição do arrendatário, o que poderia ser realizado com o cumprimento da norma contida no art. 7º, VIII, da Res. 2.309/96 do BACEN –, cobram dos arrendatários as prestações vincendas.*

Assim, diante da falta de fundamentos aptos à superação das conclusões do acórdão recorrido, não há motivos para sua reforma, no ponto.

11. Extensão e limites territoriais da coisa julgada em ação civil pública

A questão relacionada aos limites territoriais da coisa julgada das ações coletivas está pacificada no STJ, tendo sido objeto de exame em recurso especial representativo da controvérsia, no qual se fixou a tese repetitiva de que *“os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)”* (REsp 1.243.887/PR, Corte Especial, DJe 12/12/2011).

Referido entendimento é corroborado pelos recentes julgados das Turmas componentes da 2ª Seção, entre os quais: REsp 1.554.153/RS, Terceira Turma, DJe 01/08/2017; e REsp 1.349.188/RJ, Quarta Turma, DJe 22/06/2016.

A presente decisão, portanto, tem validade em todo o território nacional, respeitados os limites objetivos e subjetivos do que decidido.

12. Conclusão

Forte nessas razões, conheço parcialmente dos recursos especiais, *dou provimento* ao recurso especial de *BV Financeira* para, quanto a ela, extinguir o processo sem resolução do mérito, com substrato no art. 267, VI, do CPC/73 (485, VI, do CPC/15), e, quando aos demais, *dar parcial provimento*, apenas para reconhecer a ocorrência de julgamento para além do pedido (*ultra petita*), restringindo o exame da controvérsia à causa de pedir deduzida na inicial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.698.701-RJ (2017/0155688-5)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Giovanna Antonelli

Advogados: Marcus Eduardo Magalhães Fontes - RJ096659

Max Frederico Magalhaes Fontes - RJ096740

Recorrido: Dermo Formulas Farmacia de Manipulacao Ltda - ME

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do Código Civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos.

3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula n. 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.

4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil.

5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico.

6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.

7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor.

8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeat* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.

9. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 8.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Giovanna Antonelli*, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Uso indevido de imagem em propaganda de produto comercializado pela ré. Danos materiais comprovados. Lucros cessantes e enriquecimento sem causa (lucro da intervenção) pela violação ao direito da imagem da parte autora. Reforma da sentença para majorar a condenação a título de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, considerando as particularidades do caso concreto, especialmente as condições da vítima e do ofensor. Recurso a que se dá provimento (e-STJ fl. 139).

Em suas razões recursais, a recorrente aponta violação do art. 884 Código Civil, alegando, em síntese, que “(...) o v. acórdão recorrido não poderia ter simplesmente arbitrado, aleatoriamente, um percentual qualquer (no caso 5%) sobre o volume de vendas do produto em questão pela recorrida para quantificar o montante do lucro por esta auferido que fora obtido ‘à custa’ da recorrente e que, portanto, deverá ser a esta restituído com base da vedação do enriquecimento sem causa” (e-STJ fl. 151).

Inadmitido o recurso na origem, deu-se provimento ao respectivo agravo para melhor exame da matéria (AREsp n. 1.126.460/RJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A irrisignação merece prosperar.

O acórdão impugnado pelo presente recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

1) Breve resumo da demanda

Trata-se, na origem, de ação de indenização proposta por *Giovanna Antonelli* em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária veiculada por *Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda. - ME*.

Além dos danos patrimoniais calculados com base em outros trabalhos semelhantes já realizados pela autora, pretendeu-se a *restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda dos produtos atrelados ao nome e à imagem da autora, a serem apurados em liquidação de sentença* (e-STJ fls. 13-14).

À revelia da parte ré, o magistrado de primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pedido formulado na inicial, estando assim redigida a parte dispositiva da sentença:

(...) Julgo procedente o pedido para condenar a parte ré a proceder à ampla retratação pública, com uma publicação em jornal de grande circulação nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, evidenciando e esclarecendo a não concordância da parte autora com a campanha publicitária em tela, fixando, por noventa dias, tal retratação na entrada principal e nas dependências de todos os seus estabelecimentos, bem como em seu website, sob pena de multa diária a ser fixada em fase de execução, por cada descumprimento. Condeno, ainda, a parte ré a indenizar a parte autora com o valor que se obteria pela utilização autorizada da sua imagem, montante a ser apurado em sede de liquidação de sentença, bem como a indenizá-la no valor de 30.000,00 (trinta mil reais) por danos morais, acrescido de juros a contar da citação e correção monetária do julgado (e-STJ fls. 67-68 - grifou-se).

Diante da omissão apontada pela parte autora nos subsequentes embargos de declaração, *o juiz de primeira instância acolheu em parte os aclaratórios para afastar a pretensão consistente na restituição de todos os benefícios econômicos que a parte ré teria obtido na venda de seus produtos.*

Na sequência, contudo, o Tribunal local deu provimento à apelação da autora para

(...) *condenar a ré a restituir à autora o montante correspondente ao **lucro da intervenção**, este fixado no percentual que ora se arbitra em **5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto DETOX** (doc 02 - índices 6 e 7), baseado no seu preço de comercialização (preço de saída da mercadoria da fábrica), no período compreendido entre o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida, tudo a ser apurado em fase de liquidação de sentença; bem como majorar o quantum reparatório a título de danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (e-STJ fl. 139 - grifou-se).*

No presente recurso, a autora defende que, em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa, deve ser objeto de restituição *todo o acréscimo patrimonial* obtido pela parte ré às custas da utilização indevida do seu nome e da sua imagem, sem nenhuma limitação.

2) *Do direito de imagem*

De acordo com a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, consolidada com a edição da Súmula n. 403/STJ, o uso não autorizado de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais dá ensejo ao dever de reparação dos danos morais e materiais, independentemente da prova do prejuízo.

Já dizia o saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

(...) Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral (REsp n. 267.529/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 3/10/2000, DJ 18/12/2000).

Com efeito, além da previsão contida no art. 5º, X, da Constituição Federal, segundo a qual *são invioláveis* a intimidade, a vida privada, a honra e a *imagem* das pessoas, *assegurado o direito de indenização* pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, assim dispõe o art. 20 do Código Civil:

Art. 20. **Salvo se autorizadas**, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, *a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão*

*ser proibidas, a seu requerimento e **sem prejuízo da indenização que couber**, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, **ou se se destinarem a fins comerciais**.* (grifou-se)

Assim, uma vez constatado o uso não autorizado do nome e da imagem da autora em campanha publicitária veiculada pela parte ré, com fins eminentemente comerciais, é devida a reparação integral dos danos morais e patrimoniais daí decorrentes.

3) Do enriquecimento sem causa e do lucro da intervenção

Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, emerge da doutrina a tese de que o titular do bem jurídico violado tem contra o violador o direito de exigir a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.

O denominado *lucro da intervenção*, de acordo com o conceito trazido por Sérgio Savi, representa o “(...) lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 7).

O relativo ineditismo da pretensão traz consigo a dificuldade de enquadrá-la em algum dos institutos de Direito Civil, havendo quem defenda que a solução do problema se dá pela aplicação dos princípios gerais de responsabilidade civil, entre os quais o da reparação integral.

No entanto, conforme a clássica doutrina de Sergio Cavalieri Filho,

*(...) a extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo tout le dommage, mais rien que le dommage - ‘todo o dano, **mas não mais que o dano**’, complementando com a afirmação de que ‘a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso. (Programa de responsabilidade civil, 11. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 27-28 - grifou-se)*

Em âmbito doutrinário, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino também já manifestou o mesmo entendimento sobre a matéria:

(...)

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória),

não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real). (Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 58 - grifou-se)

Nessa medida, a inclusão do *lucro da intervenção* na indenização devida àquele que tem o seu direito violado aparenta conflitar com o princípio da reparação integral e com o disposto no art. 944 do Código Civil – segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano –, não se mostrando a responsabilidade civil o instituto mais apropriado para lhe dar guarida.

Isso porque, em determinadas hipóteses, a vantagem patrimonial obtida por meio da indevida intervenção em direitos ou bens jurídicos alheios, objeto do pedido de restituição, superará o próprio prejuízo sofrido pelo titular do direito.

A esse respeito, bem observa Maria Cândida do Amaral Kroetz:

(...)

A questão que se coloca neste momento é a de se saber qual instituto jurídico seria suficiente para dar fundamento à pretensão do titular do bem de exigir o lucro da intervenção. Ocorre que a responsabilidade civil, entendida como geradora da obrigação de reparar um dano, nem sempre revela-se suficiente para justificar a restituição de um lucro, ainda que ilicitamente obtido, quando este é superior ao dano provocado. (Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Estado do Paraná, Faculdade de Direito, orientador Professor Luiz Edson Fachin, 2005, pág. 160 - grifou-se)

Tal obstáculo, contudo, é contornado pela doutrina que, afastando-se da aplicação das regras gerais de responsabilidade civil, fundamenta o dever de restituição do lucro da intervenção no *enriquecimento sem causa*, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o *indevidamente auferido*, feita a atualização dos valores monetários. (grifou-se)

Em uma das obras pioneiras sobre o assunto no Brasil, Sérgio Savi bem delimita os contornos da responsabilidade civil para, em seguida, enquadrar o dever de restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa:

(...)

Quando o ofensor intervém na esfera jurídica alheia, normalmente usando, consumindo ou dispondo de bens ou direitos de outrem, as regras tradicionais da responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela.

O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. Na célebre frase de Henri Lalou: “Pas de prejudice, pas de responsabilité civile”.

Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, como a indenização é medida pela extensão do dano (CC, art. 944), nas hipóteses de lucros superiores aos danos causados, o saldo positivo entre lucros obtidos e prejuízo indenizado permanecerá em definitivo no patrimônio do interventor. Tal situação poderia servir de estímulo para a violação a institutos fundamentais para a vida em sociedade, como a propriedade, o contrato e os direitos da personalidade.

*Diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa. Em razão de suas características e funções, concluiu-se que **o lucro da intervenção deve ser dogmaticamente enquadrado no enriquecimento sem causa.***

Em Portugal, Diogo Leite de Campos chegou à mesma conclusão para problema semelhante, conforme se verifica do seguinte trecho de seu artigo:

Através do mecanismo da responsabilidade civil, a lei não pretende atribuir outros efeitos ao enriquecimento, no sentido do art. 474, pois ela não pensou nele, mas tão só em reparar um dano. Nestes termos, a referência ao dano não impedirá a restituição do enriquecimento, se este lhe for superior. Trata-se de uma verdadeira lacuna a preencher pelo enriquecimento sem causa.

E isso porque, como visto, *ao contrário da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento. A reação do ordenamento jurídico é contra o aumento injustificado do patrimônio do enriquecido e não contra os possíveis prejuízos sofridos pelo titular do direito (o “empobrecido”).*

(...)

Assim, quando o interventor lucrar com a ingerência não autorizada nos bens ou direitos alheios, o titular do direito terá uma pretensão de enriquecimento sem causa,

fundada na cláusula geral do art. 884 do Código Civil, para obrigar o interventor a entregar-lhe a vantagem patrimonial assim obtida. A restituição daqueles benefícios pelo interventor deverá ocorrer sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, os mesmos sejam considerados como pertencentes ao titular do direito. (ob. cit., págs. 92-95 - grifou-se)

Outra não foi a compreensão firmada na VIII Jornada de Direito Civil, na qual foi aprovado o seguinte enunciado:

Enunciado n. 620 – “Art. 884: A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa.”

Desse modo, calcado no art. 884 do Código Civil e no princípio norteador da vedação ao enriquecimento sem causa, o dever de restituição do lucro da intervenção, ou seja, daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, surge não só como forma de *preservar a livre disposição de direitos*, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, mas também de *inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico* naquelas hipóteses em que a reparação dos danos causados, ainda que integral, não se mostra adequada a tal propósito.

Além de preservar a livre disposição de direitos, porque ninguém pode ser obrigado a contratar contra a sua vontade, o dever de restituir o indevidamente auferido às custas de outrem também atua como meio dissuasório nos casos em que a usurpação de direitos torna-se lucrativa ou mais vantajosa para o usurpador, mesmo quando este é condenado a indenizar os correspondentes danos de ordem moral e patrimonial.

4) Da subsidiariedade do enriquecimento sem causa

A ação de restituição por enriquecimento sem causa tem caráter subsidiário, não sendo cabível “se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”, nos exatos termos do art. 886 do Código Civil.

Em comentário ao referido preceito legal, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, eminente jurista português, defende que a subsidiariedade consagrada no referido preceito legal não tem alcance absoluto, podendo a ação de enriquecimento sem causa concorrer com outras ações, como a de responsabilidade civil:

(...)

A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido. Estar-lhe-á, por isso, vedada a sua utilização no caso de possuir outro fundamento para uma ação de restituição (como em caso de anulação do contrato por erro ou dolo – arts. 138 e ss.), no caso de a lei pretender que a aquisição à custa de outrem seja definitiva (como nas hipóteses de usucapião – arts. 1.238 e ss. – e prescrição – arts. 189 e ss.) ou quando a lei atribui outros efeitos ao enriquecimento sem causa (como na modificação do contrato, em caso de lesão – arts. 157 e ss. ou por onerosidade excessiva – arts. 478 e ss.). Essa exclusão ocorrerá mesmo que a ação concorrente não possa já ser exercida por ter decorrido o prazo respectivo, sob pena de perder sentido o estabelecimento desse prazo.

Uma análise mais cuidada do regime do enriquecimento sem causa permite, porém, concluir que a denominada “regra da subsidiariedade” não tem um alcance absoluto. A ação de enriquecimento não parece pressupor que o empobrecido tenha perdido a propriedade sobre as coisas obtidas pelo enriquecido, pelo que ela pode concorrer com a reivindicação. Também é manifesto que a ação de enriquecimento poderá concorrer com a responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma proteção idêntica à da ação de enriquecimento. Não parece assim que a regra do art. 886 consagre uma subsidiariedade geral da ação de enriquecimento, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referidas e essa ação. Efetivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece justa causa e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem. Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um “cripto argumento”, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884. (O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. In: Revista CEJ, v. 8, n. 25, págs. 24-33, abr./jun. 2004 - grifou-se).

Sobre o ponto, vale conferir os fundamentos adotados no julgamento do REsp n. 1.497.769/RN, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

(...)

A subsidiariedade, hoje adotada pelo ordenamento nacional como pressuposto da ação de enriquecimento tem origem no direito francês. Estudiosos do tema esclarecem que, por muito tempo, a subsidiariedade não era condição para o exercício da ação de *in rem verso*, sendo fruto do pensamento dos juristas Charles Aubry e Rau Charles, segundo os quais, aquela ação não poderia ser exercida quando o demandante desfrutasse de uma outra ação contratual, quase contratual, delitual ou quase delitual. “Essa ideia teve êxito. Pressentida em alguns julgados, foi admitida pela Corte de Cassação em 1915, sendo precisada em

decisões posteriores. Designou-se, então, essa quarta condição sob o nome de *caráter subsidiário*" (ETTORE, Giovanni. Op. cit. p. 295).

A doutrina brasileira, por sua vez, faz elogios à subsidiariedade da ação de enriquecimento, salientando-a como forma de evitar que todas as outras ações sejam absorvidas pela ação de *in rem verso* e que o instituto se transforme em remédio para todos os males, em panaceia, nas palavras de Orlando Gomes (Obrigações. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 252).

Os estudiosos da subsidiariedade da ação de enriquecimento, dentre eles o professor Diogo José Paredes Leite, alertam para o fato de que ela não deve ser analisada de maneira abstrata, mas, ao revés, verificada em concreto, conforme as particularidades da questão submetida a julgamento, momento em que será apurado se existem outros meios aptos à recomposição da perda reclamada (A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003).

Nessa linha de ideias, Giovanni Ettore orienta que, além da verificação da possibilidade de a ação de enriquecimento poder ser exercida em concorrência com outra, "*o que deve predominar é o impedimento de obter-se a violação ou fraude da lei. Isto é, a pretensão que decorre do locupletamento injustificado não deve servir de instrumento para atingir, por via oblíqua aquilo que a lei proíbe*". (Op. Cit. p. 298).

O mesmo autor confere alguns exemplos:

Se a lei estabelece que o gerente ou usufrutuário não tem direito a indenização pelas despesas ou pelos melhoramentos efetuados na constância da relação, não é possível esquivar-se de tal disciplina por meio da ação de enriquecimento. *Se existem disposições que não permitem remeter a discussão a juízo, não é lícito tentar driblá-las pelo exercício da ação em tela.*

O civilista italiano e estudioso do direito comparado, Paolo Gallo, em uma de suas inúmeras obras sobre o tema, conclui no exato sentido proposto acima, de que toda ação de enriquecimento deve ser excluída, quando sua função seja enganar ou de algum modo evitar o emprego de normas imperativas. Esclarece Gallo que chega à essa conclusão com base na combinação de artigos do Código Civil italiano que instituem a subsidiariedade (art. 2.042), mas, antes, afirmam a ilicitude da causa quando o contrato constitui um meio para evitar a aplicação de uma norma imperativa (art. 1.344).

É que o problema não é evitar a cumulação, em si, de ações concorrentes. A questão maior, a função real da subsidiariedade, deve ser a proteção do sistema jurídico, para que mediante a ação de enriquecimento, a lei não seja contornada ou fraudada. É a partir dessa perspectiva que deve ser interpretada a subsidiariedade da ação e essa, exatamente, a posição do Código Civil de 2002, segundo o entendimento de Giovanni Ettore. (DJe 7/6/2016 - grifos do original).

No mencionado precedente, o autor da demanda pretendia ressarcir-se do “empobrecimento” causado pela compra de um imóvel com área menor que a mencionada no contrato, pretensão que encontra meio próprio de defesa, qual seja, a ação *ex empto* prevista no art. 500 do Código Civil, a justificar a extinção do processo com fundamento na subsidiariedade do procedimento de restituição por enriquecimento sem causa.

Do mesmo modo, de acordo com o exemplo trazido por Carlos Nelson Konder,

(...) não poderia um possuidor pretender o ressarcimento de benfeitorias voluptuárias alegando a vedação geral ao enriquecimento sem causa, já que sua aplicação é subsidiária às regras específicas relativas às benfeitorias, que tornam relevante a distinção entre benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. (*Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção*, in Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC, São Paulo, v. 4, n. 13, págs. 231-248, out./dez. 2017 - grifou-se)

A subsidiariedade, portanto, não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.

Ainda sobre o tema, recorre-se mais uma vez à obra de Sérgio Savi para bem contextualizar a subsidiariedade da ação de restituição por enriquecimento sem causa nas hipóteses em que há indevida intervenção no direito alheio:

(...)

É evidente a importância da discussão acerca da correta aplicação da regra da subsidiariedade para os casos de lucro da intervenção. Isso porque, *nos casos em que o enriquecimento decorre de uma intervenção sobre bens alheios, é bem provável que o mesmo ato que dá origem àquele enriquecimento, preencha simultaneamente os requisitos para o exercício da pretensão indenizatória, fundada na responsabilidade civil.*

Quando o ato do ofensor, além de lhe gerar lucros, causa danos ao titular do direito, este terá sempre a ação de responsabilidade civil a mover contra o ofensor e, conforme leitura ultrapassada da regra da subsidiariedade, não poderia se valer da ação de enriquecimento sem causa. Essa forma simplista de aplicar tal regra inviabiliza a utilização do enriquecimento sem causa como solução para o problema do lucro da intervenção narrado neste trabalho.

Isto porque, se os danos causados à vítima forem inferiores ao lucro da intervenção e entender-se que o titular do direito somente poderá manejar a ação de responsabilidade civil, o lucro que exceder aos danos ficará definitivamente com o ofensor.

Contudo, conforme alerta Menezes Leitão, “a linearidade deste raciocínio é, no entanto, claramente posta em causa pela diferenciação de pressupostos e pela diferença de funções dos dois institutos”. Afinal, como visto, *a responsabilidade civil tem por função específica remover danos, pouco importando se o ofensor ficou em situação melhor ou pior do que estava antes do ato praticado. Já o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, não sendo sua função lidar com os danos sofridos pelo titular do direito.*

Na realidade, diante da ausência de justificativa plausível para a sua existência, há diversos autores, no Brasil e no exterior, que defendem a exclusão da regra da subsidiariedade como um requisito para o exercício da ação de enriquecimento sem causa.

Nas hipóteses em que o ato do ofensor gerar lucros superiores aos danos causados, o simples fato do titular do direito poder exercer a pretensão indenizatória, fundada na responsabilidade civil, não permite concluir que a lei queira eliminar o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa. Afinal, os pressupostos econômicos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa são muito diversos. As diferentes funções dos dois institutos fazem com que não seja possível admitir uma integral subsidiariedade da pretensão de restituição do enriquecimento em relação à pretensão de reparação do dano.

A ação de enriquecimento sem causa somente será subsidiária em relação a outras pretensões se por intermédio destas outras pretensões o titular do direito conseguir obter o mesmo ou um resultado mais favorável do que aquele que faria jus se exercesse a pretensão de enriquecimento sem causa. Não sendo essa a situação, “a pretensão de enriquecimento não fica afastada pela verificação cumulativa de uma hipótese de responsabilidade civil”.

(...)

Nos casos de lucro da intervenção, em que os lucros obtidos pelo interventor são superiores aos danos causados, a ação de responsabilidade civil não poderá ser considerada um “outro meio” capaz de obstar o exercício da ação de enriquecimento sem causa. Afinal, por intermédio da ação de responsabilidade civil, o titular do direito apenas conseguirá obter compensação pelos danos sofridos, jamais a restituição dos lucros obtidos pelo interventor de forma integral.

O fato de o ordenamento jurídico conceder várias ações a partir de uma mesma premissa atende ao desejo de que todos os interesses afetados sejam adequadamente protegidos. A necessidade prática de simplificar não justifica a fusão ou a confusão entre os remédios legais oferecidos.

Sempre que se estiver diante de uma situação de fato não regulada por qualquer norma específica e que integre os pressupostos do enriquecimento sem causa, a pretensão por enriquecimento poderá ser livremente exercitada.

Portanto, naquelas hipóteses em que o ato do ofensor causa danos, mas os lucros decorrentes da intervenção são superiores aos danos causados ao titular do direito, resta claro que as pretensões de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa poderão ser cumuladas.

(...)

Para concluir, pode-se afirmar que, nos casos de enriquecimento por intervenção, o titular do direito poderá cumular a pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão de responsabilidade civil. O que ele não poderá fazer é pedir duas vezes a mesma quantia, uma vez a título de dano sofrido e outra de enriquecimento obtido pelo autor da lesão. Na prática, o titular do direito deverá buscar a maior quantia entre o dano por ele sofrido e o enriquecimento obtido pelo réu. (ob. cit., págs. 117-121 - grifou-se)

Pelos fundamentos apresentados, chega-se à conclusão de que a conjugação dos dois institutos, na espécie, em que se busca a reparação dos danos morais e patrimoniais pelo uso não autorizado da imagem de pessoa para fins comerciais, além da restituição do que o réu lucrou ao associar a imagem da autora ao produto por ele comercializado, é plenamente admitida, não sendo obstada pela subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa.

Isso porque a responsabilidade civil não tutela nada além dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso, enquanto que o enriquecimento ilícito se encarrega apenas de devolver o lucro obtido em decorrência da indevida intervenção no direito de imagem de outrem ao seu verdadeiro titular.

5) Outros aspectos relevantes da matéria

Quanto aos demais pressupostos para aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, importa consignar que na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n. 35 com o seguinte texto: *“A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”* (grifou-se).

Essa, a propósito, é a opinião de Giovanni Ettore Nanni:

(...) não se exige o empobrecimento como requisito indispensável para a caracterização do enriquecimento sem causa e, conseqüentemente, para o exercício da ação de enriquecimento.

Em variadas vicissitudes, inclusive de vantagem obtida não patrimonial, o empobrecimento pode não ser configurado de forma concreta no patrimônio do empobrecido, mas, de qualquer forma, fica tipificado o enriquecimento sem causa.

Nessas circunstâncias, negar a utilização da ação de enriquecimento pela ausência do requisito do empobrecimento significaria obnubilar a segurança jurídica que representa o acolhimento do enriquecimento sem causa na nova ordem civil. (Enriquecimento sem causa, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 276 - grifou-se)

Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, portanto, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se reconhece o direito da autora com fundamento no enriquecimento sem causa, alerta-se para o fato de que pretensões dessa natureza devem estar embasadas em robusta prova de que a intervenção indevida no direito alheio gerou lucros ao interventor, não se admitindo que esteja amparado em meras conjecturas.

Por fim, antes de passar ao problema da quantificação do lucro da intervenção, vale conferir outras importantes considerações de Menezes Leitão em endosso a tudo o que aqui já foi dito a respeito da matéria:

(...)

Além do enriquecimento por prestação, a cláusula geral da proibição do enriquecimento sem causa contempla ainda a situação de alguém obter um enriquecimento por uma ingerência não-autorizada no patrimônio alheio, como sucederá nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios. A doutrina alemã há muito tem qualificado o caso como enriquecimento por intervenção (Eingriffskondiktion). Assim, com base na cláusula geral do art. 884, deve ser atribuída, nessas hipóteses, ao titular uma pretensão à restituição do enriquecimento sem causa, sempre que essa pretensão não seja excluída pela aplicação de outro regime jurídico. O fim da pretensão será a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular do direito.

As hipóteses mais comuns de *enriquecimento por intervenção* reconduzem-se às intervenções em direitos absolutos, como os direitos reais, os direitos autorais

e da propriedade industrial, e os direitos de personalidade. No caso dos direitos reais, o *uti, frui, abuti* sobre a coisa cabe exclusivamente ao proprietário (art. 1.228), pelo que o gozo ou disposição por outrem não-autorizados legitimam sempre o titular a exigir a restituição por enriquecimento, embora não tenha sofrido qualquer prejuízo efetivo. No caso dos direitos autorais e da propriedade industrial, há igualmente uma atribuição exclusiva de um bem imaterial ao titular do direito correspondente, pelo que a ingerência não-autorizada pelo titular (publicação de uma obra alheia; utilização de patentes, modelos de utilidade ou marcas alheias) deverá permitir-lhe o recurso à ação de enriquecimento. Finalmente, *quanto aos direitos de personalidade, o fato de, na atual sociedade econômica, ter-se vindo a verificar cada vez mais um aproveitamento comercial dos bens de personalidade implica o reconhecimento ao seu titular de um direito à restituição do enriquecimento obtido pela ingerência nesses bens sem autorização do respectivo titular (utilização do nome, imagem, ou divulgação de fatos relativos à vida privada doutrem com intuítos comerciais)*. Tal solução pode ser confirmada pelo fato de o art. 12 do Código Civil brasileiro admitir que a violação dos direitos de personalidade não apenas desencadeie perdas e danos, mas também outras sanções legais, entre as quais naturalmente se incluirá a restituição por enriquecimento sem causa. (ob. cit. - grifou-se)

6) *Da quantificação do lucro da intervenção*

Tarefa muito mais complexa do que reconhecer o dever de restituição dos lucros auferidos por meio da indevida intervenção no direito alheio é a quantificação do numerário a ser devolvido em cada caso submetido à apreciação judicial.

Antes, porém, cumpre registrar a distinção feita pela doutrina entre *lucro real*, ou objetivo, e *lucro patrimonial*, ou subjetivo, conforme preconiza Sérgio Savi com apoio nos ensinamentos de Francisco Manuel Pereira Coelho:

(...)

O “enriquecimento real” está vinculado ao objeto do enriquecimento e equivale ao valor objetivo da vantagem adquirida – o valor do uso do bem, do próprio bem, ou direito incorporado ao patrimônio do enriquecido. O “enriquecimento patrimonial”, por sua vez, vincula-se à pessoa enriquecida e é calculado por intermédio da comparação da situação de seu patrimônio em dois momentos distintos, antes e depois do ato que gerou o enriquecimento.

Assim, para o cálculo do enriquecimento patrimonial, compara-se a verdadeira situação do patrimônio do enriquecido com aquela hipotética que se verificaria caso o enriquecimento não tivesse ocorrido.

(...)

A doutrina majoritária entende que o parâmetro a ser utilizado para quantificação da obrigação de restituir é o enriquecimento patrimonial. A tese ora defendida também adota esta posição, principalmente por entender, como Diogo Leite Campos, que só a concepção patrimonial do enriquecimento permitirá que o enriquecimento sem causa realize a sua função específica de “remover o enriquecimento do patrimônio do beneficiado”.

A concepção real do enriquecimento, se adotada para todo e qualquer caso, acabaria inviabilizando a utilização do instituto do enriquecimento sem causa como ferramenta para solucionar o problema do lucro da intervenção. (ob. cit., págs. 58-59 - grifou-se)

No caso em apreço, o chamado *lucro real* equivaleria ao valor normalmente cobrado pela autora para autorizar, por meio de um contrato regularmente celebrado, a utilização de sua imagem em uma campanha publicitária de iguais proporções – valor de mercado da exploração comercial da imagem.

Não é esse, contudo, o lucro que o instituto em estudo visa conferir justa destinação. Da reparação desse específico prejuízo já se encarrega o instituto da responsabilidade civil, limitando-se aos danos efetivamente sofridos. No que sobejar, incidem as regras do enriquecimento sem causa com vistas à restituição do *lucro patrimonial* ao seu verdadeiro titular.

De fato, não se pode limitar a pretensão daquele que teve o seu direito de imagem violado ao valor que a ele seria devido em uma regular contratação. Na feliz expressão utilizada pelo Ministro Vitor Nunes Leal em precedente da Corte Suprema, “a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido” (RE n. 56.904/SP, DJ 5/10/1966).

Em sua obra, Sérgio Savi reproduz trecho de interessante artigo publicado pelo *American Law Institute*, que bem explora a questão:

(...) se um interventor, que age deliberadamente sem autorização sobre bens alheios, puder ficar com os lucros decorrentes daquela intervenção, e tiver que pagar apenas o valor objetivo daquele bem ou direito, estar-se-ia legitimando a expropriação de bens ao preço de mercado ou, em outras palavras, forçando a celebração de um contrato. A resposta do direito restitutivo a este problema é a obrigação do interventor de restituir os lucros obtidos, sempre que tais lucros forem superiores aos danos causados ao titular do direito. (ob. cit., págs. 58-59 - grifou-se)

Essa mesma lógica jurídica já foi adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do seguinte julgado:

Direitos Autorais. Utilização, não autorizada, de trabalho científico, na divulgação de produto. Indenização. Arbitramento.

O ressarcimento devido ao autor haverá de superar o que seria normalmente cobrado pela publicação consentida. A ser de modo diverso, sua aquiescência seria, na prática, dispensável. Cumpre, ao contrário, desestimular o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia. (REsp 150.467/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 11/11/1997, DJ 24/8/1998).

Resta saber como se deve apurar o denominado lucro patrimonial.

O art. 884 do Código Civil é categórico ao determinar a restituição do que for *indevidamente auferido*, a revelar a intenção do legislador de que seja, então, devolvido o que aqui se denominou “lucro patrimonial”.

Mas a norma em comento vai além, dispondo que somente será objeto de restituição aquilo que for indevidamente auferido *à custa de outrem*, não se podendo desconsiderar, desse modo, eventual mérito do próprio interventor, na linha do que defende outro renomado jurista lusitano:

(...) Jakobs entende que o objecto da obrigação de restituir compreende todo o lucro da intervenção, dado que este lucro foi obtido através de uma acção que estava destinada (com os respectivos resultados económicos) a outrem. Deste modo, há que apagar a diferença entre a situação real e a situação hipotética, a situação em que o património do intrometido estaria se a acção (ilícita) não tivesse sido praticada.

Nesta seqüência, a existência e o *quantum* da obrigação de restituir são independentes da existência e da medida do dano do titular do direito.

Nada temos a opor à concepção dinâmica que Jakobs deixa aperceber dos bens, como criadores de utilidades através da acção do homem. *O que nos recusamos a aceitar é que todo o lucro da intromissão tenha de ser restituído, na medida em que nem todo é imputável ao bem (ou à acção exercida sobre ele, usando-o, consumindo-o, ou alienando-o), e, portanto, nem todo é obtido à custa do património de onde esse bem saiu.*

*Jakobs esquece que **na riqueza criada com a intervenção há que distinguir aquela parte que é realizada à custa dos bens pertencentes ao empobrecido, e a que é resultante da inserção, no processo produtivo, dos bens ou das qualidades pessoais do enriquecido.*** (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra: Almedina, 2003, págs. 465-466).

Em alguns sistemas jurídicos, a exemplo do norte-americano, também se leva em conta o grau de culpabilidade do interventor, se este agiu de boa ou

má-fé e as características do bem ou direito objeto de intervenção para fins de quantificação do numerário a ser restituído. Ainda que o ordenamento jurídico nacional não seja expresso a esse respeito, impõe-se observar, sempre, em todas as decisões judiciais, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, previstos de modo implícito no Texto Constitucional.

A maioria daqueles que se lançam ao estudo do tema sustentam a impossibilidade da criação de uma regra geral aplicável a toda e qualquer hipótese de enriquecimento sem causa para fins de aferição do numerário a ser restituído.

Na contramão desse entendimento, Sérgio Savi tenta traçar uma *regra geral* para a determinação do objeto da restituição. Em respeito ao seu excelente estudo, de enorme importância para melhor compreender o instituto do enriquecimento sem causa e sua relação com o lucro da intervenção, não se poderia deixar de aqui reproduzir suas conclusões a respeito do assunto:

(...)

A regra geral para a determinação do objeto da restituição será a utilização do enriquecimento patrimonial como premissa inicial do cálculo do montante a restituir. *Após aferir o montante do enriquecimento patrimonial do interventor, o juiz deverá verificar o **grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final e partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção.** Só assim estar-se-á transferindo ao titular do direito o lucro que foi obtido à sua custa.*

É importante destacar que o montante a ser restituído ao titular do direito jamais poderá ser inferior ao enriquecimento real do interventor, ou seja, ao preço de mercado do bem ou do uso do bem objeto da intervenção. Isso porque, em qualquer hipótese, tal montante será sempre a contribuição mínima do titular do direito para o lucro obtido pelo interventor. Fala-se em contribuição mínima, pois a inserção do bem no processo pode ter gerado uma sinergia valorável.

A única exceção à regra geral acima mencionada será quando restar comprovado nos autos que o interventor agiu de boa-fé, ou seja, quando for possível aferir que ele agiu com fundada crença de que estava atuando sobre seus próprios bens. Nesses casos, o objeto da restituição deverá limitar-se ao enriquecimento real do interventor.

A solução ora proposta encontra fundamento na aplicação analógica de orientações extraídas dos artigos 1.214 e 1.272, do Código Civil Brasileiro, que tratam do destino dos frutos no caso de posse de boa-fé e da partilha do valor da coisa obtida com bens de diferentes pessoas. O artigo 1.214 dispõe que “O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela perdurar, aos frutos percebidos”, ao passo que o artigo 1.272 estabelece que:

as coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração. Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado.

Diante das dificuldades inerentes à quantificação do objeto da restituição, uma solução que tenha por fundamento a aplicação analógica e combinada de outros dispositivos da legislação nacional apresenta-se como a melhor alternativa para resolver o problema. Afinal, ao assim proceder, o aplicador do direito estará recorrendo a premissas e princípios já escolhidos e positivados pelo legislador brasileiro.

Vale destacar que não se está, aqui, defendendo a aplicação pura e simples dos regimes da partilha dos frutos no caso do possuidor de boa-fé e da acessão de móvel a móvel aos casos de lucro da intervenção. Tais regimes apresentam peculiaridades que nem sempre representariam a melhor solução. O que se defende é extrair a idéia contida naqueles dois dispositivos específicos, de forma conjunta, como forma de solução para o problema da quantificação do objeto da restituição em casos de lucro da intervenção. (ob. cit., págs. 140-141 - grifou-se)

A depender do caso concreto, será de maior ou menor complexidade a tarefa de quantificar o lucro da intervenção.

A regra geral sugerida por Sérgio Savi, na prática, mostra-se ainda um tanto genérica, visto que *a maior dificuldade está justamente na aferição do grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final, para que se possa partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção.*

Na hipótese dos autos, inexistente controvérsia quanto à obtenção de lucro por parte da empresa demandada ao associar o nome e a imagem da autora ao seu produto sem o consentimento daquela, sendo absolutamente improvável que assim tenha agido de boa-fé.

Não obstante o reconhecimento do dever de restituição do lucro obtido pela ré com a venda de seu produto, o Tribunal de origem *limitou-o a 5% (cinco por cento) do volume de vendas do produto* no período compreendido entre o início e o fim da propaganda indevida, sob a seguinte fundamentação:

(...)

No caso dos autos, verifica-se que, como bem argumenta a recorrente, há de se restituir à autora – que teve o seu direito à imagem lesionado pela ré – todos

os benefícios de ordem patrimonial que foram auferidos indevidamente pela recorrida considerando que, sem a associação do produto à figura da atriz em tela, seus lucros decerto não atingiriam o mesmo patamar que alcançaram.

Houve, pois, um enriquecimento sem causa, por parte da empresa ré, considerando que este se deu à custa de outrem (autora) e, portanto, deve restituir a parte ofendida. O questionamento que se segue no caso dos autos é: como fixar o *quantum* indenizatório à míngua de elementos concretos que possam demonstrar o real incremento nos lucros decorrentes da venda do produto *Detox* (doc 02 - índices 6 e 7) e que se possa considerar, para a apuração do montante indenizatório, a contribuição da imagem da apelante para a obtenção do enriquecimento em tela.

Primeiro, o cálculo deste valor deve levar em consideração o período correspondente ao início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida. Segundo: do que consta dos autos, não é possível precisar a efetiva data do lançamento do produto e nem identificar a variação efetiva do volume de vendas após o uso indevido da imagem da atriz e, por isso há de se estabelecer uma metodologia de cálculo que, ao mesmo tempo reflita a restituição justa diante do prejuízo suportado pela apelante e seja exequível, permitindo que em sede de liquidação de sentença se possa chegar a uma importância real.

Dessa forma, forçoso fixar o montante indenizatório pelo enriquecimento sem causa (lucro da intervenção) em percentual que ora se arbitra em 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto **Detox** (doc 02 - índices 6 e 7), baseado no seu preço de comercialização (preço de saída da mercadoria da fábrica), no período compreendido entre o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida.

Vale ressaltar que o montante de 5% arbitrado sobre o preço do produto na saída da mercadoria da fábrica leva em consideração os custos para a sua produção, como insumos, instalações, equipamentos, pessoal, distribuição etc., segundo apontam as regras de experiência comum. Não se pode, por outro lado, admitir que, à falta de elemento probatório acerca do lucro de comercialização da mercadoria, em razão da própria revelia, seja obstáculo à fixação da restituição devida (e-STJ fls. 144-145 - grifou-se).

Andou bem o acórdão recorrido ao levar em consideração todos os custos de produção, como insumos, instalações, equipamentos, pessoal, distribuição etc., visto que tais elementos resultam, conforme já salientado, da inserção, no processo produtivo, de bens e qualidades pessoais do próprio interventor.

Todavia, não é razoável deixar ao arbítrio do julgador a fixação de um percentual aleatório a título de lucro da intervenção, mesmo porque tal providência, na espécie, *escapa às regras de experiência comum do magistrado*, exigindo, pois, conhecimentos técnicos específicos.

Existem meios eficazes de se chegar a um valor mais justo e adequado aos propósitos do instituto do enriquecimento sem causa, de preservar a livre disposição de direitos e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. Se a destinação de um percentual aleatório do volume de vendas do produto ao titular do direito violado ainda for economicamente interessante para o interventor, pouco ou nenhum efeito terá o provimento jurisdicional.

Diante da situação em apreço, a regra geral sugerida por Sérgio Savi serve de norte para que, na fase de liquidação de sentença, um profissional dotado de melhores condições técnicas chegue a um resultado mais próximo do verdadeiro acréscimo patrimonial auferido pela ré às custas da utilização não autorizada do direito de imagem da autora.

Sem aqui pretender restringir o trabalho desse profissional, mais sensato seria que o perito, no caso em análise, tivesse a sua atenção voltada ao *incremento das vendas* do produto para, com base nele, aferir em que proporção a exploração desautorizada da imagem da autora influiu no lucro obtido pelo interventor.

De todo modo, diante das peculiaridades do caso em análise, caberá ao perito, na condição de auxiliar da Justiça, a tarefa de encontrar o melhor método de quantificação do que foi auferido, sem justa causa, às custas do uso não autorizado da imagem da autora em campanha publicitária, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas, e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.

Encerrada essa fase, incumbirá ao Juízo da Liquidação verificar se a metodologia utilizada e o resultado encontrado se adequam ou não aos limites objetivos do título judicial exequendo.

7) *Dispositivo*

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar a apuração do lucro da intervenção na fase de liquidação de sentença, observados os critérios definidos na fundamentação, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.724.544-SP (2018/0035879-8)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: LPS Brasil Consultoria de Imóveis S/A

Advogado: Hélio Yazbek e outro(s) - SP168204

Recorrente: Projeto Fox 41 Desenvolvimento Imobiliario Ltda

Advogados: Fabiane Lima de Queiroz e outro(s) - SP188086

Rafael Kliemke dos Santos - SP268454

Recorrido: Daniele Ferreira Gouvea

Recorrido: Alessandro Cesar Malagoli

Advogados: Gabriel Jose Franco de Godoy Batista e outro(s) - SP305150

Jose Maria Franco de Godoi Neto - SP309334

EMENTA

Civil. Processual Civil. Recursos especiais. *Recursos manejados sob a égide do NCPC*. Compromisso de compra e venda. Imóvel na planta. Restituição dos valores pagos pela intermediação. Violação dos art. 489, § 1º, VI, e § 3º, e 1.022 do NCPC que não se verifica. Ofensa ao art. 927, III, do NCPC. Não ocorrência. Arts. 141 e 492 do NCPC e 884 do CC/02. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do STJ. Prequestionamento ficto (art. 1.025 do NCPC). Necessidade de apontamento de contrariedade ao art. 1.022 do NCPC. Prescrição trienal. Termo inicial. Data do efetivo pagamento.

1. Os recursos especiais foram interpostos contra decisão publicada na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC*.

2. Não procede a arguição de ofensa aos art. 489, § 1º, VI, e § 3º, e 1.022 do NCPC, quando o Tribunal *a quo* se pronuncia de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia.

3. O julgador não está obrigado a aplicar a tese fixada no julgamento de recurso especial repetitivo como determinado pelo art. 927, III, do NCPC quando realiza a separação do joio do trigo.

4. Ausente o debate pela Corte de origem acerca de preceito legal dito violado, incide a Súmula n. 211 do STJ.

5. A admissão de questionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que seja indicada ofensa ao art. 1.022, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado no acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau de jurisdição facultada pelo dispositivo de lei.

6. O termo inicial da prescrição da pretensão de restituição dos valores pagos parceladamente a título de comissão de corretagem é a data do efetivo pagamento (desembolso total).

7. Recurso especial da *Projeto Fox* conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. Recurso especial da LPS 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 conhecer em parte do recurso especial interposto por Projeto Fox 41 Desenvolvimento Imobiliário Ltda e, nesta parte, negar-lhe provimento e, em negar provimento ao recurso especial interposto por LPS Brasil Consultoria de Imóveis S/A, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 8.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *Daniele Ferreira Gouvea e Alessandro Cesar Malagoli* (*Daniele* e outro) ajuizaram ação de reparação de danos

patrimoniais contra *LPS Brasil Consultoria de Imóveis S.A. (LPS)* e *Projeto Fox 41 Desenvolvimento Imobiliário Ltda. (Projeto Fox)*, visando a restituição em dobro dos valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa SATI pela intermediação na compra e venda de imóvel na planta.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente.

A apelação interposta por *Daniele* e outro foi parcialmente provida pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

Compromisso de compra e venda Pedido de devolução de taxa SATI e comissão de corretagem. Prescrição de parte da pretensão à devolução dos valores pela intermediação. Parcelas da comissão de corretagem que não foram atingidas pela prescrição devem ser restituídas. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque para o valor da comissão. Situação não configurada no caso em tela. Recurso repetitivo tema n. 938, julgado pelo STJ Recurso parcialmente provido (e-STJ, fls. 317).

Os embargos de declaração opostos por *LPS* e *Projeto Fox* foram rejeitados (e-STJ, fls. 344/351 e 487/494).

Irresignada, a *LPS* interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da CF, apontando, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 489, § 1º, VI, e § 3º, 927, III, e 1.022, parágrafo único, II, todos do NCPC, e 206, § 3º, IV, do Código Civil, argumentando (1) ausência de fundamentação no julgado por não ter demonstrado, em seu bojo, o motivo pelo qual a discussão travada nesta demanda poderia se afastar da correta interpretação adotada por esta Corte em sede de recurso repetitivo; (2) que o Tribunal de origem não poderia deixar de observar o que decidido por esta Corte, no julgamento dos REsp's n. 1.551.956/SP e 1.599.511/SP, em sede de repetitivo, no tocante à prescrição trienal e a validade da cláusula negocial que transfere para os adquirentes de bens imóveis na planta o ônus de pagamento das verbas de corretagem imobiliária; e, (4) prescrição da pretensão dos recorridos, tendo em vista que a demanda foi ajuizada mais de três anos depois da celebração do contrato e as parcelas não representam uma obrigação de trato sucessivo, mas um mero parcelamento do preço global já pactuado em um único ato.

Projeto Fox também interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, alegando violação dos arts. 141, 492 e 927, todos do NCPC,

e 206, § 3º, IV, e 884, ambos do Código Civil. Sustentou, em síntese, que (3) o Tribunal de origem extrapolou os limites da lide ao julgar a demanda com base em causa de pedir diversa daquela exposta na petição inicial, bem como que a devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem acarretará o enriquecimento sem causa de *Daniele* e outro, já que eles se beneficiaram dos serviços prestados de corretagem; (2) a Corte local dissentiu do entendimento firmado por essa Corte, em sede de recurso repetitivo, no sentido de considerar válida a cláusula que transfere ao comprador a atribuição de pagar a comissão de corretagem; e, (4) o fato de as parcelas relativas à comissão de corretagem terem sido debitadas em data posterior, não afasta a conclusão de que o prazo prescricional teve início na data da celebração do contrato e da autorização de pagamento por débito automático.

Com contrarrazões (e-STJ, fls. 515/526), os recursos especiais foram admitidos na origem (e-STJ, fls. 527/529 e 530/531).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Os recursos não merecem acolhimento.

De plano, vale pontuar que o presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Conforme constou do relatório, *Daniele* e outro ajuizaram ação de reparação de danos patrimoniais contra LPS e *Projeto Fox*, visando a restituição em dobro dos valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa SATI pela intermediação na compra e venda de imóvel na planta.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente.

Interposta apelação por *Daniele* e outro, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento para determinar a devolução das parcelas da comissão de corretagem não atingidas pela prescrição.

Dessa decisão, foram interpostos recursos especiais por LPS e *Projeto Fox*, que não estão a merecer acolhimento.

(1) *Da alegada violação dos arts. 489, § 1º, VI, e § 3º, e 1.022 do NCPC*

LPS, nas razões de seu recurso especial, alegou ausência de fundamentação no julgado por não ter demonstrado, em seu bojo, o motivo pelo qual a discussão travada nesta demanda poderia se afastar da correta interpretação adotada por esta Corte em sede de recurso repetitivo.

Conforme se extrai do acórdão recorrido, o Tribunal de origem, atendendo às teses firmadas por esta Corte, em sede de recurso especial repetitivo, adotou as seguintes razões:

Os demandantes celebraram contrato de compromisso de compra e venda tendo por objeto o imóvel apontado na inicial, com pagamento diferido no tempo (fls. 21/38).

Há prova suficiente nos autos de que foram exigidas dos autores diversas quantias a título de comissão de corretagem e taxa de serviço de assessoria imobiliária (cf. fls. 39/48).

A sentença, como visto, julgou improcedente a demanda, por reputar lícitas as exações no caso em tela, e contra tal *decisum* recorreram os demandantes, sem razão.

3. Neste ponto, cumpre reconhecer a prescrição de parte da pretensão dos requerentes à restituição das verbas pagas pela intermediação na venda.

O C. Superior Tribunal de Justiça fixou tese acerca do assunto em sede de julgamento de recurso repetitivo, para fins do artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015:

“Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera (art. 206, § 3º, IV, CC”).

O termo inicial do prazo prescricional trienal é a data do pagamento dos valores indevidamente cobrados a título de taxa SATI ou de comissão de corretagem.

No caso em tela, considerando que a ação foi proposta em 14 de novembro de 2014 (segundo informações obtidas junto ao sistema SAJ), e que os documentos de fls. 40/41 e 47/48 indicam que os pagamentos feitos pela intermediação na venda ocorreram entre junho e dezembro de 2011, forçoso reconhecer a prescrição da maior parte da pretensão dos demandantes.

Apenas as parcelas pagas a título de comissão de corretagem em dezembro de 2011 não foram atingidas pela prescrição e podem ter seu pedido de devolução

apreciado, pois não escoado o prazo trienal antes do ajuizamento da presente ação.

4. Pois bem. Em relação às parcelas não atingidas pela prescrição, cumpre reconhecer que assiste razão aos demandantes ao afirmar que os respectivos pagamentos foram indevidos.

O Superior Tribunal de Justiça, para fins do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, em sede de recurso especial repetitivo (Tese 938), igualmente fixou tese sobre a licitude da cláusula contratual que transfere para o promitente comprador a obrigação de pagamento da comissão de corretagem, nos seguintes termos:

“Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem”.

No caso concreto, embora a escritura de fls. 21/38 não tenha previsto a obrigação de pagar comissão de corretagem, o pedido de reserva de fls. 140 aludiu expressamente à conversão do respectivo instrumento em contrato de “prestação de serviços de corretagem imobiliária”, remetendo a verificação dos respectivos valores devidos à planilha de cálculo assinada pelos adquirentes.

Referida planilha foi juntada às fls. 40/42 e 135/137 dos autos, e discriminou exatamente os valores que deveriam ser pagos pelos compradores a título de serviços de intermediação.

Ocorre, porém, que o pedido de reserva não é anterior à celebração do contrato, foi emitido no mesmo dia da assinatura do último (10 de junho de 2011, cf. fls. 25 e 140), o que permite concluir que a obrigação de adimplir a comissão de corretagem e seu respectivo valor não foram previamente informados aos adquirentes.

O pacto em exame, portanto, não atende e nem se amolda perfeitamente ao que foi decidido no REsp 1.599.511-SP, que fixou a tese número 938 em sede de recurso repetitivo.

Não tiveram os consumidores conhecimento prévio, por força de cláusula contratual clara e expressa, do valor a ser pago para fins de comissão de corretagem, deduzido do preço total da venda.

Em outras palavras, como os instrumentos foram assinados na mesma data 10 de junho de 2011 não é possível saber com certeza se a transferência do encargo aos adquirentes foi comunicada na fase pré-contratual, como exige o REsp 1.599.511-SP.

Em virtude de manifesta violação dos deveres de informação e de esclarecimento é que, no caso concreto, o deslocamento da obrigação de efetuar o pagamento da comissão de corretagem, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é

abusivo e induz nulidade, o que acarreta o dever de restituição (e-STJ, fls. 319/322 - sem destaque no original).

Verifica-se que o Tribunal de origem analisou, de forma peculiar, as questões que lhe pareceram necessárias à solução da causa, encontrando-se o acórdão fundamentado de forma a não ensejar dúvidas acerca das razões de ordem jurídica que lhe deram sustentação.

O princípio da persuasão racional habilita o magistrado a se valer do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Não há negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem decidiu a matéria controvertida de forma fundamentada, enfrentando os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada.

Assim, houve manifestação sobre o tema e a decisão devidamente fundamentada pelo Tribunal local, só que de forma contrária a pretensão da LPS, o que não causa ofensa aos arts. 489 e 1.022 do NCPC.

(2) Da violação ao art. 927, III, do NCPC

LPS e *Projeto Fox* alegaram que o Tribunal de origem não poderia deixar de observar o que decidido por esta Corte no julgamento dos REsp's n. 1.551.956/SP e 1.599.511/SP, em sede de repetitivo, no tocante a prescrição trienal e a validade da cláusula negocial que transfere para os adquirentes de bens imóveis na planta o ônus de pagamento das verbas de corretagem imobiliária.

O art. 927, III, do NCPC dispõe:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...] *Omissis*

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

LUIZ GUILHERME MARINONI, comentando referido dispositivo legal, fez as seguintes considerações:

Por outro lado, falar na observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos também diz muito pouca coisa. E

isso por duas razões: a palavra “acórdão” nada diz sobre a sua substância e, assim, sobre a porção da substância do acórdão que realmente pode obrigar os juízes e tribunais. Essa porção não é o resultado ou o julgamento propriamente dito. Só pode ser o fundamento determinante ou a *ratio decidendi* (Luiz Guilherme Marinoni. Precedentes obrigatórios. 3 ed., p.292 e ss.).

[...]

De modo que, se o *caput* da norma é obscuro, cabe à teoria explicitar que em todas as hipóteses lembradas pelo legislador, o que realmente pode ter efeito obrigatório perante os juízes e tribunais é a *ratio decidendi* ou os efeitos determinantes da decisão. Isso, aliás, está bem claro no artigo que trata da fundamentação da sentença (Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. 3 ed. rev. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.311/2.312.)

Em atenção a lição doutrinária, não se vislumbra que o acórdão recorrido tenha violado a regra em destaque, porque não atentou contra a *ratio decidendi* do aresto proferido por esta Corte Superior no julgamento de recursos especiais repetitivos antes mencionados.

Com efeito, no tocante a comissão de corretagem, verifica-se que o Tribunal de origem, atento a tese firmada nesta Corte em sede de recurso repetitivo, concluiu que o contrato em exame não se amoldava perfeitamente ao que decidido no REsp n. 1.599.511/SP, pois não tiveram os consumidores conhecimento prévio da obrigação de pagar a comissão de corretagem e seu respectivo valor, sendo tal disposição, portanto, nula. Essa circunstância fática, por si só, já é suficiente para desautorizar a aplicação cogente do repetitivo indicado.

Já com relação a prescrição, a Corte de origem entendeu que *ainda que o precedente vinculante da E. Corte aluda à celebração do contrato como referência para aferição do decurso do prazo prescricional, parece óbvio que, na verdade, o prazo só começa a correr da data dos pagamentos, pois, antes disso, sequer há pretensão restituitória* (e-STJ, fls. 347/348).

De fato, no julgamento do REsp n. 1.551.956/SP, a tese firmada foi a da incidência da prescrição trienal para a pretensão de restituição de valores pagos a título de comissão de corretagem e/ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI).

Embora, na ocasião, ao aplicar a tese firmada ao caso concreto, a Segunda Seção tenha chegado ao entendimento de que a pretensão lá requerida já estava

coberta pelo manto da prescrição trienal, uma vez que o contrato foi celebrado aos 20/9/2009 e a demanda foi proposta aos 16/12/2012. Tal conclusão, por não ter sido firmada como tese jurídica estabelecida na sistemática do repetitivo, não tem o condão de vincular o Tribunal de origem.

Assim, o julgador não está obrigado a aplicar a tese fixada no julgamento de recurso especial repetitivo como determinado pelo art. 927, III, do NCPC quando realiza a adequada separação do joio do trigo, o tal *distinguishing*.

(3) *Da alegada ofensa aos arts. 141 e 492 do NCPC e 884 do CC/02*

Projeto Fox sustentou que o Tribunal de origem extrapolou os limites da lide ao julgar a demanda com base em causa de pedir diversa daquela exposta na petição inicial.

Alegou, também, que a devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem acarretará o enriquecimento sem causa de *Daniele* e outro, já que eles se beneficiaram dos serviços prestados de corretagem.

Verifica-se, no entanto, que o conteúdo dos arts. 141 e 492 do NCPC e 884 do CC/02 não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, apesar da oposição de Embargos de Declaração, estando ausente o indispensável debate prévio. Assim, inexistente o prequestionamento, obstaculizada está a via de acesso ao apelo excepcional. Incidentes as Súmulas n. 211 do STJ e 282 do STF.

Ressalte-se que a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que seja indicada ofensa ao art. 1.022 do NCPC, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado no acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.

Confrimam-se os seguintes precedentes:

Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Compra e venda de imóvel. Atraso na entrega. 1. Lucros cessantes. Cabimento. Presunção de prejuízo. 2. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. 3. Prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015). Necessidade de apontamento de contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015. 4. Restituição de valores pagos com cotas condominiais e impostos antes da imissão na posse. Possibilidade. Precedentes. Acórdão em sintonia com a jurisprudência do STJ. 5. Agravo improvido.

1. [...]

2. Não tendo sido enfrentada a questão ou a tese relacionada ao artigo apontado como violado pelo acórdão recorrido, fica obstado o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento, incidindo os óbices das Súmulas 282 e 356 do STF.

3. *De fato, “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 10/4/2017).*

4. Segundo a jurisprudência do STJ, as despesas de condomínio e IPTU são de responsabilidade da construtora até a entrega do imóvel ao adquirente. Isso porque, apesar de o IPTU ter como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel (CTN, art. 32), se os recorridos não deram causa para o não recebimento do imóvel, não podem ser obrigados a pagar as despesas condominiais nem o citado imposto referente ao período em que não haviam sido imitados na posse.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.697.414/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 5/12/2017, DJe 15/12/2017 - sem destaque no original)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Civil. Processual Civil. Prequestionamento ficto. Não ocorrência. Necessidade de aduzir violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Legitimidade passiva. Súmula 7/STJ. Dever de indenizar. Configuração. Súmula 7/STJ.

1. *“A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra **Nancy Andrighi, Terceira Turma**, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017).*

2. A Corte de origem, soberana na análise do arcabouço fático-probatório dos autos, consignou existir a legitimidade passiva do ora recorrente para figurar na relação jurídica processual tendo em vista tanto o contrato de prestação de serviços de plano de saúde celebrado entre os ora agravados, quanto o convênio firmado entre o plano de saúde e o hospital, ora recorrente. A reforma do aresto hostilizado demandaria revolvimento do material fático probatório dos autos e interpretação contratual, o que esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. É inviável, na hipótese vertente, a análise da presença ou não dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, porquanto demandaria análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.144.413/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 7/11/2017, DJe 14/11/2017 - sem destaque no original)

(4) Do termo inicial da prescrição trienal

LPS sustentou a prescrição da pretensão de *Daniele* e outro, tendo em vista que a demanda foi ajuizada mais de três anos depois da celebração do contrato e que as parcelas não representam uma obrigação de trato sucessivo, mas um mero parcelamento do preço global já pactuado em um único ato.

Aduziu, ainda, que esta Corte, no julgamento do REsp n. 1.551.956/SP, sob o rito do repetitivo, considerou que a prescrição da pretensão deve ser contada a partir do momento da celebração do contrato.

Projeto Fox, da mesma forma, alegou que o fato das parcelas relativas a comissão de corretagem terem sido debitadas em data posterior, não afasta a conclusão de que o prazo prescricional teve início na data da celebração do contrato.

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo de *Daniele* e outro, entendeu que o termo inicial do prazo prescricional trienal era a data do pagamento dos valores indevidamente cobrados, concluindo que as parcelas pagas no mês de dezembro de 2011 não foram atingidas pela prescrição. Assim se pronunciou:

3. Neste ponto, cumpre reconhecer a prescrição de parte da pretensão dos requerentes à restituição das verbas pagas pela intermediação na venda.

O C. Superior Tribunal de Justiça fixou tese acerca do assunto em sede de julgamento de recurso repetitivo, para fins do artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015:

“Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera (art. 206, § 3º, IV, CC”).

O termo inicial do prazo prescricional trienal é a data do pagamento dos valores indevidamente cobrados a título de taxa SATI ou de comissão de corretagem.

No caso em tela, considerando que a ação foi proposta em 14 de novembro de 2014 (segundo informações obtidas junto ao sistema SAJ), e que os documentos de fls. 40/41 e 47/48 indicam que os pagamentos feitos pela intermediação na venda ocorreram entre junho e dezembro de 2011, forçoso reconhecer a prescrição da maior parte da pretensão dos demandantes.

Apenas as parcelas pagas a título de comissão de corretagem em dezembro de 2011 não foram atingidas pela prescrição e podem ter seu pedido de devolução apreciado, pois não escoado o prazo trienal antes do ajuizamento da presente ação (e-STJ, fl. 320 - sem destaque no original).

Cinge-se a controvérsia, portanto, em definir o termo *a quo* do prazo prescricional para o ajuizamento da pretensão de restituição dos valores pagos parceladamente a título de comissão de corretagem. Impede saber se ele deve recair da data da celebração do contrato, como afirmado por LPS e *Projeto Fox*, ou na data do pagamento, como consignado no acórdão recorrido.

Ressalte-se, conforme consignado no item 2, que a Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.551.956/SP, sob a sistemática do repetitivo, firmou o entendimento de que o prazo prescricional para a referida pretensão seria o previsto no art. 206, § 3º, IV, CC/02, ou seja, o trienal.

O acórdão ficou assim ementado:

Recurso especial repetitivo. Direito Civil e do Consumidor. Incorporação imobiliária. Venda de unidades autônomas em estande de vendas. Corretagem. Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária (SATI). Cláusula de transferência da obrigação ao consumidor. Prescrição trienal da pretensão. Enriquecimento sem causa.

1. *Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:*

1.1. *Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera (art. 206, § 3º, IV, CC).*

1.2. *Aplicação do precedente da Segunda Seção no julgamento do Recurso Especial n. 1.360.969/RS, concluído na sessão de 10/08/2016, versando acerca de situação análoga.*

2. *Caso concreto:*

2.1. *Reconhecimento do implemento da prescrição trienal, tendo sido a demanda proposta mais de três anos depois da celebração do contrato.*

2.2. *Prejudicadas as demais alegações constantes do recurso especial.*

3. *Recurso Especial Provido.*

(REsp 1.551.956/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/8/2016, DJe 6/9/2016 - sem destaque no original)

Cumpra esclarecer outrossim que, ao aplicar a tese ao caso concreto, a Segunda Seção concluiu que a pretensão lá requerida já estava coberta pelo

manto da prescrição trienal, uma vez que o contrato foi celebrado aos 20/9/2009 e a demanda só foi proposta aos 16/12/2012.

Ocorre, porém, que tal entendimento não foi firmado pela sistemática do repetitivo, tampouco foi travada a discussão sobre o termo inicial do prazo prescricional quando o pagamento da taxa de comissão de corretagem é feita de forma parcelada. Em outras palavras, importa esclarecer que a tese fixada no julgamento dos recursos repetitivos assinalados diz respeito apenas ao prazo prescricional em si, e não ao termo inicial da sua fluência.

Nos termos do art. 189 do CC/02, a pretensão nasce com a violação do direito, consagrando o princípio da *actio nata*. O direito subjetivo da reparação nasce com a lesão.

Assim sendo, não há sustentação na alegação de que o termo inicial da prescrição seria a data da celebração do contrato pelo simples fato de que nele teria constado o valor total que seria pago a título de comissão de corretagem. A lesão ao direito subjetivo só se deu com o pagamento integral, com o desembolso total da prestação.

Dessa forma, na demanda em que se pretende a restituição dos valores pagos parceladamente a título de comissão de corretagem, o termo inicial do prazo prescricional deve ser a data da contraprestação total (global), já que não se pode pleitear a devolução daquilo que ainda não foi pago no seu todo.

E é justamente isto que está sendo pleiteado, a devolução do todo.

A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.361.730/RS, sob o rito dos recursos repetitivos, de relatoria do Ministro *Raul Araújo*, apreciando questão semelhante, firmou entendimento no sentido de que o termo inicial da prescrição da pretensão de repetição de indébito de contrato de cédula de crédito rural é a data do efetivo pagamento.

Confira-se a ementa do referido julgado:

Recurso especial representativo da controvérsia (CPC/73, art. 543-C). Processual Civil. Civil e Bancário. Cédula de crédito rural. Ação de repetição de indébito. Prescrição. Prazo: vintenário no Código Civil/1916 (art. 177); trienal no Código Civil/2002 (art. 206, § 3º, IV). Termo inicial: data do pagamento. Caso concreto: recurso especial não provido.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

1.1.- "A pretensão de repetição de indébito de contrato de cédula de crédito rural prescreve no prazo de vinte anos, sob a égide do art. 177 do Código Civil de

1916, e de três anos, sob o amparo do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, observada a norma de transição do art. 2.028 desse último Diploma Legal”;

1.2. - “O termo inicial da prescrição da pretensão de repetição de indébito de contrato de cédula de crédito rural é a data da efetiva lesão, ou seja, do pagamento.”

2. Caso concreto: prescrição da pretensão.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.361.730/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 28/10/2016 - sem destaque no original)

No caso dos autos, como a ação foi proposta aos 14/11/2014 e o pagamento das últimas parcelas ocorreram em dezembro de 2011, tem-se que não ocorreu a prescrição dos valores pagos pela intermediação na venda.

No entanto, verifica-se que por não ter havido recurso de *Daniele* e outro, o entendimento do Tribunal de origem de que somente as parcelas pagas no mês de dezembro de 2011 não foram atingidas pela prescrição deve ser mantido, tendo em vista o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Nessas condições, pelo meu voto, **conheço em parte** do recurso especial interposto por *Projeto Fox* e **conheço** do recurso especial manejado por LPS, para **negar provimento** a ambas irrisignações.

Majoro em 5% o valor dos honorários advocatícios anteriormente fixados em desfavor de LPS e de *Projeto Fox*, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11 do NCPC.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito ao possível cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º).

RECURSO ESPECIAL N. 1.758.746-GO (2018/0140869-2)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Itau Unibanco S.A

Advogados: William Carmona Maya e outro(s) - SP257198

Frederico Augusto Lima de Siqueira e outro(s) - DF031511

Fernando Denis Martins - GO036131A

Recorrido: Regia Comercio de Informatica Ltda “em Recuperao Judicial” em Recuperao Judicial

Advogados: Murillo Macedo Lôbo - GO014615

Sérgio Marcus Hilário Vaz - GO011020

Paulo Sérgio Hilário Vaz - DF013834

Fábio Santana Nascimento e outro(s) - GO026358

Waldê de Souza Faria Júnior - GO038831

EMENTA

Recurso especial. Recuperação judicial. Cessão de crédito/recebíveis em garantia fiduciária a empréstimo tomado pela empresa devedora. Retenção do crédito cedido fiduciariamente pelo juízo recuperacional, por reputar que o aludido bem é essencial ao funcionamento da empresa, compreendendo-se, reflexamente, que se trataria de bem de capital, na dicção do § 3º, *in fine*, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. Impossibilidade. Definição, pelo STJ, da abrangência do termo “bem de capital”. Necessidade. Trava bancária restabelecida. Recurso especial provido.

1. A Lei n. 11.101/2005, embora tenha excluído expressamente dos efeitos da recuperação judicial o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens imóveis ou móveis, acentuou que os “bens de capital”, objeto de garantia fiduciária, essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, permaneceriam na posse da recuperanda durante o *stay period*.

1.1 A conceituação de “bem de capital”, referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, inclusive como pressuposto lógico ao subsequente juízo de essencialidade, há de ser objetiva.

Para esse propósito, deve-se inferir, de modo objetivo, a abrangência do termo “bem de capital”, conferindo-se-lhe interpretação sistemática que, a um só tempo, atenda aos ditames da lei de regência e não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o “bem de capital”, que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda.

2. De seu teor infere-se que o bem, para se caracterizar como bem de capital, deve utilizado no processo produtivo da empresa,

já que necessário ao exercício da atividade econômica exercida pelo empresário. Consta-se, ainda, que o bem, para tal categorização, há de se encontrar na posse da recuperanda, porquanto, como visto, utilizado em seu processo produtivo. Do contrário, aliás, afigurar-se-ia de todo impróprio — e na lei não há dizeres inúteis — falar em “retenção” ou “proibição de retirada”. Por fim, ainda para efeito de identificação do “bem de capital” referido no preceito legal, não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária. Isso porque, ao final do *stay period*, o bem deverá ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário.

3. A partir da própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem incorpóreo e fungível, por excelência –, não há como compreendê-lo como bem de capital, utilizado materialmente no processo produtivo da empresa.

4. Por meio da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (em que se transfere a propriedade resolúvel do direito creditício, representado, no último caso, pelo título – bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza), o devedor fiduciante, a partir da contratação, cede “seus recebíveis” à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, poderá apoderar-se diretamente do crédito ou receber o correlato pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante). Nesse contexto, como se constata, o crédito, cedido fiduciariamente, nem sequer se encontra na posse da recuperanda, afigurando-se de todo imprópria a intervenção judicial para esse propósito (liberação da trava bancária).

5. A exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do *stay period*, encontrar-se-ia absolutamente frustrada, caso se pudesse conceber o crédito, cedido fiduciariamente, como sendo “bem de capital”. Isso porque a utilização do crédito garantido fiduciariamente, independentemente da finalidade (angariar fundos, pagamento de despesas, pagamento de credores submetidos ou não à recuperação judicial, etc), além de desvirtuar a própria finalidade dos “bens de capital”, fulmina por completo a própria garantia fiduciária, chancelando, em última análise, a burla ao comando legal que, de

modo expresso, exclui o credor, titular da propriedade fiduciária, dos efeitos da recuperação judicial.

6. Para efeito de aplicação do § 3º do art. 49, “bem de capital”, ali referido, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do *stay period*.

6.1 A partir de tal conceituação, pode-se concluir, *in casu*, não se estar diante de bem de capital, circunstância que, por expressa disposição legal, não autoriza o Juízo da recuperação judicial obstar que o credor fiduciário satisfaça seu crédito diretamente com os devedores da recuperanda, no caso, por meio da denominada trava bancária.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 1º.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Itaú Unibanco S.A. interpõe recurso especial, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Extrai-se dos autos que, após o deferimento do processamento de sua recuperação judicial, Régia Comércio de Informática Ltda. (Primetek) requereu, “ante a comprovada essencialidade dos recebíveis da recuperanda, observando o princípio da preservação da empresa, disposto no art. 47 da Lei n. 11.101/05, sejam os bancos Bradesco, Itaú, Banco do Brasil e Santander oficiados para que promovam imediatamente os desbloqueio e liberação/restituição dos valores retidos nas contas bancárias da recuperanda, sob pena de multa diária não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como para que se abstenham de promover futuros bloqueios nas respectivas contas bancárias” (e-STJ, fl. 77).

Alternativamente, Régia Comércio de Informática Ltda. (Primetek), “ante a necessidade de liberação das travas bancárias em observância ao princípio da preservação da empresa, requereu que durante o *stay period* (suspensão de 180 dias do § 4º, do art. 6º, da Lei n. 11.101/05) os bancos sejam impedidos de bloquearem ou reterem valores nas contas, bem como sejam compelidos a liberarem o acesso às contas bancárias, de modo que a recuperanda tenha meios eficazes de utilização dos seus recebíveis (saldos em conta corrente)” (e-STJ, fl. 77).

Para tanto, o pedido foi fundamentado na essencialidade de seus recebíveis, *sustentando que são bens de capital essenciais, o que torna impossibilitados os correlatos bloqueios durante o prazo de suspensão de 180 (cento e oitenta dias) de que trata o art. 6º, § 4º, c/c o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005*. Destaca-se, de sua razões, a linha argumentativa tecida pela recuperada:

Conforme dispõe o art. 49, § 3º, parte final, da Lei n. 11.101/05, durante o prazo de suspensão a que se refere o art. 6º, § 4º, da mesma lei, não será admitida a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essencial, *in verbis*:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, *não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda*

ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Contudo, ainda que não fosse o caso, de se ressaltar que a recuperação judicial encontra alicerce no princípio da preservação da empresa, disposto no art. 47, da Lei n. 11.101/05, de modo que, mesmo se tratando de garantia fiduciária, quando o bloqueio da trava bancária recai sobre recebíveis da empresa, a preservação da empresa deve se sobrepôr sobre o direito do credor fiduciário, a fim de que se garanta a manutenção da fonte produtora e dos empregos de milhares de trabalhadores diretos e indiretos (e-STJ, fls. 57 e 60-61).

O Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Goiânia deferiu, em parte, os pedidos apresentados pela requerente “para determinar aos Bancos Bradesco S.A. e Itaú - Unibanco S.A., que providenciem, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a restituição/liberação dos valores retidos nas contas bancárias da sociedade empresária Régia Comércio de Informática Ltda. - Primetek (em recuperação judicial), a partir da data do ajuizamento da presente recuperação judicial (03/08/2016), sob pena de bloqueio judicial dos valores indicados (Bacen/Jud), da seguinte forma:

[...]

b) o Banco Itaú., providenciar a liberação de 40% (quarenta por cento) dos valores bloqueados referentes à Cédula de Crédito Bancário número 72993893-6, haja vista a necessidade da recuperanda em manter seu fluxo de caixa para continuidade de suas atividades com objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira, permitindo 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, conforme prelaçiona o artigo 47, da Lei n. 11.101/2005.

Determino, ainda que as referidas instituições financeiras se abstenham de efetuar futuros bloqueios de numerários nas contas da empresa requerente, referente às operações advindas das mencionadas Cédulas de Créditos Bancários, nas proporções acima especificadas, assim como liberem o imediato acesso da requerente a suas contas bancárias, para movimentação. Em caso de descumprimento de quaisquer das providências determinadas, incidirá multa diária no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” - e-STJ, fl. 84

Dos fundamentos assentados no *decisum*, destaca-se o seguinte:

Com efeito, o parágrafo 3º, do artigo 49, da Lei 11.101/05 afasta dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares ‘da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou

promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Nessas hipóteses, prevalecem os respectivos direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o parágrafo 4º, do artigo 6º, da lei de regência, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade.

Compreende-se, contudo, que essa regra não pode ser indiscriminadamente aplicada às garantias conhecidas por 'cessão fiduciária de recebíveis futuros', haja vista que artigo 47, da Lei n. 11.101/2005, estabelece 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".

Portanto, a intenção do legislador foi no sentido de dar fôlego à empresa, para a manutenção de sua atividade e consequente superação da crise, preservando-se com a maior amplitude possível os empregos e os interesses dos credores, para que possa cumprir a sua função social com estímulo da atividade econômica, para geração e circulação de riquezas (e-STJ, fls. 81-82)

Em contrariedade ao *decisum*, Itaú Unibanco S.A. interpôs agravo de instrumento, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, sob o fundamento de que, ante a essencialidade dos valores ao funcionamento da empresa agravada, a utilização do mecanismo de trava bancária pela instituição financeira pode, de fato, constituir grave entrave ao êxito da recuperação judicial, razão pela qual manteve a liberação de 40% dos valores bancários referentes à Cédula de Crédito Bancário n. 72993893-6.

O aresto ficou assim ementado:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Trava bancária. Liberação. Princípio da preservação da empresa. Intelicção do art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

1. Via de regra, a recuperação judicial alcança todos os créditos existentes ao tempo do pedido, ainda que não vencidos (Art. 49, *caput*, Lei n. 11.101/05). A norma prevê, contudo, algumas exceções, tais como o credor extraconcursal (LFRE, art. 67), o credor fiduciário, o arrendador mercantil e o negociante de imóvel cujo contrato contenha cláusula de inalienabilidade (LFRE, art. 49, § 3º).

2. Em que pese a existência de entendimentos no sentido de que a cessão fiduciária de direitos sobre títulos de crédito possui natureza de propriedade fiduciária e, assim sendo, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, esta

Corte de Justiça leva em conta a moderna concepção do direito falimentar, cuja característica e preocupação predominante é a preservação da empresa, *autorizando-se a liberação da trava bancária, haja vista que a sua utilização pela instituição financeira pode constituir entrave ao êxito da recuperação da empresa, ocasionando a ela risco de dano reverso irreparável ou de difícil reparação.*

Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Decisão mantida (e-STJ, fl.).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados, ante o caráter infringencial impresso ao recurso, tendo o acórdão embargado reiterado o entendimento de que “o restabelecimento da trava bancária pode obstaculizar a recuperação da empresa, que necessita de importe financeiro para se reerguer no mercado” (e-STJ, fl. 482).

Nas razões do presente recurso especial, Itaú Unibanco S. A. aponta violação dos arts. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005; 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/1965; e 18, *caput*, da Lei n. 9.514/1997; bem como dissenso jurisprudencial (e-STJ, fls. 491-499).

Sustenta, em suma, que o crédito oriundo de cessão fiduciária de recebíveis é extraconcursal, não podendo ser submetido aos efeitos da recuperação judicial ou qualquer outro óbice que impeça o exercício do direito, por não se tratar de bem de capital. Assevera, no ponto, que, a partir da transferência da posse direta e indireta dos bens — nesse caso, recebíveis da empresa —, é possível afirmar que o crédito nem sequer se encontra na esfera patrimonial da empresa cedente, tudo a evidenciar que não se trata de bem de capital. Ressalta, assim, que o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, ao prever exceção para remoção de bens da empresa durante o *stay period*, o faz exclusivamente para os chamados bens de capital, o que não é o caso dos autos.

Defende, por fim, que a lei regente da matéria expressamente autoriza a propriedade fiduciária sobre direito creditório e, no caso de inadimplemento, garante a transferência imediata da posse e titularidade dos créditos cedidos, prerrogativas legais totalmente frustradas pelo *decisum* ora impugnado.

A parte adversa apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 536-552).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se, no bojo da recuperação judicial,

afigura-se possível e lícito ao correlato Juízo — a pretexto da essencialidade dos créditos (recebíveis) cedidos fiduciariamente ao Banco Itaú, em garantia ao empréstimo tomado pela recuperanda Régia Comércio de Informática (representado pela Cédula de Crédito Bancário n. 72993893-6) — determinar o sobrestamento, ainda que parcial, da chamada “trava bancária”.

Debate-se, assim, se o referido crédito fiduciário, a despeito de não se submeter aos efeitos da recuperação judicial por expressa disposição legal, poderia ser retido pelo juízo recuperacional, por reputar que o aludido bem é essencial ao funcionamento da empresa, compreendendo-se, reflexamente, que se trataria de bem de capital, na dicção do § 3º, *in fine*, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

Ressalto a relevância do enfrentamento da presente questão, especialmente em razão do recente posicionamento perfilhado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência n. 153.473/PR, que considerou: *i*) competir ao Juízo em que se processa a recuperação judicial, com exclusão de qualquer outro, decidir sobre a natureza extraconcursal de um bem, assim como sobre a sua essencialidade para o funcionamento da empresa recuperanda, para efeito de aplicação do § 3º, *in fine*, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005; e *ii*) ser inviável a deliberação, pelo STJ, na estreita via do conflito de competência, acerca da natureza do bem — se de capital ou não —, a fim de viabilizar (ou não) sua retenção durante o *stay period*, o que somente se afiguraria possível na via do recurso especial

O julgado, a propósito, recebeu a seguinte ementa:

Conflito de competência. Recuperação judicial. Cédula de produto rural. Cessão fiduciária. Juízo acerca da essencialidade do bem para a atividade empresarial.

1. Há absoluta convergência, entre doutrina e jurisprudência, que, em conformidade com o princípio da preservação da empresa, o juízo de valor acerca da essencialidade ou não de algum bem ao funcionamento da sociedade cumpre ser realizado pelo Juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação do patrimônio da recuperanda, o que tem o condão, inclusive, de impedir a retirada de bens essenciais, ainda que garantidos por alienação fiduciária, da posse da sociedade em recuperação (art. 49, § 3º, da LRF).

2. É inviável, na estreita sede do conflito de competência, a deliberação acerca da natureza extraconcursal do crédito, o que é da estrita competência do Juízo da recuperação, a partir daí cabendo, se for o caso, os recursos pertinentes.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Cível de Sertanópolis/PR.

(CC 153.473/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 26/06/2018)

Na oportunidade, relembro, aderi ao voto da então Relatora, Ministra Isabel Gallotti, secundado pela Ministra Nancy Andrighi, em que teci a consideração de que a avaliação quanto à essencialidade de determinado bem de capital ao desenvolvimento da atividade empresarial — absolutamente pertinente ao Juízo da Recuperação Judicial, o qual detém todas as informações relacionadas à real situação econômico-financeira da recuperanda — não abrange a *competência/atribuição* para definir o que pode ou não ser categorizado como bem de capital, como se essa análise dependesse de aspectos subjetivos ou mesmo casuísticos. Ressaltei, aliás, que o juízo de essencialidade em nada repercute na categorização de determinado bem como sendo de capital, porquanto há de ser objetiva a conceituação de bem de capital, referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, inclusive como delimitador da competência do Juízo da recuperação judicial.

Com a ressalva desse entendimento, prevaleceu, como adiantado, competir ao Juízo recuperacional decidir sobre a natureza extraconcursal de um bem, assim como sobre a sua essencialidade para o funcionamento da empresa recuperanda, ainda que garantido por alienação fiduciária, para efeito de aplicação do § 3º, *in fine*, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, sendo que o exame do acerto dessa decisão, pelo STJ, somente poderia ser efetuado por ocasião do recurso especial. Em respeito ao colegiado, naturalmente, o posicionamento acima destacado há de ser detidamente observado.

O presente recurso especial, como se constata, reúne exatamente as premissas assentadas no voto vencedor, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, para que o Superior Tribunal de Justiça possa, finalmente, analisar o mérito da decisão proferida pelo Juízo da recuperação judicial que entendeu por bem reter o crédito representado na cédula de crédito bancária cedida fiduciariamente, a despeito de não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, por reputar que o aludido bem é essencial ao funcionamento da empresa, compreendendo-se, reflexamente, que se trataria de bem de capital, na dicção do § 3º, *in fine*, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

Passa-se, assim, a sopesar o acerto dessa decisão proferida pelo Juízo recuperacional, ratificada pelo Tribunal de origem.

De plano, assinala-se que, em interpretação à extensão do art. 49, § 3º da LRF, encontra-se absolutamente sedimentada no âmbito das Turmas que compõem esta Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, como de títulos de crédito (*caso dos autos*), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

Tal regramento é atenuado apenas e tão somente em relação aos *bens de capital*, objeto de alienação fiduciária, que se afigurem essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial da recuperanda, caso em que não será dado ao credor fiduciário, de imediato, vendê-los ou retirá-los do estabelecimento do devedor, enquanto vigente o prazo de suspensão, previsto no § 4º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005.

De acordo com a parte final do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, afigura-se possível ao Juízo recuperacional, em atenção ao princípio da preservação da empresa, impor restrições temporárias ao proprietário fiduciário em relação a *bem de capital* que se revele indispensável à manutenção do desenvolvimento da atividade econômica exercida pela empresa recuperanda, bem como ao seu próprio soerguimento financeiro.

A dicção do preceito legal é direta e clara nesse sentido:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º *Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.*

De seu teor extrai-se a compreensão de que, se determinado bem, alienado fiduciariamente, não puder ser classificado como “bem de capital”, ao Juízo da

recuperação não é dado fazer nenhuma inferência quanto à sua essencialidade, pois o correlato credor fiduciário, além de não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, não poderá ser impedido de vendê-lo ou de retirá-lo da posse da recuperanda, inclusive durante o *stay period*.

O dispositivo legal em referência é expresso nesse sentido.

A avaliação quanto à essencialidade de determinado bem de capital, objeto de garantia fiduciária, ao desenvolvimento da atividade empresarial — absolutamente pertinente ao Juízo da recuperação judicial, o qual detém todas informações relacionadas à real situação econômico-financeira da recuperanda — mostra-se indispensável ao soerguimento da empresa empresa, indiscutivelmente.

Porém, esta análise recai unicamente sobre *bem de capital*, objeto de garantia fiduciária. Em não se tratando de bem de capital, o bem cedido ou alienado fiduciariamente não pode ficar retido na posse da empresa em recuperação judicial, afigurando-se, para esse efeito, absolutamente descabido qualquer juízo de essencialidade.

Como se vê, a caracterização do bem, dado em garantia fiduciária, como “bem de capital”, constitui questão pressuposta ao subsequente juízo de essencialidade, a fim de mantê-lo na posse da empresa recuperanda.

A confirmar essa relação de pressuposição, revela-se, pois, absolutamente possível estar-se diante de um bem de capital, dado em garantia fiduciária, que, segundo o convencimento do Juízo da recuperação, não se mostre essencial ao desenvolvimento da atividade empresarial, a permitir a sua retirada ou venda pelo credor fiduciário, ainda que durante o período de suspensão.

Nesse sentido, merece destaque precedente oriundo da Segunda Seção do STJ:

Processual Civil. Conflito positivo de competência. Recuperação judicial. Contratos de compra e venda de açúcar para exportação. Garantia fiduciária sobre imóveis rurais. Execução. Crédito excluído do plano de recuperação. Art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005.

1. *Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária.*

2. *Hipótese em que os imóveis rurais sobre os quais recai a garantia não são utilizados como sede da unidade produtiva, não se tratando de bens de capital imprescindíveis à atividade empresarial das devedoras em recuperação judicial, tanto que destinados à venda no plano de recuperação aprovado.*

3. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo para prosseguimento da execução.

(CC 131.656/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08/10/2014, DJe 20/10/2014)

Portanto, levando-se em conta que a qualificação como “bem de capital” é indispensável para que o Juízo recuperacional possa aferir a sua essencialidade, parece-me, não apenas conveniente, mas absolutamente adequado e necessário que o Superior Tribunal de Justiça esclareça a abrangência do termo “bem de capital”.

Sem o específico enfrentamento que ora se propõe (conforme a matéria devolvida no presente recurso especial), assinala-se que esta Corte de Justiça possui julgados em que se reconheceu que o crédito cedido fiduciariamente (trava bancária), por não se constituir em bem de capital, não poderia ficar retido na posse da recuperanda.

A propósito, destacam-se:

Agravo interno. Recurso especial. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária de créditos. Trava bancária. Liberação. Descabimento. Julgados desta Corte Superior.

1. *Controvérsia acerca de decisão do juízo de origem que liberou, em favor das empresas recuperandas, trava bancária oriunda de contratos garantidos por cessão fiduciária de crédito.*

2. “Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial” (art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, sem grifos no original).

3. *Possibilidade de o juízo impor restrições temporárias à propriedade fiduciária de bens de capital, para mantê-los na posse do devedor, em atenção ao princípio da preservação da empresa, conforme previsto no dispositivo legal supracitado.*

4. *Impossibilidade, contudo, de se impor restrições à propriedade fiduciária de crédito, por não se tratar de bem de capital, segundo entendimento desta Corte Superior.*

5. Restabelecimento da trava bancária, na espécie.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.475.258/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 20/03/2017) - sem grifos no original

Agravo interno no agravo em recurso especial. Recuperação judicial. 1. Créditos garantidos por cessão fiduciária de crédito. Não submissão aos efeitos da recuperação judicial. 2. Agravo interno improvido.

1. É iterativa a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o crédito garantido por cessão fiduciária de direito creditório não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005.

1.1. *Conquanto a jurisprudência deste Tribunal entenda pela possibilidade de manter na posse da sociedade empresária em recuperação judicial os bens objeto de mútuo com garantia fiduciária de bens de capital, em hipóteses excepcionais, em observância à necessidade de preservação da empresa, tal medida não se aplica à “propriedade fiduciária de crédito, por não se tratar de bem de capital”, conforme julgado proferido recentemente pela Terceira Turma desta Corte Superior (AgInt no REsp 1.475.258/MS), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.*

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1127032/RJ, desta relatoria, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 02/02/2018) - sem grifos no original.

Para os fins ora perseguidos, há que se inferir, de modo objetivo, a abrangência do termo “bem de capital”, referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, conferindo-se-lhe interpretação sistemática que, a um só tempo, atenda aos ditames da lei de regência e não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o “bem de capital”, que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda.

A essa finalidade, registre-se que a Lei n. 11.101/2005, embora tenha excluído expressamente dos efeitos da recuperação judicial o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens imóveis ou móveis, acentuou que os “bens de capital”, objeto de garantia fiduciária, essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, permaneceriam na posse da recuperanda durante o *stay period*.

Extrai-se de seu teor que o bem, para se caracterizar como bem de capital, precisa ser utilizado no processo produtivo da empresa, já que necessário ao exercício da atividade econômica exercida pelo empresário. Verifica-se, ainda, que o bem, para tal categorização, há de se encontrar na posse da recuperanda,

porquanto, como visto, utilizado em seu processo produtivo. Do contrário, aliás, afigurar-se-ia de todo impróprio — e na lei não há dizeres inúteis — falar em “retenção” ou “proibição de retirada”. Por fim, ainda para efeito de identificação do “bem de capital” referido no preceito legal, não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária. Isso porque, ao final do *stay period*, o bem deverá ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário.

A partir de tais constatações, para efeito de conceituação, perfilho integralmente a compreensão externada pela Ministra Isabel Gallotti, por ocasião do julgamento do CC 153.473/PR, com base em autorizada doutrina e em precedentes destacados do STJ (nos quais, pontualmente, se reconheceu estar-se diante de determinado bem de capital), de que “bem de capital” a que a lei se refere é o bem corpóreo (móvel ou imóvel), utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, e que, naturalmente, se encontre em sua posse.

Elucidativos, nesse sentido, os escólios doutrinários destacados por S. Exa, o quais se pede licença para reproduzi-los:

2.6.6. Credores proprietários e os bens essenciais

De acordo com o art. 52, inc. III, da LREF as ações e execuções dos credores proprietários - aqueles mencionados nos §§ 3º e 4º do art. 49 da LREF (proprietário fiduciário, arrendador mercantil, entre outros) - não se suspendem durante o período de proteção (*stay period*). Mesmo assim, durante o período de proteção, eventual ação visando à retomada do bem fica suspensa se este puder ser enquadrado no conceito de “bem de capital essencial a atividade empresarial” (art. 6º, § 4º c/c 49, § 3º)

Acredita-se que o legislador empregou a expressão “bem de capital” da forma mais ampla possível (art. 49, § 3º da LREF). Logo, os bens de capital do devedor seriam aqueles tangíveis de produção, como prédios, máquinas, equipamentos, ferramentas e veículos, entre outros empregados, direta ou indiretamente, na cadeia produtiva da recuperanda.

Nesses termos, já foram considerados bens essenciais à atividade da empresa os imóveis da sede e da planta industrial recuperanda, bem como veículo (caminhão) utilizado por empresa de transportes e maquinários afeito ao processo produtivo de determinada indústria, entre tantos outros.

De qualquer forma, não basta a mera alegação de que o bem é essencial à recuperação judicial; é indispensável que o devedor comprove ao juiz as características/qualidades técnicas do bem, aquelas que o tornam imprescindível para o exercício da atividade empresária em questão.

874 Segundo a Ciência Econômica, bens de capital são bens utilizados na produção de outros bens, especialmente bens de consumo, embora não sejam diretamente incorporados ao produto final. São bens que atendem a uma necessidade humana de forma indireta, pois são empregados para gerarem aqueles bens que a isso se destinam (estes chamados bens de consumo; alimentos, vestuário, canetas, concertos musicais, veículos de passeio). Porém, é importante lembrar que essas classificações não são estanques, tampouco aceitas universalmente pelos economistas. Alguns consideram bem de capital como sinônimo de bem de produção. Outros consideram bem de produção um conceito mais amplo, que inclui, além dos bens de capital, tudo que é utilidade para a produção de um bem final, abarcando, assim, os bens intermediários e as matérias primas. Além disso, como nenhuma classificação é absoluta, um mesmo bem pode, de acordo com a sua destinação, ser considerado ora como bem de produção, ora como bem de consumo. Lembre-se o feijão, bem de consumo quando for utilizado como alimento, e bem de produção enquanto semente. Da mesma forma o veículo, ora bem de consumo (usualmente classificado como bem de consumo durável ou bem de uso), ora bem de produção (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia - introdução ao Direito Econômico*, 5 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2008, p. 37-38), Por isso, acredita-se que o conceito utilizado no art. 49, § 3º, da LREF deve ser interpretado da forma mais ampla possível, abarcando todo e qualquer bem cuja ausência possa prejudicar o esforço recuperatório do devedor.

(João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, Almedina, São Paulo, 2016, p. 285 a 287)

Por outro lado, pondera o senador Ramez Tebet, no seu parecer: “Como essas obrigações não se sujeitam à recuperação judicial, naturalmente o plano aprovado deverá prever o pagamento desses credores em condições satisfatórias, sob pena de estes exercerem o direito de retirada dos bens e inviabilizarem a empresa”.

(...)

Não obstante isso, urge ser enfatizado que durante o prazo e suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º - ou seja, durante 180 dias contados da data do deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 52) - não se permite a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial (§ 3º, *in fine*, do art. 49).

O Senador Ramez Tebet, no seu parecer, explica:

(...) faculta-se a esses credores a busca e apreensão de bens de sua propriedade que se encontrem em poder do devedor. Essa situação prejudica as chances de empresas que dependam desses bens para a continuação de suas atividades. Tome-se, por exemplo, uma indústria

gráfica que tenha arrendado as máquinas impressoras com as quais trabalha. Se se der direito ao arrendador de retirar essas máquinas durante o período de suspensão que caracteriza o início da recuperação judicial, fica inviabilizado o soerguimento da empresa, pois nenhum plano de recuperação será viável se a empresa não contar nem mesmo com a maquinaria indispensável à sua produção.

Por outro lado, não se pode negar aos credores proprietários o direito de reaver seus bens, sob pena de se comprometer a segurança que caracteriza esses contratos e, assim, reduzir a efetividade de instrumentos que, reconheça-se, têm proporcionado, nas modalidades de crédito com garantia mais segura, como a alienação fiduciária, taxas de juros bastante inferiores à média praticada no mercado.

Do ponto de vista prático, essa conciliação de interesses exige do legislador parcimônia na utilização de remédios extremos. No caso da alienação fiduciária e de outras formas de negócio jurídico em que a propriedade não é do devedor, mas do credor, é preciso sopesar a proteção ao direito de propriedade e a exigência social de proporcionar meios efetivos de recuperação às empresas em dificuldades.

Por isso, propomos uma solução de equilíbrio: não se suspendem as ações relativas aos direitos dos credores proprietários, mas elimina-se a possibilidade de venda ou retirada dos bens durante os 180 dias de suspensão, para que haja tempo hábil para formulação e aprovação do plano de recuperação judicial. Encerrado o período de suspensão, todos os direitos relativos à propriedade são devolvidos ao seu titular.

(Milani, Mário Sérgio, “Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada”, Malheiros, São Paulo, 2011, pp. 215/216, grifo não constante do original)

Evidenciado, pois, que o “bem de capital” há de ser concebido como bem corpóreo (móvel ou imóvel), empregado no processo produtivo da empresa — encontrando-se, por isso, em sua posse —, afasta-se por completo, desse conceito, o crédito cedido fiduciariamente em garantia, como se dá, na hipótese dos autos, em relação à cessão fiduciária de créditos dado em garantia ao empréstimo tomado pela recuperanda Régia Comércio de Informática (representado pela Cédula de Crédito Bancário n. 72993893-6) — (e-STJ, fls. 92-101).

Efetivamente, a partir da própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária — bem incorpóreo e fungível, por excelência —, não há como compreendê-lo como bem de capital, utilizado materialmente no processo produtivo da empresa.

Saliente-se, no ponto, que a constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes.

Por meio da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis *ou de títulos de crédito (em que se transfere a propriedade resolúvel do direito creditício, representado, no último caso, pelo título – bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza)*, o devedor fiduciante, *a partir da contratação*, cede “seus recebíveis” à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, *poderá apoderar-se diretamente do crédito ou receber o correlato pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante)*.

Por consectário, todos os direitos e prerrogativas conferidos ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservada e recuperada, inclusive contra o próprio cedente; o direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente, a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia.

Na hipótese, como visto, em garantia ao empréstimo contraído perante o Banco Itaú, a recuperanda cedeu fiduciariamente ao banco credor seus créditos/recebíveis decorrentes de transações de aquisição de produtos e serviços, fornecidos e prestados a terceiros.

Logo, ao credor titular da posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios (excluído dos efeitos da recuperação judicial, segundo o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005) é dada a possibilidade de opor essa garantia real diretamente aos devedores da recuperanda, ou, naturalmente, à própria recuperanda, caso esta já tenha recebido os créditos (cedidos fiduciariamente).

Nesse contexto, como se constata, o crédito, cedido fiduciariamente, nem sequer se encontra na posse da recuperanda, afigurando-se de todo imprópria a intervenção judicial para esse propósito (liberação da trava bancária).

Com base nas premissas assentadas, verificado que o crédito cedido fiduciariamente não é utilizado materialmente no processo produtivo da empresa em recuperação judicial (já que conceitualmente se trata de bem incorpóreo e fungível), tampouco se encontra na posse da recuperanda, afigura-se peremptória a conclusão de que, de “bem de capital”, não se trata.

Não bastasse tal constatação, suficiente em si para afastar, por completo, a incidência da ressalva constante do § 3º, parte final, do art. 49 da LRF, não se poderia conferir ao termo “bem de capital” interpretação capaz de tornar insubsistente a garantia fiduciária.

Como é de sabença, a propriedade do bem dado em garantia fiduciária, a partir do inadimplemento, consolida-se nas mãos do credor, que não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Todavia, nos termos do que dispõe a parte final do § 3º do art. 49 da LRF, em se tratando de bem de capital, considerado essencial ao desenvolvimento da atividade empresarial da recuperanda, sua retomada, pelo credor fiduciário, é postergada para o fim do período de suspensão.

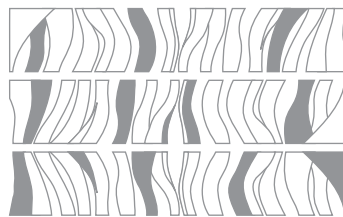
A exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do *stay period*, encontrar-se-ia absolutamente frustrada, caso se pudesse conceber o crédito, cedido fiduciariamente, como sendo “bem de capital”. Isso porque a utilização do crédito garantido fiduciariamente, independentemente da finalidade (angariar fundos, pagamento de despesas, pagamento de credores submetidos ou não à recuperação judicial, etc), além de desvirtuar a própria finalidade dos “bens de capital”, fulmina por completo a própria garantia fiduciária, chancelando, em última análise, a burla ao comando legal que, de modo expresse, exclui o credor, titular da propriedade fiduciária, dos efeitos da recuperação judicial.

De todo o exposto, para efeito de aplicação do § 3º do art. 49, “bem de capital”, ali referido, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do *stay period*.

Em face de tal conceituação, pode-se concluir, *in casu*, não se estar diante de bem de capital, circunstância que, por expressa disposição legal, não autoriza o juízo da recuperação judicial de obstar que o credor fiduciário satisfaça seu crédito diretamente com os devedores da recuperanda, no caso, por meio da denominada trava bancária.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a trava bancária, tal como avençada entre as partes.

É o voto.



Quarta Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 197.916-RJ
(2012/0136676-7)**

Relator: Ministro Raul Araújo

Agravante: Itau Unibanco S.A e outro

Advogados: Rafael Barroso Fontelles - RJ119910

Denise Milani Passos e outro(s) - SP195184

Tiago Francisco da Silva - RJ171075

Agravado: Núcleo de Defesa do Consumidor - NUDECON

Advogados: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Patrícia V Lima C Ferreira - Defensora Pública e outros

EMENTA

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública Estadual. Variados empréstimos consignados contraídos por servidores públicos estaduais e municipais. Direitos disponíveis e heterogêneos. Inadequação da via eleita. Carência de ação. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.

1. Tem-se Ação Civil Pública ajuizada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública Estadual em favor de servidores públicos estaduais e municipais da capital do Estado do Rio de Janeiro, ativos, inativos e pensionistas, da administração pública direta e indireta, que mantêm contratos de abertura de conta-corrente nos bancos réus para receberem sua remuneração mensal e contraem variadas modalidades de empréstimos com amortização mediante retenção das verbas de natureza alimentar depositadas na conta-corrente, o que constituiria cláusula contratual abusiva a ser vedada pelo Judiciário.

2. Mostra-se, assim, correto o v. acórdão estadual ao decretar a carência de ação, por entender que, apesar de se vislumbrar, na hipótese, um grupo determinável de indivíduos, ligados por circunstâncias de fato comuns, já que todos são servidores públicos, ativos, inativos ou pensionistas, e são obrigados a abrir conta-corrente nas instituições

bancárias rés indicadas pelo órgão pagador, para recebimento dos vencimentos, proventos ou pensões e outros benefícios, o direito dessas pessoas não pode ser conceituado como coletivo ou individual homogêneo, pois diz respeito a variadas modalidades de empréstimos e seus interesses, e supostos prejuízos são heterogêneos e disponíveis.

3. Não há como decidir a lide de modo uniforme para todos os correntistas, reconhecendo-se como abusivas as cláusulas dos contratos de empréstimos que autorizem a retenção de vencimentos, proventos ou pensão, pois eventual ilegalidade ou abuso somente poderá ser reconhecida caso a caso.

4. Cabe lembrar que nem todos os contraentes de variados empréstimos têm uma mesma situação financeira, quando, por exemplo: uns percebem elevados rendimentos; outros têm mais de um vencimento, aposentadoria ou pensão; outros, ainda, recebem remuneração de cargo público somada a ganhos privados de outras fontes lícitas, enfim, as situações são heterogêneas e o direito de fazer uso da remuneração é disponível.

5. Nada impede que boa parte dos consumidores tenha interesse em aceitar a forma de amortização de empréstimo pela retenção dos vencimentos, proventos ou pensão depositados em conta-corrente, o que, certamente, assegura ao tomador de empréstimo maior volume de crédito e menores taxas de juros.

6. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial, mantendo-se a extinção da ação civil pública, sem resolução do mérito.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 9.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de agravo interno interposto por *Itaú Unibanco S/A* contra decisão, da lavra do eminente *Ministro Lázaro Guimarães* (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial do *Núcleo de Defesa do Consumidor - NUDECON*, a fim de, reconhecida sua legitimidade ativa e a presença de interesse individual homogêneo, determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento da ação civil pública.

Em suas razões, o agravante sustenta que a decisão agravada simplificou a controvérsia e apresentou fundamentação genérica, sem examinar as circunstâncias expostas pelo Tribunal de origem que revelam a inadequação da via eleita.

Acrescenta que o recurso do agravado era manifestamente inadmissível, por esbarrar nos óbices das Súmulas 7 do STJ e 284 do STF.

No mérito, defende o descabimento da ação coletiva, em razão da ausência de interesse individual homogêneo a ser tutelado, uma vez que a suposta ilegalidade das cláusulas contratuais questionadas não é comum a todo e qualquer consumidor, de modo que quem se sentir prejudicado pelas disposições do contrato deverá ajuizar ação individual.

O agravado apresentou impugnação (e-STJ, fls. 1.063/1.070).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Após exame atento do caso, reputo relevantes as ponderações trazidas por *Itaú Unibanco S/A*.

Na hipótese, o *Núcleo de Defesa do Consumidor - NUDECON*, órgão vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ajuizou ação civil pública em face do *Banco Itaú S/A* e do *Banco Santander S/A*, em favor de servidores públicos estaduais e municipais da capital do Estado do Rio

de Janeiro, ativos, inativos e pensionistas, da administração pública direta e indireta, que mantêm contratos de abertura de conta-corrente nos bancos réus para receberem sua remuneração mensal e contraem variadas modalidades de empréstimos com amortização mediante retenção de verbas de natureza alimentar depositadas na conta-corrente, o que constituiria cláusula contratual abusiva a ser vedada pelo Judiciário.

Formulou, em resumo, os seguintes pedidos: declaração de inoponibilidade ao consumidor de eventual cláusula contratual que autorize a retenção dos vencimentos; condenação dos réus a se absterem de reter verbas de natureza alimentar para pagamento de empréstimos, devendo ser imposto um percentual razoável como limite; condenação dos réus ao pagamento de danos morais aos consumidores, além de dano moral coletivo.

O MM. Juízo da 3ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro proferiu decisão saneadora, na qual afastou as preliminares suscitadas pelos réus, declarando presentes as condições da ação e os pressupostos de existência e validade do processo, bem como indeferiu a produção de prova oral.

Seguiu-se agravo de instrumento interposto por *Banco Itaú S/A* e *Banco Santander S/A*, sustentando que a decisão atacada merecia reforma, devido à falta de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, qual seja o interesse processual, que deveria ensejar a extinção do processo, sem julgamento do mérito. Alegaram o descabimento da ação coletiva ajuizada para suposta defesa dos interesses dos servidores públicos, ativos, inativos e pensionistas, do Estado e do Município, correntistas das instituições financeiras réus, porque o direito se caracterizaria como patrimonial disponível, desprovido de alta relevância ou repercussão social, e a ação civil pública não representaria interesse de um grupo social ou da coletividade.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao agravo de instrumento, para julgar extinta a ação civil pública ajuizada pelo NUDECON, por carência de ação, ante a ausência de interesse individual homogêneo a ser tutelado na via coletiva.

A propósito, confira-se a fundamentação do acórdão recorrido:

Não resta a menor dúvida de que os servidores estaduais e municipais, ativos e inativos, da administração direta e indireta, e os titulares de benefícios previdenciários integram um grupo de pessoas determináveis, que estão ligadas por circunstâncias de fato comuns. Todos, sem exceção, pelo simples fato de serem servidores públicos, são obrigados a abrir conta corrente na instituição bancária

indicada pelo órgão pagador, porque nessa são depositados os vencimentos, proventos ou outros benefícios. Essa a relação jurídica comum subjacente.

Da constatação desse fato, poder-se-ia concluir possível o uso da ação coletiva para tutelar seus direitos. Afinal, porque valioso instrumento de realização de justiça, de contribuição para que essa seja mais célere, que reste o Judiciário desafogado, exonerado do encargo de julgar milhares de processos que debatem igual tese jurídica, sua utilização deve ser mesmo incentivada.

Impõe-se, no entanto, aferir se o direito dessas pessoas que estão ligadas por um fato de origem comum, pode ser conceituado como um direito coletivo, ou ainda como um direito individual homogêneo, como sustenta o agravado.

(...)

Já se viu que os titulares das contas correntes integram categoria de pessoas determináveis, que a relação jurídica subjacente é comum, restando saber se a lesão dos direitos desse grupo decorre de vício resultante dessa relação jurídica comum, daí porque a ação deve ser resolvida uniformemente para todo o grupo, ou se, apesar da existência do liame de fato, seus interesses são divisíveis.

Enfoca-se um dos pedidos do agravado: a declaração de nulidade, portanto a inoponibilidade ao consumidor, de “eventual” cláusula que autorize a retenção dos vencimentos, proventos ou benefícios.

Ora, reconhecido ser abusiva a cláusula do contrato bancário que contenha essa disposição, não há como deixar de se decidir a lide de modo uniforme para todos os correntistas que manifestaram ao mesmo adesão.

Imperioso, contudo, reconhecer que nada obsta que o consumidor, por ato voluntário, aceite facilitar a forma de pagamento de um empréstimo contraído.

Quando o legislador, conferindo proteção ao devedor, reconheceu impenhorável o salário, ante sua natureza alimentar, não o proibiu de, por ato voluntário, dispor do mesmo, desde que comprovada a vantagem para si próprio. A norma é protetiva, mas não é possível esquecer que o direito é patrimonial e disponível. Igual razão levou o legislador a proteger o bem de família, o que não impede que o devedor indique o imóvel de sua residência para sofrer a constrição, desde que daí não resulte prejuízo para sua família.

(...)

Daí se pode constatar que o reconhecimento da abusividade da cláusula que autoriza a retenção dos vencimentos está a depender do exame da situação fática concreta, não se podendo reconhecer, em princípio, nulas as cláusulas de todos os contratos de empréstimo celebrados pelos servidores públicos estaduais, municipais, ativos, inativos e pensionistas. Essa constatação é suficiente para que se afirme não haver direito coletivo a ser tutelado, no caso.

Haveria, então, como sustenta o agravado, interesses individuais homogêneos?

Temos também que não.

Para que direitos individuais homogêneos fossem reconhecidos, imperiosa seria a demonstração de que essas pessoas determináveis, que integram a mesma categoria, compartilhassem prejuízos divisíveis de origem comum.

A cláusula contratual que autoriza o desconto em conta corrente bancária não padece de abusividade inerente. Como já referido, pode esse desconto atender os interesses do consumidor, não se verificando, em casos que tais, qualquer desequilíbrio na equação contratual. A abusividade surge quando o desconto se faz de forma ilimitada, quando passa a configurar o que o agravado chamou de 'confisco', sem que seja preservado um mínimo necessário para atender as necessidades do consumidor. Mas, essa é situação que não pode ser tratada com generalidade. Não é possível afirmar que todo correntista que tenha autorizado o banco a efetuar descontos automáticos do saldo de sua conta corrente esteja a sofrer prejuízos. Eventual ilegalidade de cláusula desse teor somente pode ser reconhecida quando se constata que o desconto atinge os vencimentos do devedor, a ponto de impedir seu sustento e de sua família.

A tese do superendividamento exige análise particularizada, observado cada caso, em razão das peculiaridades da situação financeira, pessoal, de cada devedor. O direito assim violado é privado, disponível, impondo a cada lesado a comprovação da extensão da violação a seu direito. Daí ser possível concluir que o direito em discussão não guarda homogeneidade, não tem expressão coletiva, tampouco relevante interesse social, sendo descabido o uso da ação civil pública.

Reconhecida a ausência de interesse individual homogêneo a ser tutelado na via coletiva, não há razão para que se permita o trânsito da ação entelada, o que somente serviria para dispêndio desnecessário de tempo. Urge ceifar o trâmite da ação civil pública, ante sua inadequação, ainda que se reconheça a legitimidade do agravado.

À conta do exposto, o voto é pelo provimento do agravo de instrumento, para, assim, se julgar extinta a ação civil pública, sem exame de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (e-STJ, fls. 518/521)

Mostra-se correto o v. acórdão estadual, ao decretar a carência de ação.

Ainda que o NUDECON, órgão especializado e vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, seja parte legítima para a tutela de direitos coletivos pela via coletiva em abstrato, o caso específico dos autos impede o prosseguimento da ação, em função da heterogeneidade do direito postulado.

Com efeito, apesar de se vislumbrar, na hipótese, um grupo determinável de indivíduos, ligados por circunstâncias de fato comuns, já que todos são servidores públicos, ativos, inativos ou pensionistas, e são obrigados a abrir conta-corrente nas instituições bancárias rés indicadas pela entidade ou órgão

pagador, para recebimento dos vencimentos, proventos ou pensões e outros benefícios, o direito dessas pessoas não pode ser conceituado como coletivo ou individual homogêneo, pois diz respeito a variadas modalidades de empréstimos e decorre de situações financeiras heterogêneas.

Eventual lesão, acaso existente, nesse grupo de indivíduos não é regular e padronizada para todos, ou seja, apesar da existência de circunstâncias de fato comuns, seus interesses e supostos prejuízos são heterogêneos e disponíveis. Diante disso, não há como decidir a lide de modo uniforme para todos os correntistas, reconhecendo-se como abusivas as cláusulas dos contratos de empréstimos que autorizem a retenção de vencimentos, proventos ou pensão, pois eventual ilegalidade ou abuso somente poderá ser reconhecida caso a caso.

Nada impede que boa parte dos consumidores tenha interesse em aceitar a forma de amortização do empréstimo contraído com a retenção dos vencimentos, proventos ou pensão depositados em conta-corrente, o que, certamente, assegura ao tomador de empréstimo maior volume de crédito e menores taxas de juros.

Assim, o reconhecimento da índole abusiva de cláusula que autorize a retenção das verbas de caráter alimentar está a depender do exame da situação fática concreta, não se podendo reconhecer, em princípio, nulas as cláusulas de todos os contratos de empréstimos celebrados pelos servidores públicos estaduais e municipais, ativos, inativos e pensionistas, como se pretende na presente ação coletiva.

A situação não pode, realmente, ser tratada com generalidade, já que não se pode afirmar que todo correntista servidor público, que tenha autorizado o banco a efetuar descontos automáticos do saldo de sua conta-corrente, esteja a sofrer prejuízos. Cabe lembrar que nem todos os contraentes de variados empréstimos têm uma mesma situação financeira, quando, por exemplo: uns percebem elevados rendimentos; outros têm mais de um vencimento, aposentadoria ou pensão; outros, ainda, recebem remuneração de cargo público somada a ganhos privados de outras fontes lícitas. Enfim, as situações são heterogêneas e o direito de fazer uso da remuneração é disponível.

Por esse motivo, é correta a conclusão do acórdão recorrido (e-STJ, fl. 521):

A tese do superendividamento exige análise particularizada, observado cada caso, em razão das peculiaridades da situação financeira, pessoal, de cada devedor. O direito assim violado é privado, disponível, impondo a cada lesado a comprovação da extensão da violação a seu direito.

Daí ser possível concluir que o direito em discussão não guarda homogeneidade, não tem expressão coletiva, tampouco relevante interesse social, sendo descabido o uso da ação civil pública.

Reconhecida a ausência de interesse individual homogêneo a ser tutelado na via coletiva, não há razão para que se permita o trânsito da ação entelada, o que somente serviria para dispêndio desnecessário de tempo. Urge ceifar o trâmite da ação civil pública, ante sua inadequação, ainda que se reconheça a legitimidade do agravado.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial, mantendo a extinção da ação civil pública, sem resolução do mérito.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 439.973-MG (2018/0053668-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relator para o acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Impetrante: Libine Christian Passos Fernandes Tomaz e outro

Advogados: Libine Christian Passos Fernandes Tomaz - MG145174

Maria Aparecida Braga - MG168345

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: A G dos S

EMENTA

Habeas corpus. Direito de Família. Teoria do Adimplemento Substancial. Não incidência. Débito alimentar incontroverso. Súmula n. 309/STJ. Prisão civil. Legitimidade. Pagamento parcial da dívida. Revogação do decreto prisional. Não cabimento. Irrelevância do débito. Exame na via estreita do *writ*. Impossibilidade.

1. A Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos

vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar.

2. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes.

3. O sistema jurídico tem mecanismos por meio dos quais o devedor pode justificar o eventual inadimplemento parcial da obrigação (CPC/2015, art. 528) e, outrossim, pleitear a revisão do valor da prestação alimentar (L. 5.478/1968, art. 15; CC/2002, art. 1.699).

4. A ação de *Habeas Corpus* não é a seara adequada para aferir a relevância do débito alimentar parcialmente adimplido, o que só pode ser realizado a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, procedimentos incompatíveis com a via estreita do remédio constitucional.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira denegando a ordem, divergindo do relator, a Quarta Turma, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto divergente do Ministro Antonio Carlos Ferreira, que lavrará o acórdão. Votaram vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Presidente) os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 4.9.2018

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Libine Christian Passos Fernandes Tomaz e Maria Aparecida

Braga em favor de A. G. dos S., diante da decisão proferida no agravo por instrumento n. 0483697-21.2017.8.13.0000, que indeferiu o efeito suspensivo ativo, figurando no *writ*, como autoridade coatora, o Desembargador Marcelo Rodrigues, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Na origem, o magistrado de piso, em razão do pagamento da quase integralidade do débito exequendo, determinou a expedição imediata do alvará de soltura em favor do executado (fl. 28).

Interposto agravo de instrumento, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento ao recurso e manteve a prisão, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Pagamento parcial do débito alimentar. Revogação da prisão civil. Impossibilidade. Enunciado 309 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Recurso ao qual se dá provimento.

Conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, o pagamento parcial da dívida alimentar não permite a revogação da prisão civil do executado.

(fls. 13-18)

Irresignadas, as impetrantes aduzem que o paciente tem o dever de pagar pensão alimentícia ao menor M. E. dos S. no importe de 35% do salário mínimo, tendo aquele inadimplido com as parcelas referentes aos meses de dezembro de 2015 a junho de 2017, resultando, conforme memorial acostado, no débito de R\$ 4.065,07 (quatro mil e sessenta e cinco reais e sete centavos), sendo que, posteriormente, após comprovação do pagamento, acabou sendo liberado.

Afirmam que “o decreto de prisão é ilegal, visto que se encontram nos cálculos e no pedido indicado para pagamento, e deferido pela Autoridade Coatora valores concernentes a custas e honorários advocatícios”, além de se constatar a ausência de fundamentação do julgado.

Salientam que havia necessidade de produção de provas, tendo o executado efetuado diversos depósitos diretos na conta da genitora dos alimentandos. Todavia, “a Autoridade Coatora foi levada a erro ao acreditar que não houve os devidos pagamentos pelo Agravante que desconsiderou todos os comprovantes anexos nos autos principais”.

Num juízo de prelibação, *indeferiu o pleito liminar* (fls. 39-43), haja vista que o decreto prisional estaria fulcrado nas prestações vencidas e não pagas no curso do processo de execução de alimentos, bem como porque, embora relevante, o

pagamento parcial da pensão alimentícia, conforme jurisprudência da Casa, não poderia eximir a obrigação alimentar nem impedir a decretação da prisão.

Informações prestadas às fls. 53-63.

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

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Prisão civil devedor de alimentos. Ausência de atualidade da dívida. Proposta de acordo. Adimplemento parcial de 95%. Boa-fé objetiva. Ponderação e análise das circunstâncias concretas. Desvirtuamento do instituto da prisão civil. Parecer pela concessão da ordem.

(fls. 65-68)

É o relatório.

2. Na espécie, as impetrantes afirmam que haveria ilegalidade no decreto prisional, haja vista que, nos cálculos do débito, teriam sido incluídos custos e honorários advocatícios, além de que a autoridade coatora teria desconsiderado os comprovantes de diversos depósitos efetivados na conta da genitora do alimentado - que reduziriam substancialmente o valor da dívida -, importando em decisão sem a devida fundamentação.

No entanto, a leitura do acórdão impugnado permite concluir que, além de ter sido efetivamente fundamentado, adentrou sobejamente nos comprovantes do débito, para concluir que não houve a quitação da dívida:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por M. E S. representado pela genitora R E M. contra decisão vista em cópia de f. 49-TJ que, nos autos da ação de execução de alimentos proposta em desfavor de A G S, determinou a expedição de alvará de soltura em favor do executado, ora agravado.

Em minuta recursal de f. 2-5-TJ, complementada à f. 51-54-TJ, o agravante alega que confrontando os comprovantes de depósitos e a planilha apresentada pela Contadoria Judicial o executado foi colocado em liberdade sem adimplir totalmente a obrigação.

Aduz que o pagamento parcial da pensão alimentar não elide o devedor do cumprimento integral da obrigação e tampouco tem o condão de afastar a decretação de prisão civil.

Efeito ativo indeferido à f. 61-TJ.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça à f. 66 e 67-TJ.

É o relatório. Decido.

O enunciado 390 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e o artigo 528, § 7º, do Código de Processo Civil estabelecem a possibilidade da prisão civil do alimentante inadimplente em relação às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Devido ao caráter alimentar das prestações, é a única hipótese em nosso ordenamento jurídico de prisão civil, visando compelir o devedor ao pagamento das parcelas em razão da sua imprescindibilidade.

Assim sendo, por ser medida excepcional, deve-se ter cautela em sua aplicação e certeza do inadimplemento do executado das parcelas devidas.

No caso dos autos, há grande confusão acerca desses pagamentos, visto que o genitor não os efetuou de forma contínua, sendo necessária uma análise pormenorizada dos comprovantes acostados aos autos.

Inicialmente o débito alimentar compreendia os meses de dezembro de 2015, fevereiro e março de 2016 (f. 6 a 8-TJ) totalizando o valor de R\$ 859,47 (oitocentos e cinquenta e nove reais e quarenta e sete centavos).

Em outubro de 2016, o devedor acostou aos autos dois comprovantes de pagamentos, um no valor de R\$ 610,00 (seiscentos e dez reais) feito no dia 4.10.2016 e o outro no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) no dia 1.3.2016, totalizando o montante de R\$ 860,00 (oitocentos e sessenta reais).

Contudo, as parcelas vencidas devidas após março de 2016 não foram pagas, sendo devida a pensão de abril de 2016 a abril de 2017 no valor de R\$ 4.065,07 (quatro mil e sessenta e cinco reais e sete centavos), motivo pelo qual foi decretada a prisão civil do executado em maio de 2017.

Depois de cumprido o mandado de prisão, no mesmo mês de sua expedição, o agravado juntou aos autos comprovantes dos seguintes pagamentos:

Ano	Mês	Valor Pago
2016	Janeiro	RS 250,00
2016	Abril	RS 250,00
2016	Junho	RS 250,00
2016	Julho	RS 250,00
2016	Agosto	RS 250,00
2016	Outubro	RS 250,00
2016	Dezembro	RS 200,00
2017	Maio	RS 903,09
		Total R\$ 3.463,06

Conclui-se que as prestações não foram integralmente pagas, restando o pagamento do montante de R\$ 1.410,06 (mil quatrocentos e dez reais e seis centavos).

Não obstante, o pagamento parcial das parcelas vencidas no curso do processo não permite a revogação do decreto prisional, conforme se extrai do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

[...]

Assim sendo, não se verifica nos autos o pagamento integral do débito alimentar que ensejou a prisão do devedor razão pelo qual não deveria ter sido expedido o alvará de soltura do executado.

Importante ressaltar que a execução de alimentos sob o rito da prisão civil compreende as últimas parcelas vencidas à data do ajuizamento da ação, além de todas as que se vencerem ao curso do processo, o pagamento das três últimas parcelas anteriores à decretação da prisão não deve ocorrer, pois é premiar e incentivar a ma-fé do executado, que se esquivava de sua obrigação alimentar.

Todavia, embora seja autorizada a prisão do paciente observa-se no caso específico dos autos que o devedor dos aumentos não possui emprego.

Assim, o cumprimento da prisão civil pelo prazo de 45 dias em regime fechado poderá prejudicar na busca por emprego do agravado, reduzindo as possibilidades do pagamento da pensão alimentícia.

Ora, admitir a prisão em regime fechado equivale à perpetuação da dívida, submetendo ambas as partes - alimentante e alimentado - a uma situação desastrosa na busca do cumprimento da obrigação alimentar.

Portanto, prudente que o cumprimento da prisão seja no regime semiaberto.

Por fim, acerca da fixação de honorários advocatícios, assiste razão à agravante.

Considerando-se o disposto no artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil, deveria o magistrado ter se pronunciado sobre o valor devido à título de honorários advocatícios ao advogado da recorrente, observando os critérios do referido artigo, posto o esforço empregado por esse no curso da demanda.

Assim sendo, determino que o magistrado fixe os honorários devidos ao patrono da agravante.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de modo que a prisão civil seja cumprida, a partir desta data, em regime semiaberto, pelo prazo residual da sanção imposta, inicialmente fixado em 45 dias, ou até o pagamento integral do débito alimentar, o que suceder primeiro. Determino, ainda, que o juiz fixe os honorários advocatícios do patrono da parte agravante.

No caso dos autos, tratando-se de prisão civil de devedor de alimentos a locução “regime semiaberto” indica tão somente o regime da pena privativa de liberdade a que está submetido o devedor de alimentos no cumprimento da sanção aplicada. Vale dizer, o paciente deverá pernoitar na unidade prisional, mas poderá ser liberado no período diurno para procurar uma oportunidade de emprego ou efetivamente trabalhar, observada as restrições indicadas nas alíneas abaixo:

Determino seja oficiado ao juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto a fim de imediatamente cumprir, fazer cumprir e observar o seguinte, sob as penas da lei:

- a) liberar o paciente nos períodos diurnos (das 7h às 18h) para trabalhar, devendo ser recolhido na unidade prisional nos períodos noturnos;
- b) nos dias não úteis (sábados, domingos e feriados), o agravado deverá permanecer recolhido na unidade prisional durante todo o tempo, dia e noite;
- c) comunicar com urgência aos: 1) Diretor do Presídio e 2) Juízo local, sobre a forma de cumprimento da prisão, fazendo constar das comunicações as condições especificadas na alíneas a e b, acima referidas.

Ora, como sabido, a cognição judicial no âmbito do *habeas corpus* “jamais desce à planície valorativa do *error in iudicando*, da injustiça do ato e da valoração da prova. Assim, ‘por se tratar de questão controvertida, a capacidade ou incapacidade econômica de prestar alimentos’ se mostra inviável na via estreita do *habeas corpus*” (Assis, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, fl. 198).

De fato, é certo que o remédio heróico não comporta dilação probatória, somente admitindo provas pré-constituídas.

Na hipótese, não se mostra possível, diante da documentação dos autos, concluir-se que, nos cálculos do débito e do pedido indicado para pagamento, estariam embutidos as custas e os honorários advocatícios, e muito menos que a autoridade coatora teria deixado de considerar todos os comprovantes de pagamento anexos nos autos principais.

Dessarte, as alegações do *writ* não comportam acolhida, já que demandariam dilação probatória, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Prisão civil. Pensão alimentícia. Execução. Inclusão de honorários advocatícios. Valor constante no mandado prisional a desconsiderar decisão transitada em julgado que revisou o valor da prestação.

1. Não se presta o presente *writ* à análise de questões que dependam de dilação probatória, incluindo-se aí a verificação da capacidade financeira do alimentante.

2. Inadmissível que se incluam, sob o procedimento pelo qual há a ameaça de constrição à liberdade do devedor de alimentos, disciplinado no art. 733 do CPC, verbas estranhas à pensão alimentícia objeto de cobrança, como as custas processuais e os honorários de advogado, crédito para o qual o sistema legal prevê instrumentos próprios de realização que não o violento expediente da prisão civil por dívida.

3. “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo” - Enunciado n. 309/STJ.

4. *Ordem parcialmente concedida.*

(HC 224.769/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 17/02/2012)

Habeas corpus. Alimentos. Prisão civil. Débito atual. Capacidade financeira. O habeas corpus não constitui via hábil à análise de fatos complexos dependentes de dilação probatória. Súmula 309-STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”. Agravo desprovido

(AgRg no HC 110.727/BA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 01/09/2008)

3. No entanto, há nos autos, a meu juízo, fato relevante que autoriza a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*, notadamente a existência de adimplemento substancial do débito alimentar.

Como sabido, a teoria do inadimplemento mínimo tem como finalidade impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença quando viável e for de interesse dos contraentes. Ou, como aduz Jones Figueiredo Alves, “o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante” (*Adimplemento Substancial como Elemento Decisivo à Preservação do Contrato*. In. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, n. 240, Janeiro de 2007).

A teoria, apesar de não ter sido expressamente positivada, tem seu substrato de incidência nos princípios, tais como a função social do contrato, a equivalência das obrigações, a vedação ao abuso, a eticidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e, principalmente, a boa-fé objetiva.

Em suma, sua ocorrência se verifica quando há, diante de uma relação obrigacional, um substancial adimplemento por parte do devedor, restando parcela mínima irrelevante dentro do contexto geral, não havendo falar, por conseguinte, em perdão da dívida ou extinção da relação pecuniária, haja vista que o inadimplente deverá continuar suportando as consequências de sua inadimplência, só que na exata medida de sua falta.

Dessarte, a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que o desfazimento do contrato não responda satisfatoriamente a esses princípios.

Essa é a essência da doutrina do adimplemento substancial do contrato. Nesse sentido, já decidiu o STJ:

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação.

Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. *O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.*

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

Direito Civil. Contrato de arrendamento mercantil para aquisição de veículo (*leasing*). Pagamento de trinta e uma das trinta e seis parcelas devidas. Resolução do contrato. Ação de reintegração de posse. Descabimento. Medidas desproporcionais diante do débito remanescente. Aplicação da teoria do adimplemento substancial.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual “[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

2. *Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.*

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a

ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.051.270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

Mais recentemente, a Segunda Seção do STJ revisitou o tema e afastou sua incidência no que toca especificamente à alienação fiduciária em garantia:

Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento de veículo, com alienação fiduciária em garantia regido pelo Decreto-Lei 911/69. Incontrovertido inadimplemento das quatro últimas parcelas (de um total de 48). Extinção da ação de busca e apreensão (ou determinação para aditamento da inicial, para transmudá-la em ação executiva ou de cobrança), a pretexto da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Descabimento. 1. Absoluta incompatibilidade da citada teoria com os termos da lei especial de regência. Reconhecimento. 2. Remanipulação do bem ao devedor condicionada ao pagamento da integralidade da dívida, assim compreendida como os débitos vencidos, vincendos e encargos apresentados pelo credor, conforme entendimento consolidado da Segunda Seção, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (REsp n. 1.418.593/MS). 3. Interesse de agir evidenciado, com a utilização da via judicial eleita pela lei de regência como sendo a mais idônea e eficaz para o propósito de compelir o devedor a cumprir com a sua obrigação (agora, por ele reputada ínfima), sob pena de consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário. 4. Desvirtuamento da teoria do adimplemento substancial, considerada a sua finalidade e a boa-fé dos contratantes, a ensejar o enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária. Verificação. 5. Recurso especial provido.

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (*ut* Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10.931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado REsp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial. 3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como

objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1.622.555/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017)

4. Diante disso, resta definir sobre a possibilidade da incidência da teoria da *substantial performance* no âmbito do direito das famílias, mais precisamente no que toca à dívida de alimentos e especialmente diante da técnica executiva da prisão civil.

Isso porque, como sabido, o débito de natureza alimentar é distinto e o reconhecimento de seu requinte está na previsão constitucional conferida à espécie, decorrendo diretamente do princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF/1988).

De fato, os alimentos, numa visão menos tradicional e mais constitucionalizada, referem-se a todos os meios e valores imprescindíveis para que o ser humano se desenvolva de forma digna.

Portanto, como consequência da especialidade e relevância conferida aos alimentos, o ordenamento jurídico estabeleceu modalidade diferenciada de execução ao crédito derivado da obrigação de prestá-los, com possibilidade de atos de coação pessoal do devedor inadimplente, com fundamento na própria Carta da República: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável

pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (art. 5º, LXVII).

É que o legislador constituinte, em relação à obrigação alimentar, no conflito entre os valores “vida”, “dignidade da pessoa humana”, “integridade física” e “assistência familiar” do alimentando e “liberdade” do alimentante, deu preponderância aos primeiros, ou seja, “o nosso legislador constitucional, entre a sobrevivência e a liberdade individual, curialmente, deu preferência àquele” (GOMES, Luiz Flávio. *Prisão civil por dívida alimentar*. Revista dos Tribunais. RT 582/9, abr./1984).

Assim, no tocante especificamente ao inadimplemento da obrigação alimentícia, somente haverá falar em prisão civil quando for decorrente de conduta “voluntária e inescusável” do devedor, restringindo-se ainda mais o campo da medida extrema e excepcional de coerção pessoal, em *ultima ratio*, sendo empregada apenas em casos de derradeira contumácia e obstinação do devedor que, embora possua condições para saldar a dívida, se vale de todos os meios para protelar o seu pagamento.

5. Nessa ordem de ideias, penso ser possível, de forma extremamente excepcional, o reconhecimento do adimplemento substancial na execução de alimentos, em caso do rito procedimental da prisão do devedor.

De plano, importante assentar que o novo Código Civil trouxe as diretrizes da “socialidade”, trazendo cunho de humanização do Direito e de vivência social, da “eticidade”, na busca de solução mais justa e equitativa, e da “operabilidade”, alcançando o Direito em sua concretude.

Realmente, é pela lente das cláusulas gerais, previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil, notadamente da boa-fé objetiva, da função social, da vedação ao abuso do direito e da dignidade humana, que deverá ser dirimida a presente questão, deixando o foco de ser a resolução contratual, na qual a tese já é amplamente reconhecida, para se concentrar na possibilidade de se afastar a prisão civil do executado quando houver cumprimento de parcela extremamente significativa de sua obrigação.

Nesse passo, no tocante à incidência da boa-fé objetiva nas relações de família, Anderson Schreiber destaca que:

A segunda situação frequentemente inserida sob o signo da “boa-fé objetiva em relações de família” é aquela em que, embora aplicando-se efetivamente a boa-fé em seu sentido objetivo, não se está diante de uma relação de família

propriamente dita, mas tão somente de uma relação negocial situada em um contexto de direito de família.

[...] a relação que se examina tem natureza obrigacional, patrimonial, não restando dúvida quanto à aplicabilidade da boa-fé objetiva, como é natural a um conceito concebido e aperfeiçoado no direito das obrigações. O contexto do direito de família, embora possa interferir na decisão do conflito concreto, não afasta, certamente, a incidência da cláusula geral em virtude da própria natureza da controvérsia.

[...] o aspecto patrimonial é intensamente funcionalizado a um componente existencial – a subsistência do alimentando –, mas a aplicação da boa-fé objetiva vem admitida com certa tranquilidade diante da própria estrutura prestacional do dever de alimentos.

(Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 326)

O novo CPC, por sua vez, também passou a apontar, de forma expressa, o princípio da boa-fé como norma de conduta (art. 5º), cláusula geral processual, apesar de já ser admitida antes, em exegese advinda de outros princípios constitucionais.

No ponto, aliás, Fredie Didier Jr. reconhece ser plenamente possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial no âmbito do direito processual, *verbis*:

Resta saber se a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada no âmbito do direito processual.

Pensamos que sim.

[...]

É possível, porém, aplicar essa teoria em situações *atípicas*, a partir de uma concretização do princípio da boa-fé processual pelo órgão julgador.

Vejamos alguns exemplos, que, não obstante sem exaurir a casuística, podem iluminar a identificação de outras situações semelhantes.

*Sabe-se que a afirmação do **inadimplemento** é um dos pressupostos para a instauração do procedimento executivo (art. 580 do CPC). Constatado o **inadimplemento mínimo**, pode o órgão jurisdicional recusar a tomada de medidas executivas mais drásticas, como a busca e apreensão do bem, por exemplo.*

[...]

Em sentido semelhante, já se impediu a decretação de falência, em razão da pequena monta da dívida. O entendimento jurisprudencial repercutiu na nova lei de falências (art. 94, I, Lei n. 11.101/2005).

[...]

Certamente há outras situações em que essa teoria pode ser aplicada ao processo.

(Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 34, n. 176, p. 335-340, out. 2009)

Diante dessa conjectura, apenas quando a prestação alimentar for suficientemente satisfatória e a parcela mínima faltante for irrelevante dentro do contexto geral, alcançando resultado tão próximo do almejado, é que o aprisionamento poderá ser tido como extremamente gravoso em face de tão insignificante inadimplemento.

O reconhecimento da *substancial performance* não significará, por óbvio, a extinção do vínculo obrigacional, pois o executado continuará com o dever de pagamento integral da dívida alimentar, afastando-se tão somente a técnica executiva da prisão civil do devedor, já que, como sabido, se trata de medida de índole coercitiva e não punitiva.

Afasta-se, desta feita, o eventual exercício abusivo do direito pelo credor - a restrição da liberdade individual do devedor de alimentos -, diante do descumprimento de uma ínfima parcela pelo executado, quando ainda existirem outros meios mais adequados e eficientes para pôr fim à contenda.

É o destaque da doutrina especializada:

O que deve ficar claro é que a teoria em questão jamais poderia ser aplicada com efeitos liberatórios da obrigação em si, mas apenas impeditivos de alguns dos efeitos do inadimplemento - no caso, a decretação da prisão civil (CC, arts. 389 e 475) -, o que significa que o alimentante continuará devendo a quantia remanescente ao alimentando, inclusive sob ameaça de constrição patrimonial, mas não de coerção pessoal.

E nem seria de se estranhar, já que, examinada de perto, tal teoria revela ter por propósito exatamente impedir o exercício abusivo de um direito titulado pelo credor, em face de um mínimo descumprimento da obrigação pelo devedor, quando existirem meios intermediários e mais adequados à solução do impasse.

(CALMON, Rafael. A prisão civil em perspectiva comparatista: e o que podemos aprender com isso. Revista Ibdfam: família e sucessões. n. 27 (mai./jun.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 76-77)

A premissa lógica para o reconhecimento da teoria é, por óbvio, que o devedor de alimentos esteja agindo de boa-fé, pois que “para a caracterização

do adimplemento substancial levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos” (En 586 das Jornadas de Direito Civil).

Ademais, por se tratar de verba alimentar, cujo adimplemento se relaciona à sobrevivência do alimentando, tal reconhecimento deverá ser tomado com um cuidado ainda maior, não podendo haver prejuízo à subsistência ou à manutenção do alimentante.

6. Assim, impede-se o uso desequilibrado do direito - com a coerção pessoal - em prol da dignidade humana do alimentante que, de boa-fé, demonstra seu intento de saldar a obrigação, dando concretude ao finalismo ético buscado pelo ordenamento jurídico, impedindo o cerceamento da liberdade em razão de dívida insignificante.

É a conclusão da doutrina especializada:

Ora, se é assim no campo das obrigações patrimoniais inseridas no âmbito contratual, por que não ser aplicada a mesma teoria quando o que está em jogo são prestações de cunho patrimonial em um contexto de direito de família, como nas execuções de alimentos? A boa-fé e a coibição do ato abusivo (de direito material ou processual) não deveriam ser observadas aqui também, quando fosse reconhecida a suficiência da quantia já paga para garantir as necessidades e a sobrevivência com dignidade do alimentando, especialmente daqueles maiores e capazes?

[...] todo direito desempenha uma função social que ao mesmo tempo o influencia, o densifica e o limita, não podendo ser diferente com o direito de se postular em juízo ou de requerer a aplicação de alguma técnica processual, quando se perceber que ela causará mais prejuízos ao devedor do que benefícios ao credor.

Aliás, a aplicação da proibição do abuso de direito no processo civil não é novidade. Mesmo sob a vigência do CPC/73, a jurisprudência do STJ já vinha coibindo a utilização nociva do processo ou de qualquer de suas técnicas, seja para impedir que se atribua valor irreal à causa, seja para coibir o ingresso de parte desistente da ação em recurso interposto por terceiros, ou ainda para obstaculizar a má-fé processual e o uso abusivo de recursos, pois, no final do dia, a influência do direito material sobre o processo é tamanha que “o art. 187 do CC/2002, ao estabelecer os limites indicados, do fim econômico ou social, da boa-fé e dos bons costumes, como limites ao exercício dos direitos, expressa igualmente a afirmação de um finalismo ético do ordenamento jurídico, e neste sentido, a afirmação de standards de conduta, de respeito aos interesses legítimos dos demais indivíduos, da comunidade e aos fins perseguidos pelo Direito como um todo, e pelos diversos institutos, prerrogativas e faculdades aos quais regula em sua especificidade.”

Com o máximo respeito aos que pensam de forma diferente, nada parece impedir que a teoria do adimplemento substancial seja aplicada no âmbito das execuções de alimentos, não como forma de liberar o alimentante da obrigação, é claro, mas apenas como um dos meios de se racionalizar o uso da prisão civil, coibindo-se o abuso do direito processual, prestigiando-se a boa-fé objetiva e adaptando-se o procedimento e suas técnicas à efetiva tutela do caso concreto.

(CALMON, Rafael. *ob.cit.*, p. 77-78)

O devedor de alimentos que age em descompasso com a sua obrigação, mas cujo fator psicológico não se enquadra na hipótese de má-fé, merece tratamento compatível com seu (in)adimplemento, mesmo que não exista norma legal que preveja a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial ou que não admita afastar a prisão civil em caso de adimplemento parcial. Além disso, a decisão que decreta a prisão civil do alimentante que se encontra nesta situação respalda o abuso do direito de crédito do alimentado, notadamente quando permite a utilização desta medida coercitiva, em flagrante desproporcionalidade em relação ao dano provocado pelo inadimplemento.

Outras medidas sub-rogatórias demonstram-se menos severas e, por vezes, têm maior êxito na satisfação do crédito alimentar, a exemplo do bloqueio de valores através do sistema financeiro, penhora de móveis ou imóveis ou mesmo por meio de imposição de obstáculos para o devedor na obtenção de bens de consumo (medidas coercitivas), como ocorre com a inclusão de seu nome nos órgãos de restrição ao crédito e com o cancelamento de cartões de crédito.

(CRUZ JÚNIOR, Edmilson. *ob.cit.*, p. 267)

Em sentido similar, parece ter sido o posicionamento da Terceira Turma do STJ, apesar de não constar expressamente do julgado, ao enfatizar que “embora a jurisprudência desta Corte tenha se firmado no sentido de que a realização de pagamento parcial, por si só, não impede a decretação da prisão civil do devedor, não se pode deixar de considerar, no contexto dos múltiplos fundamentos que compõem este recurso, que a quantia disponível à alimentada é suficiente para garantir as suas necessidades e a sua sobrevivência com dignidade”.

Confira-se a ementa:

Civil. Processual Civil. Recurso em *habeas corpus*. Prisão por dívida de alimentos. Binômio necessidade e possibilidade. Questão não examinável em *habeas corpus*. Pagamento parcial da dívida. Relevância na hipótese e no contexto fático. Credora maior e com atividade profissional remunerada. Devedor idoso e com restrições severas de saúde. Ponderação de valores. Máxima efetividade da tutela jurisdicional, menor onerosidade da execução e dignidade da pessoa humana.

1- O propósito recursal é definir se deve ser suspenso o decreto prisional do devedor diante das alegações de inobservância do binômio necessidade/possibilidade, existência de depósito ou de constrição de parcela considerável da dívida, de que a credora atingiu a maioridade e passou a exercer atividade profissional remunerada e de que o devedor é idoso e portador de doenças incompatíveis com a reclusão em estabelecimento carcerário.

2- A inobservância do binômio necessidade/possibilidade na fixação, revisão ou exoneração de alimentos é matéria incognoscível na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

3- *A disponibilização ao credor, de forma voluntária ou mediante constrição judicial de valores, de parcela significativa da dívida, embora insuficiente, por si só, para impedir o decreto prisional, pode ser levada em consideração na formação do convencimento judicial em conjunto com outros elementos eventualmente existentes.*

4- *Na hipótese, o fato de a credora ter atingido a maioridade civil e exercer atividade profissional, bem como o fato de o devedor ser idoso e possuir problemas de saúde incompatíveis com o recolhimento em estabelecimento carcerário, recomenda que o restante da dívida seja executado sem a possibilidade de uso da prisão civil como técnica coercitiva, em virtude da indispensável ponderação entre a efetividade da tutela e a menor onerosidade da execução, somada à dignidade da pessoa humana sob a ótica da credora e também do devedor.*

5- Recurso em *habeas corpus* conhecido e provido.

(RHC 91.642/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 09/03/2018)

7. Na hipótese, colhe-se das informações prestadas pela autoridade coatora (Des. Rel. Marcelo Rodrigues) que:

Em atendimento aos termos da decisão de f. 110/112v.-TJ, informo a V. Exa. o seguinte:

O enunciado 390 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e o artigo 528, § 7º, do Código de Processo Civil de 2015 estabelecem a possibilidade da prisão civil do alimentante inadimplente em relação às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Devido ao caráter alimentar das prestações, é a única hipótese em nosso ordenamento jurídico de prisão civil, visando compelir o devedor ao pagamento das parcelas vencidas, em razão da sua imprescindibilidade.

Assim sendo, por ser medida excepcional, deve-se ter cautela em sua aplicação e certeza do inadimplemento do executado das parcelas devidas.

Ao examinar os autos do agravo de instrumento 1.0461.12.007210-7/001, constatou-se haver grande confusão acerca do efetivo pagamento da prestação

alimentar, visto que o genitor não os efetuou de forma contínua, oportunidade em que foi realizado exame pormenorizado dos comprovantes acostados no respectivo instrumento recursal.

Inicialmente o débito alimentar compreendia os meses de dezembro de 2015, fevereiro e março de 2016 (f. 6 a 8-TJ), totalizando o valor de R\$ 859,47 (oitocentos e cinquenta e nove reais e quarenta e sete centavos).

Em outubro de 2016, o devedor acostou aos autos dois novos comprovantes de pagamentos, um no valor de R\$610,00 (seiscentos e dez reais) (f. 17-TJ), e o outro no valor de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais) (f. 18-TJ), totalizando o montante de R\$860,00 (oitocentos e sessenta reais), referente às parcelas vencidas anteriormente à propositura da ação.

Sobre as parcelas vencidas após março de 2016, ou seja, já no no curso da execução, o contador judicial da Comarca de Ouro Preto/MG apresentou planilha de f. 28-TJ, de 30 de maio de 2017, informando que o débito do executado era de R\$ 4.065,07, referente ao período de abril/2016 a abril/2017.

Na sequência, o executado apresentou diversos comprovantes de pagamentos referentes ao período de abril/2016 a abril/2017, noticiando em petição de f. 32-TJ, que em algumas vezes fora realizado pagamento parcial do valor das prestações devidas.

Considerando os novos comprovantes de pagamentos e o que foi informado pelo executado, o contador judicial apresentou nova planilha, ressaltando que o débito passou a ser de R\$1.108,49. (f. 50-TJ).

O executado então apresentou comprovante de depósito no valor de R\$903,06. (f. 37-TJ) Note-se que o débito não foi pago em sua integralidade ou ao menos nada se comprovou a esse respeito.

Cediço que o pagamento parcial das parcelas vencidas no curso do processo não permite a revogação do decreto prisional.

Assim sendo, não se verificou nos autos o pagamento integral do débito alimentar que ensejou a prisão do devedor, razão pela qual não deveria ter sido expedido o alvará de soltura do executado.

Importante ressaltar que a execução de alimentos sob o rito da prisão civil compreende três últimas parcelas vencidas à data do ajuizamento da ação, além de todas as que se vencerem ao curso do processo.

O simples pagamento das três últimas parcelas anteriores à decretação da prisão e o pagamento parcial daquelas que venceram no curso do processo não libera o devedor da sanção legal, dado o significado de premiar e incentivar a má-fé do executado, que se esquivava de sua obrigação alimentar.

Nesse passo, considero inexistir ilegalidade na ordem de prisão guerreada, posto que amparada em prestações vencidas e não pagas já no curso do procedimento de execução de alimentos.

Partindo-se dessas considerações, não encontro razão que ampare a alegação do impetrante, no sentido de que o julgado tenha sido contrário ao ordenamento jurídico ou mesmo represente ato abusivo ou ilegal.

(53-63)

Em sua manifestação, o membro do Ministério Público Federal pontuou que

15. No caso, depreende-se da documentação acostada às fls. 07-11, e das informações, que o Paciente efetivou depósitos parciais com o objetivo de saldar a dívida, restando apenas, quanto à execução objeto do writ, o valor de R\$ 205,43.

16. A ratio da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer que o adimplemento parcial do débito não elide a possibilidade de prisão, é impedir que devedores de má-fé efetuem o depósito de parca quantia e se vejam livres do decreto constritivo corporal.

17. Tal razão não é observada nos autos deste habeas corpus, porquanto os valores depositados estão muito próximos da integralidade da dívida. E a boa-fé do devedor é constatada justamente pelos seguidos depósitos, sempre com o fito de, dentro de suas possibilidades saldar a obrigação.

18. Em que pese o destaque na decisão liminar acerca da necessidade de ajuizamento de ação revisional, tenho que na presente hipótese, o caminho equivocado não pode ser óbice para o fim pretendido. É dizer, constatado pelos depósitos parciais que o executado busca de todo meio adimplir a dívida, e que esta subsiste em parca quantia, a ordem deve ser concedida.

19. Desse modo, fuge à razoabilidade encarcerar alguém que paga 95% da dívida como se o inadimplemento fosse em sua totalidade. A prisão civil, diante do que está posto é medida extrema que em nada beneficiará para seu fim legalmente previsto, qual seja, forçar o credor a adimplir o débito.

20. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem de habeas corpus.

Ademais, compulsando os autos, verifica-se que foi justamente o pagamento “quase integral” que acabou motivando o magistrado de piso a rever o decreto prisional (datado de 02/05/2017, fls. 29-30), para determinar a expedição imediata do alvará de soltura, em favor do executado, em 30/05/2017 (fl. 28).

Portanto, constatando-se, no presente caso, o adimplemento substancial do débito - *quitação de 95% da dívida* -, somado ao fato, devidamente comprovado, da incessante busca do executado para o adimplemento integral da dívida,

demonstrando boa-fé, concludo, no caso em apreço, pela desnecessidade da coação civil extrema, porquanto não consubstanciado o necessário risco alimentar do credor, elemento indissociável da prisão civil.

Com efeito, o valor tão ínfimo que sobejou da execução alimentar poderá ser cobrado por outros meios menos gravosos ao devedor.

8. Ante o exposto, concedo, de ofício, a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por *Libine Christian Passos Fernandes Tomaz e Outro*, em favor de A. G. DOS S., contra ato do *Tribunal de Justiça de Minas Gerais - MG*, que proveu agravo de instrumento interposto por credor alimentar para determinar o cumprimento da prisão civil originariamente ordenada por Juiz de primeiro grau, todavia revogada pela mesma autoridade após o cumprimento parcial da obrigação. Eis a ementa do Julgado:

Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Pagamento parcial do débito alimentar. Revogação da prisão civil. Impossibilidade. Enunciado 309 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Recurso ao qual se dá provimento.

Conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, o pagamento parcial da dívida alimentar não permite a revogação da prisão civil do executado.

O em. Relator, Ministro *Luis Felipe Salomão*, indeferiu o pedido de liminar (e-STJ, fls. 39/43).

A autoridade coatora prestou informações (e-STJ, fls. 54/56).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer da lavra da em. Subprocuradora-Geral da República Maria Soares Camelo Cordioli, opinou pela concessão do *Habeas Corpus* (e-STJ, fls. 65/68).

Na sessão de 2/8 p.p., o douto Relator, por meio de substancioso voto e entendendo tratar-se de mínimo inadimplemento da obrigação alimentar, deferiu a ordem *ex officio*. Manifestou entendimento no sentido de se fazer possível aplicar, nas relações jurídicas oriundas de vínculo familiar, a denominada “Teoria do Adimplemento Substancial”.

Na oportunidade, pedi vista dos autos.

Rogando vênia a Sua Excelência, voto pela denegação do pedido.

A par de encontrar um estreito espaço de aplicação no direito contratual – exclusivamente nas hipóteses em que o inadimplemento revela-se de escassa importância quando cotejado com a obrigação como um todo, ao lado de elementos outros cuja análise demanda uma avaliação qualitativa, casuística e aprofundada da avença, incompatível com o rito da presente impetração –, penso que a Teoria do Adimplemento Substancial não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, menos ainda para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar.

Com efeito, trata-se de instituto que, embora não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, está incorporado em nosso Direito por força da aplicação prática de princípios típicos das relações jurídicas de natureza contratual, como a função social do contrato (art. 421 do CC/2002), a boa-fé objetiva (art. 422), a vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento sem causa (art. 884).

Por sua vez, a obrigação alimentar diz respeito a bem jurídico indisponível, intimamente ligado à subsistência do alimentando, cuja relevância ensejou fosse incluído como exceção à regra geral que veda a prisão civil por dívida (CF/1988, art. 5º, inc. LXVII), o que evidencia ter havido ponderação de valores, pelo próprio constituinte originário, acerca de possível conflito com a liberdade de locomoção, outrossim um direito fundamental de estatura constitucional (inciso XV).

Isso porque os alimentos impostos por decisão judicial – ainda que decorrentes de acordo entabulado entre o devedor e o credor, este na grande maioria das vezes representado por genitor – guardam consigo a presunção de que o valor econômico neles contido traduz o mínimo existencial do alimentando, de modo que a subtração de qualquer parcela dessa quantia pode ensejar severos prejuízos a sua própria manutenção.

A jurisprudência deste Tribunal Superior, nessa mesma linha de inteligência, é iterativa no sentido de afirmar que o pagamento parcial do débito alimentar não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado. Nesse sentido:

Recurso em *habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. Necessidade de exame de provas. Inadequação da via eleita. Súmula 309/STJ.

(...)

- O pagamento parcial do débito não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado.

(...)

(RHC 80.591/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 02/05/2017)

Agravo regimental. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Execução de alimentos. Ausência de pagamento integral. Arts. 732 e 733 do CPC. Convolução de rito.

(...)

2. O pagamento parcial do débito não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado. Precedentes.

(...)

(AgRg no HC 295.091/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 11/09/2014)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. Art. 733, § 1º, CPC/1973. Súmula n. 309/STJ. Capacidade econômica do alimentante. Inadequação da via eleita. Súmula n. 358/STJ.

1. A decretação da prisão do alimentante, nos termos do art. 733, § 1º, do CPC/1973, revela-se cabível quando não adimplidas as três últimas prestações anteriores à propositura da execução de alimentos, bem como as parcelas vincendas no curso do processo executório, nos termos da Súmula n. 309/STJ, sendo certo que **o pagamento parcial do débito não elide a prisão civil do devedor.**

(...)

(RHC 92.626/PI, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018)

Civil. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Parcelas devidas. Súmula n. 309/STJ. Prisão civil. Legitimidade. Pagamento parcial da dívida. Revogação do decreto prisional. Não cabimento. Maioridade do alimentando. Exoneração automática. Impossibilidade. Súmula n. 358/STJ. Recurso desprovido.

(...)

2. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a legitimidade da prisão civil. Precedentes.

(...)

(AgInt no RHC 81.501/SP, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 09/08/2017)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Prisão civil. Alimentos prestados de forma parcial. Ordem denegada.

(...)

2. O pagamento parcial do débito não afasta a regularidade da prisão civil.

(...)

(HC 293.356/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 21/08/2014)

Processual Civil. *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Prisão civil. *Writ* utilizado como sucedâneo de recurso ordinário. Impossibilidade. Aferição da possibilidade de concessão da ordem de ofício. Alegada ilegalidade na prorrogação da prisão civil e impossibilidade de renovação. Questões não debatidas pelo Tribunal de origem. Inviabilidade de exame pelo STJ. Supressão de instância. Instrução deficiente do *writ* e ausência de prova pré-constituída. Impossibilidade de aferição da ilegalidade apontada. Inadimplemento das três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e das que venceram no curso da ação. Incidência da Súmula n. 309 do STJ. Recolhimento das últimas parcelas. Insuficiência. Pagamento parcial da pensão não afasta o decreto de prisão. Precedentes. Aduzida incapacidade financeira para o adimplemento da obrigação. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade de aferição em *habeas corpus*. Inexistência de ilegalidade flagrante ou de constrangimento ilegal no direito de locomoção a justificar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

4. Há jurisprudência dominante do STJ segue no sentido de que o não pagamento integral das parcelas alimentares devidas autoriza a prisão civil do devedor de alimentos. Precedentes.

(...)

(HC 428.973/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 20/02/2018)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Prisão civil. Alimentos prestados de forma parcial. Ordem denegada.

1. O pagamento parcial do débito não afasta a regularidade da prisão civil.

(...)

(HC 304.072/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 23/04/2015)

Além disso, o julgamento sobre a cogitada irrelevância do inadimplemento da obrigação não se prende ao exame exclusivo do critério quantitativo, sendo

também necessário avaliar sua importância para satisfazer as necessidades do credor alimentar. Ora, a subtração de um pequeno percentual pode mesmo ser insignificante para um determinado alimentando, mas possivelmente não para outro, mais necessitado.

Penso que o critério quantitativo não é suficiente nem exclusivo para a caracterização do adimplemento substancial, como já se manifesta parte da doutrina: “Observa-se, ainda, que predomina nos julgados a análise meramente quantitativa da parte inadimplida, principalmente através de percentual, sendo raros os acórdãos que abordam a significância do montante inadimplido em termos absolutos, o que entendemos correto. A ressalva que se faz, nesse ponto, é que o critério quantitativo é o menos relevante e significativo” (NAVAS, Bárbara Gomes. *O abuso do direito de resolver: análise da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro*. Revista de direito civil contemporâneo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017).

Na experiência comparada, especialmente a inglesa, na qual se formou essa teoria, “os autores ingleses formularam três requisitos para admitir a substancial performance: (a) insignificância do inadimplemento; (b) satisfação do interesse creditório; (c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. item 5.2.2.3.3.2.3).

Há, de fato, muitos outros elementos cuja repercussão em cada caso deve ser considerada para efeito de avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor. Trata-se de avaliação que, sabidamente, não pode ser realizada senão a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, providência para a qual não se presta a via estreita do *Habeas Corpus*, como orienta a torrencial jurisprudência desta Casa:

Agravo interno no *habeas corpus*. Decisão monocrática que indeferiu, liminarmente, a ordem requerida no *writ*. Insurgência do impetrante.

(...)

2. Dadas as peculiaridades do caso, tem-se a necessidade de ampla dilação probatória, o que é incompatível com a via do *habeas corpus*, que só admite cognição sumária.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no HC 428.461/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Recurso interposto contra decisão monocrática de relator no TJ/SP. Ausência de esgotamento de instância. Cabimento de recurso na origem. Ausência de ilegalidade flagrante para ensejar a concessão da ordem de ofício. Execução de alimentos. Intimação para pagar o débito. Inexistência de decreto de prisão sem prévio exame das justificativas apresentadas para o inadimplemento da obrigação alimentar. Inadimplemento das três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e das que venceram no curso da ação. Incidência da Súmula n. 309 do STJ. Aduzida incapacidade financeira para o adimplemento da obrigação. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade de aferição em *habeas corpus*. Pagamento parcial da pensão não afasta o decreto de prisão. Precedentes. Recurso ordinário não provido.

(...)

3. A verificação da incapacidade financeira do alimentante demanda dilação probatória, não se mostrando o *writ* a via adequada para tal fim. Precedentes.

(...)

(RHC 95.852/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 19/04/2018)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. Art. 733, § 1º, CPC/1973. Súmula n. 309/STJ. Capacidade econômica do alimentante. Inadequação da via eleita. Súmula n. 358/STJ.

(...)

2. O *habeas corpus*, que pressupõe direito demonstrável de plano, não é o instrumento processual adequado para aferir a dificuldade financeira do alimentante de arcar com o valor executado, pois demandaria o reexame aprofundado de provas.

3. A verificação da capacidade financeira do alimentante e a eventual desnecessidade dos alimentados diante da maioria alcançada demanda dilação probatória aprofundada, análise incompatível com a via restrita do *habeas corpus*, que somente admite provas pré-constituídas.

(...)

(RHC 92.626/PI, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018)

Habeas corpus. Direito de Família. Execução de acordo de alimentos. Prisão civil.

(...)

3. Inviabilidade de dilação probatória na estreita via instrutória do remédio heróico.

4. Habeas corpus *denegado*.

(HC 337.402/PA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 17/06/2016)

Agravo regimental em *habeas corpus*. Matéria cível. Ação cautelar de busca e apreensão. Liminar deferida. Agravo de instrumento. Efeito suspensivo indeferido na origem. Alegado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente. Incapacidade civil. Dilação probatória. Via inadequada. Ausência de ilegalidade flagrante. Recurso improvido.

(...)

3. Caso em que, ademais, a verificação da capacidade civil do paciente, a fim de caracterizar o constrangimento ilegal alegado, demandaria dilação probatória, inviável na via estreita do *habeas corpus*, conforme já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 347.914/AL, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016)

Ou ainda, como bem observou o eminente Relator em seu voto, “a cognição judicial no âmbito do *habeas corpus* ‘jamais desce à planície valorativa do *error in iudicando*, da injustiça do ato e da valoração da prova”, pois “é certo que o remédio heróico não comporta dilação probatória, somente admitindo provas pré-constituídas”.

Finalmente, cabe ressaltar que o sistema jurídico põe à disposição do devedor de alimentos os meios necessários para a revisão do valor da prestação alimentar, se o caso, bem assim a possibilidade de justificar o inadimplemento – ainda que parcial –, conforme expressa previsão do art. 528 do CPC/2015:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez **ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo**.

Somente se não for aceita a justificativa (CPC/2015, art. 528, § 3º) é que o Magistrado decretará a prisão civil do executado. Logo, o motivo pelo qual deixou de pagar a mínima parcela da obrigação alimentar será examinado pelo Judiciário *antes* de ser ordenada a segregação, sendo essa a seara apropriada para a discussão sobre eventual irrelevância da fração inadimplida.

Por todo o exposto, mais uma vez rogando vênia ao eminente Relator, *denego* a ordem de *Habeas Corpus*.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 97.876-SP (2018/0104023-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Jair Nunes de Barros

Advogado: Jair Nunes de Barros (em causa própria) - SP123064

Recorrido: Estado de São Paulo

Interes.: Escola Integrada Educativa Ltda

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Execução de título extrajudicial. Medidas coercitivas atípicas. CPC/2015. Interpretação consentânea com o ordenamento constitucional. Subsidiariedade, necessidade, adequação e proporcionalidade. Retenção de passaporte. Coação ilegal. Concessão da ordem. Suspensão da CNH. Não conhecimento.

1. O *habeas corpus* é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o *habeas corpus* via processual adequada para essa análise.

3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa.

4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável.

5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica.

6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual.

7. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental.

8. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir.

9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária.

10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A

medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.

12. Recurso ordinário parcialmente conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 9.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Jair Nunes de Barros em razão de decisão proferida pela 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP, que, nos autos da execução de título

extrajudicial proposta pela Escola Integrada Educativa Ltda em face do ora impetrante, deferiu os pedidos de suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação (CNH) do executado, tendo em vista o fato de, embora citado, não ter efetuado o pagamento ou ofertado bens à penhora.

Afirmou o paciente ser devedor da importância de R\$ 16.859,10 (dezesesse mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e dez centavos), dívida representada por contrato de prestação de serviços educacionais.

Argumentou que o deferimento de suspensão daqueles documentos ofende sua liberdade de locomoção, coagindo ilegalmente sua liberdade de ir e vir. Asseverou que a liberdade de locomoção do paciente, em hipótese alguma, poderia ter sido atingida em razão de dívida contratual, por importar em inaceitável e injusta violação ao seu *status libertatis*.

Defendeu que penas restritivas de direitos somente poderiam ser deferidas por órgãos administrativos (Tribunal de Ética da OAB ou do CRM, por exemplo) ou por Juízos Criminais, não cabendo a usurpação dessa competência pelo Juízo Cível ou Trabalhista.

Afirmou que a autoridade coatora não teria, sequer, fundamentado sua decisão, não justificando o deferimento da medida restritiva de direito, limitando-se a deferir o pleito do exequente e a oficial o Detran e a Polícia Federal para as providências cabíveis.

Esclarece que está impedido de exercer seu direito fundamental de se locomover livremente, por ato arbitrário da autoridade coatora, desde o dia 05 de maio de 2017 (data do recebimento do ofício no Detran) e desde o dia 10 de maio de 2017 (data do recebimento do ofício na Polícia Federal).

Às fls. 51 e 53, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo opinou pelo conhecimento e pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

Esse Egrégio Tribunal de Justiça tem conhecido do *Habeas Corpus* em situação idêntica ou correlata à discutida nestes autos, embora tal matéria pudesse ser objeto de agravo de instrumento, justamente porque as medidas restritivas importam violação ao direito fundamental de ir e vir do paciente.

(...)

No mérito, a ordem há de ser concedida, na esteira do que já decidiu essa Colenda 32ª Câmara de Direito Privado (...):

“Agravo de instrumento. Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. Exequente que, não tendo localizado bens penhoráveis, pleiteia a

suspensão do direito de dirigir, a retenção de passaportes e o cancelamento de cartões de crédito pertencentes aos executados. Indeferimento. Medidas coercitivas previstas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, que devem estar pautadas nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Deferimento que, no caso, não se mostra razoável, posto que implicaria em violação de direitos fundamentais do cidadão, atingindo, inclusive, direitos de terceiros. Decisão mantida. Recurso improvido”

Por isso, o parecer é pelo conhecimento da impetração e concessão da ordem requerida pelo impetrante/paciente Jair Nunes de Barros.

Analisado o *habeas corpus*, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo julgou extinto o processo, por considerar inadequada a via eleita, conforme ementa abaixo (fl. 58):

Habeas Corpus. Impetração em face de decisão proferida nos autos de execução de título extrajudicial, a qual deferiu os pedidos de suspensão do passaporte e da carteira de habilitação do executado. Decisão passível de interposição de agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil. *Writ* que não pode ser utilizado como sucedâneo do recurso legalmente cabível. Precedentes. Inadequação da via eleita. Processo extinto sem resolução do mérito.

Foi interposto recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, “a”, da CF/1988, oportunidade em que o recorrente reiterou as razões da impetração, baseadas na ilegalidade da ordem que o mantém privado da liberdade de ir e vir. Requereu a concessão liminar da ordem e a cassação da decisão que suspendeu seu passaporte e sua carteira de habilitação.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso ordinário, conforme ementa abaixo (fls. 128-132):

Recurso em *habeas corpus*. Discussão acerca da legitimidade de retenção de passaporte e de suspensão de carteira nacional de habilitação. Inadequação da via eleita. Pelo desprovimento do recurso.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. (HC 376.964/SC - Quinta Turma - DJe de 31/05/2017).

2. Demais disso, essa Corte Superior igualmente tem se orientado no sentido de que não configura ameaça ao direito de ir e vir a mera suspensão da carteira nacional de habilitação ou a retenção, de *per si*, de passaporte.

3. Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A questão controvertida está em definir se a ordem de *suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação*, expedida contra o executado, no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), consubstancia coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, a ser combatida por meio de *habeas corpus*.

Para esclarecimento, confira-se em que termos fora pleiteada a suspensão (fl. 28):

Escola Integrada Educativa Ltda EPP, já devidamente qualificada, por sua advogada que esta subscreve, nos autos da *ação de execução*, que move em face de *Jair Nunes de Barros*, vem à presença de Vossa Excelência, requer a suspensão da CNH e passaporte do executado até que a devedor pague a dívida, objeto da presente ação, com base no artigo 139, inciso IV do NCPC, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Neste Termo, Pede e espera deferimento.

O juízo de piso deferiu a medida ora impugnada (fls. 30):

Vistos.

Defiro o pedido de p. 104/105, oficiando-se ao Detran e a Polícia Federal, Intime-se.

Sumaré, 17 de abril de 2017.

O Tribunal paulista, ao apreciar o *writ*, extinguiu o feito por inadequação da via eleita, nos seguintes termos:

Consta dos autos que o paciente é devedor de R\$16.859,10 junto à Escola Integrada Educativa Ltda, quantia esta que está sendo executada perante o juízo

da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré (Autos n. 1008851-23.2015.8.26.0604), onde foi deferido pedido de suspensão de seu passaporte e da carteira de habilitação, como medida indutiva para pagamento do débito, nos termos do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil.

Sustenta o impetrante que está sendo vítima de coação ilegal, sendo que a decisão viola o seu direito fundamental de ir e vir, não havendo justificativa para o deferimento da medida.

É cediço que o *habeas corpus* constitui instrumento previsto na Constituição Federal (artigo 5º, LXVIII), e que tem por escopo tutelar a ameaça ou violação à liberdade de locomoção do indivíduo, tanto no âmbito criminal quanto na esfera civil.

Todavia, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que “o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo do recurso legalmente cabível, sendo medida excepcional e extrema, admissível somente na hipótese de violência ou coação ao direito de locomoção. (...) O *writ* objetiva combater constrangimento ilegal que afete direito líquido e certo de cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Portanto, não deve ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, nem admitido quando a ofensa à liberdade de locomoção for indireta” (AgRg no HC 338.924/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 15/12/2015, DJe 01/02/2016).

E, a teor do que dispõe parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, caberá agravo de instrumento “contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

Assim sendo, em que pesem as alegações do impetrante, é certo que cumpre ao Poder Judiciário zelar pela racionalização na utilização dos remédios constitucionais, de modo a prestigiar a lógica do sistema recursal, não se admitindo a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso expressamente previsto no ordenamento jurídico para se pleitear a reforma da decisão reputada ilegal.

3. É bem verdade que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, de fato, não admite a utilização do remédio constitucional como substituto de recurso próprio, salvo em 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*.

Nessa linha, confirmam-se recentes julgados:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Não conhecimento do *writ*. Manifesta inadmissibilidade e/ou improcedência. Tortura no exercício de função pública.

Condenação. Embargos declaratórios. Ausência de efeito infringente. Perda do cargo. Efeito automático. Previsão legal. Contrarrazões. Desnecessidade de intimação. Agravo regimental não provido.

1. O STJ, assim como o STF, não conhece de habeas corpus utilizado em substituição ao recurso próprio ou à revisão criminal, a menos 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.

(...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 298.751/PB, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 01/08/2017)

Habeas corpus substitutivo de recurso. Furto qualificado e corrupção de menores. Prisão preventiva. Periculosidade social. Risco de reiteração. Proteção da ordem pública. Constrangimento ilegal não configurado. *Writ* não conhecido.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

(...)

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 445.402/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 01/06/2018)

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Crime de incêndio. Delito que deixa vestígios. Exame pericial não realizado. Imprescindibilidade. Prova testemunhal. Impossibilidade. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

(...)

(HC 440.501/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 01/06/2018)

Agravo regimental em *habeas corpus*. *Writ* substitutivo de recurso próprio. Possibilidade de concessão da ordem de ofício em caso de ilegalidade flagrante. Falta grave pelo cometimento de crime doloso. Reconhecimento sem prévio

processo administrativo disciplinar. Imprescindibilidade. Ofensa à Súmula 533/STJ. Desnecessidade, apenas, de condenação penal. Decisão mantida. Agravo improvido.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, conquanto incabível habeas corpus substitutivo de recurso próprio nada impede o seu conhecimento, nas hipóteses de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício.

2. A aplicação de falta disciplinar de natureza grave somente poderá ocorrer mediante prévio processo administrativo disciplinar.

Inteligência da Súmula 533/STJ.

3. O fato de se tratar de falta grave pelo cometimento de crime doloso não torna desnecessária a realização do PAD, prescindindo, apenas, de prévia condenação penal, para o seu reconhecimento, no âmbito da execução. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 349.678/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 24/11/2016)

É exatamente, em parte, o caso dos autos.

Como sabido, o *habeas corpus* é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais.

Nessa exata linha, é o entendimento da Suprema Corte, segundo o qual o *habeas corpus* “visa proteger a liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir e ficar por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para a proteção de direitos outros” (HC 82.880 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2003, DJ 16/05/2003 pp-00092)

“A exclusividade de proteção da liberdade de locomoção pelo *habeas corpus* se deve pela grande relevância do aludido bem jurídico no convívio social dentro de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual o remédio constitucional em apreço, na regulamentação que lhe foi dada pelo legislador ordinário, é dotado de rito célere e sumário, com o intuito de que, caso verificada a ilegalidade ou abusividade do ato tido como coator, o direito de liberdade reclamado seja restituído ao indivíduo com a maior brevidade possível, minimizando-se as consequências nefastas da sua restrição indevida”. (HC n. 383.225/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/05/2017)

Confira-se o dispositivo constitucional que alberga o instituto:

Art. 5º.

(...)

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua *liberdade de locomoção*, por ilegalidade ou abuso de poder;

E, no art. 648 do Código de Processo Penal, encontra-se a delimitação das hipóteses que, em tese, configuram coação ilegal, entre as quais, destaca-se a seguinte:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – *quando não houver justa causa*.

De acordo com Aury Lopes Junior, “a coação é ilegal, quando não possui um suporte jurídico legitimante, quando não tem um motivo, um amparo legal”. (*Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Outrossim, importante dizer, no âmbito da seara penal, que as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal reconhecem a viabilidade de questionamento da apreensão do passaporte por meio do *habeas corpus*, por entenderem que tal medida limita a liberdade de locomoção, ainda que a constatação da ilegalidade, que conduziria à concessão da ordem, no caso concreto, não se confirme.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento do STJ, em consonância com o do STF. Remédio constitucional do *habeas corpus*: via processual adequada para que se avalie constrangimento ilegal no acatamento de passaporte de investigados ou condenados penalmente. Entrega do passaporte: determinação legítima na hipótese de paciente que não é nacional brasileiro, preso justamente ao tentar deixar o país. Impossibilidade de concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

2. Contudo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

3. *O remédio constitucional do habeas corpus é via processual adequada para que se avalie constrangimento ilegal no acatamento de passaporte de investigados ou*

condenados penalmente. Precedentes.

4. Desde antes da edição da Lei n. 12.403/2011 reputava-se legítimo que o Julgador determinasse a entrega do Passaporte, com fundamento no poder geral de cautela, a ser invocado quando necessário - como no caso, em que o Paciente não é nacional brasileiro, e foi preso justamente ao tentar deixar o país.

5. Mencione-se, *ad argumentandum*, que essa possibilidade, hoje, após a edição da referida Lei, inclusive encontra-se expressamente positivada no direito Pátrio (Art. 320 do Código de Processo Penal).

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 192.193/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 17/12/2012)

Habeas corpus. Réu nacional processado por vários crimes, mas em liberdade. Atividades laborais no exterior. Apreensão de seu passaporte mediante o temor de que ele se evada ou exerça no exterior as suas atividades ilícitas. Inocuidade da autorização a cada viagem. Medida cautelar, em tese, possível, desde que fundamentada em fatos concretos não demonstrados. Meras conjecturas. Ordem concedida para devolução do passaporte.

A apreensão de passaporte de cidadão brasileiro, em liberdade, impedindo-o de viajar para o exterior, para o exercício de atividades laborais, por consistir, em tese, restrição ao pleno direito de locomoção, amparado pela Constituição Federal, pode ser examinada nesta via.

A presunção de não-culpabilidade não exclui a determinação de medidas cautelares, visando eventual aplicação da lei penal, devidamente fundamentadas em fatos concretos, entre elas a apreensão de passaporte.

Se ao paciente já foi concedida autorização para outras viagens, não se concretizando o receio mostrado na determinação da medida cautelar, não se justifica a sua manutenção.

Ordem concedida para a devolução do passaporte.

(HC 85.495/SP, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Quinta Turma, DJ 12/11/2007)

4. No mérito, conforme se extrai dos autos, o requerimento apresentado pela exequente (fls. 28-29), Escola Integrada Educativa Ltda., de suspensão do passaporte e da CNH do executado, teve por fundamento o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, sendo nesses termos deferido (fl. 30).

Para auxiliar a compreensão da matéria, transcrevo o dispositivo mencionado:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;*

Com efeito, a norma recebeu aplausos do mundo jurídico, por formalizar, de vez, propósito evidente do *novel* código, o da *efetividade*, anunciado na exposição de motivos do então anteprojeto do documento processual:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

(<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>)

Nessa linha, a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias apresenta-se como instrumento importante a viabilizar a satisfação da obrigação exequenda, homenageando o *princípio do resultado na execução*, exteriorizado, agora, de forma mais evidente e, inquestionavelmente, alargado pelo Código vigente, alcançando, inclusive, as obrigações de pagar quantia certa.

É que, como sabido, as medidas executivas atípicas não são absoluta novidade, presentes que já se faziam no Código de 1973, no art. 461, § 5º, aplicadas, todavia, às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, como se percebe a partir da leitura dos arts. 461 e 461-A, § 3º.

5. No caso do art. 139 do CPC de 2015, cumpre anotar que, atenta à inovação legislativa, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), quando da realização do Seminário *O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil* (agosto/2015), debateu a questão e tratou de apresentá-la em enunciado próprio (n. 48). Igual providência fora tomada pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (maio/2015), por meio dos enunciados n. 12 e n. 396. Confira-se o teor das proposições:

Enunciado 48, ENFAM. O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o

cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

(<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>)

Enunciado 12, FPPC. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogorárias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

Enunciado 396, FPPC. (art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. (Grupo: Poderes do juiz)

(<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>)

Art. 8º, CPC/2015. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Na doutrina, acerca das razões de adoção do modelo de atipicidade das medidas executivas, José Miguel Garcia Medina preceitua:

O modelo baseado na tipicidade das medidas executivas tende a alcançar resultados satisfatórios na medida em que as situações de direito material e os problemas que emergem da sociedade sejam parecidos. Nesses casos, é até mesmo conveniente a previsão de medidas similares para os casos em que problemas parecidos se reproduzem, a fim de que se observe em relação àqueles que estejam em uma mesma situação de direito material um procedimento também similar. Quando, porém, o modelo típico de medidas executivas mostra-se insuficiente, diante de pormenores do caso, o sistema típico acaba tornando-se ineficiente, faz-se necessário realizar-se um ajuste tendente a especificar o procedimento, ajustando-o ao problema a ser resolvido. *Para tanto, é de todo conveniente que o sistema preveja um modelo atípico ou flexível de medidas executivas*

(*Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.071).

Noutro ponto, vale frisar que o reconhecido do mérito da inovação e fato de as regras modernas de processo, instituídas pelo código de 2015, preocuparem-se, primordialmente, com a *efetividade da tutela jurisdicional*, não é menos

certo que essas novas diretrizes, em nenhuma circunstância, se dissociarão dos ditames constitucionais, constatação que remete à ideia de “possibilidades de implementação de direitos (cumprimento) *que não sejam discricionárias* (ou verdadeiramente autoritárias), por objetivos meramente pragmáticos, de restrição de direitos individuais”. (<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>).

Nesse sentido, concluem o constitucionalista Lenio Streck e Dierle Nunes, membro da Comissão de Juristas para elaboração do novo código de processo civil:

Parece-nos óbvio isso. Sob pena de pensarmos que o CPC simplesmente disse: se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague. Ou, como no Mercador de Veneza, de Shakespeare, retirar do devedor uma libra de carne do lado esquerdo do peito, como queria *Shylock*.

(...)

Temos a convicção que não há essa liberdade. Para nós (com *Dworkin*), fazer Teoria do Direito é levar isso tudo a sério, engajando-nos ativamente nesse empreendimento coletivo de dar sentido às práticas jurídicas, de rearticulá-las de modo íntegro e coerente, sob a melhor luz.

(...)

A atuação do juiz está constrangida por dois lados: primeiro, a participação ativa das partes, não só com o contraditório (artigo 10), como também com sua autonomia para os negócios jurídicos processuais (artigo 190); segundo, a Constituição, a lei, a jurisprudência, a dogmática jurídica processual e a Teoria do Direito, controláveis no amplo dever de fundamentação judicial (artigo 489), estabelecendo os limites indisponíveis dessas medidas.

(<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>).

Na Jornada de Direito Processual Civil, em Recife, setembro de 2016, sobre técnicas coercitivas da execução de obrigação de pagar, Marcelo Abelha Rodrigues ponderou que os incisos III e IV do art. 139 do CPC/2015 estão diretamente atrelados às *medidas processuais punitivas* e às *medidas processuais executivas* e observou que, “embora muito próximos os incisos, neles estão separadas duas modalidades de atuações distintas do *magistrado brasileiro*”, esclarecendo que, no modelo anglo-americano, essas duas atuações do juiz não são consideradas distintas e se amalgamam num só poder (*contempt of power*), para, então concluir, que “aqui no Brasil não temos essa mesma amplitude até mesmo pelas nossas raízes culturais atreladas ao privatismo do *civil law*”.

(<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>).

Seguindo por essa linha, o doutrinador expôs que as medidas mencionadas no IV do art. 139, objeto de análise deste recurso, “atuam como *ferramentas, meios, genuínos instrumentos para assegurar o cumprimento de uma ordem judicial*”, decorrendo disso a necessidade de o magistrado fixar a medida coercitiva ou sub-rogatória que seja *necessária* para aquele desiderato, sendo, ademais, *subsidiária* essa providência, tendo lugar “depois de esgotados os meios típicos do art. 824 do CPC”. E concluiu:

Há uma atipicidade do meio executivo, sendo a *necessidade da medida* o fundamento e o fim (o limite) estabelecido pelo legislador para delimitação da medida a ser imposta pelo juiz. Ora, por “**medida processual necessária**” deve-se entender aquela que seja *adequada, proporcional e razoável para assegurar o cumprimento da ordem judicial*.

Restringindo-nos apenas à análise das medidas coercitivas verifica-se que o dispositivo não estabelece um rol de medidas, e tampouco exemplifica casos, permitindo e estimulando um exuberante leque criativo do magistrado, que deve estar preso, comprometido e sensível às peculiaridades da causa. *Isso significa que deve haver um link necessário, lógico, razoável e proporcional de instrumento e fim, meio e resultado, respectivamente, entre a medida coercitiva e o cumprimento da ordem*.

(<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>).

Assim, é possível afirmar que, se o art. 139, IV, da lei processual, que estendeu a positivação da atipicidade dos atos executivos, teve como escopo a efetividade, é indubitável também que devem ser prestigiadas as interpretações constitucionalmente possíveis.

Vale dizer, pois, que a adoção de *medidas de incursão na esfera de direitos do executado*, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental.

É que objetivos pragmáticos, por mais legítimos que sejam, tal qual a busca pela efetividade, não podem atropelar o devido processo constitucional e, menos ainda, desconsiderados direitos e liberdades previstos na Carta Maior.

Esse o entendimento de Fábio Lima Quintas em artigo sobre o tema aqui debatido:

Em verdade, a adequada compreensão e aplicação desse propalado *poder geral de efetivação* não pode depender apenas da criatividade das partes e dos magistrados a respeito das possibilidades semânticas compreendidas na expressão “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Esse texto deve dialogar com outros referenciais normativos, para fixar os contornos da responsabilidade patrimonial e pessoal do devedor e das razões para tanto. Sendo ínsito ao ordenamento jurídico a ideia de coerência e integridade, cabe conferir unidade e harmonia aos modos de exercício do poder estatal de execução, sobretudo no contexto de que “o poder geral de efetivação” passa a atribuir ao intérprete papel relevante nessa tarefa.

(QUINTAS, Fábio Lima. *É preciso equilibrar meios de coerção ao executar obrigações pecuniárias*. In: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-18/observatorio-constitucional-preciso-equilibrar-meios-coercao-executar-obrigacoes-pecuniarias#author>).

Com efeito, não bastasse a consonância com os preceitos de ordem constitucional, o que os doutrinadores têm reconhecido é que, diante da inumerável aplicação do art. 139, IV, a verificação da *proporcionalidade* da medida se impõe, segundo a “sub-máxima” da *adequação* e da *necessidade*. Não sendo a medida adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, serão contrárias à ordem jurídica.

Confira-se, nessa linha, a doutrina de Fernando da Fonseca Gajardoni:

Por isso – a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC/2015 –, o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na *excepcionalidade da medida* (esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito), na *proporcionalidade* (inclusive à luz da regra da menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/2015), na *necessidade de fundamentação substancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir, etc.)*. (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>)

6. No caso dos autos, observada a máxima vênia, quanto à *suspensão do passaporte* do executado/paciente, tenho por necessária a *concessão da ordem*, com determinação de restituição do documento a seu titular, por considerar a medida coercitiva ilegal e arbitrária, uma vez que restringiu o direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável.

Com efeito, não é difícil reconhecer que a apreensão do passaporte enseja embaraço à liberdade de locomoção do titular, que deve ser plena, e, enquanto medida executiva atípica, não prescinde, como afirmado, da demonstração de sua absoluta necessidade e utilidade, sob pena de atingir indevidamente direito fundamental de índole constitucional (art. 5º, incisos XV e LIV).

Acerca da liberdade de locomoção, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca ser o “direito de ir, vir e também de ficar – *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* – primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264).

No mesmo rumo, a lição de Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

A sua relevância [liberdade de locomoção] para o exercício da liberdade pessoal (e para os demais direitos fundamentais) é de tal ordem que, mesmo se não houvesse disposição constitucional expressa que a garantisse como direito fundamental, a liberdade de ir e vir (como também é designada a liberdade de locomoção) estaria abarcada pelo âmbito de proteção do direito geral de liberdade, que, como visto no item respectivo, opera como cláusula geral e de abertura para o sistema das liberdades fundamentais. Por outro lado, diversamente de outras ordens constitucionais, em que a liberdade de locomoção é decomposta em diversas posições fundamentais (como o direito de sair e entrar no território nacional, a livre circulação econômica, entre outros), a Constituição Federal acabou por consagrar o direito de modo genérico, compreendendo, portanto, todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir.

(*Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 566)

Nessa senda, ainda que a sistemática do código de 2015 tenha admitido a imposição de medidas coercitivas atípicas, não se pode perder de vista que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que resguarda de maneira absoluta o direito de ir e vir, em seu art. 5º, XV.

Não bastasse isso, como antes assinalado, o próprio diploma processual civil de 2015 cuidou de dizer que, na aplicação do direito, o juiz não terá em mira apenas a eficiência do processo, mas também os fins sociais e as exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade.

Destarte, o fato de o legislador, quando da redação do art. 139, IV, dispor que o juiz poderá determinar *todas as medidas* indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, não pode significar franquia à determinação de medidas capazes de alcançar a liberdade pessoal do devedor, de forma desarrazoada, considerado o sistema jurídico em sua totalidade.

Assim, entendo que a decisão judicial que, no âmbito de ação de cobrança de duplicata, determina a suspensão do passaporte do devedor e, diretamente, impede o deslocamento do atingido, viola os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da legalidade, independentemente da extensão desse impedimento.

Na verdade, segundo penso, considerando-se que a medida executiva significa *restrição de direito fundamental de caráter constitucional*, sua viabilidade condiciona-se à previsão legal específica, tal qual se verifica em âmbito penal, firme, ademais, no que dispõe o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

A meu juízo, raciocínio diverso pode conduzir à aceitação de que *medidas coercitivas*, que por natureza voltam-se ao “convencimento” do coagido ao cumprimento da obrigação que lhe compete, sejam transformadas em *medidas punitivas*, sancionatórias, impostas ao executado pelos descumprimentos, embaraços e indignidades cometidas no curso do processo.

Nesse passo, cumpre ressaltar que, no caso dos autos, não foi observado o contraditório no ponto, nem tampouco a decisão que implementou a medida executiva atípica apresentou qualquer fundamentação à grave restrição de direito do executado.

De fato, a decisão de fl. 30 limitou-se a deferir o pedido feito pelo exequente de suspensão do passaporte e CNH, sem preocupar-se com a demonstração de sua necessidade e utilidade.

Conforme defende M. Y. Minami, tratando sobre o tema aqui debatido, “as decisões devem ser obedecidas como regra e o emprego da força estatal contra os teimosos ou de mecanismos que os obriguem a cumprir seus débitos será apenas a exceção”, bem como, porque “(...) não se admite a aplicação de uma medida de coerção ou sub-rogação sem que a decisão justifique a razão da medida escolhida”. (*Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC 2015: do processo para além da decisão. In: Coleção novo cpc*

doutrina selecionada. PEIXOTO, Ravi [*et tal*]. v. 5. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323).

Nessa exata linha, mesmo os que defendem a possibilidade de apreensão de documentos, a bem da satisfação da obrigação, por todos, cito Daniel Amorim Assumpção Neves, reconhecem que, em processo de execução de obrigação de pagar quantia, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual, afastando-se de seu desiderato (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Revista de Processo, v. 42, n. 265, mar. 2017, p. 13).

No rumo desse raciocínio, uma vez mais, Minami é quem adverte que “a utilização de medidas não previstas apenas deve acontecer quando aquelas já previstas se mostrarem ineficientes e/ou o devedor se valer de ardis para não realizar a prestação devida” (*Idem*).

Confirmam-se, abaixo, julgados desta Corte, mesmo em casos de natureza criminal, sobre a necessidade de fundamentação a respeito da suspensão de passaporte:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Concussão. Prisão preventiva revogada pelo excesso de prazo no oferecimento da denúncia. Medidas cautelares alternativas e retenção do passaporte do réu em substituição à custódia cautelar. Fundamentação concreta. Ilegalidade. Ausência. Análise quanto à adequação e necessidade das cautelares pessoais. Retenção do passaporte. Ausência de fundamentação idônea. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso parcialmente provido.

(...)

2. Para a decretação de medidas cautelares pessoais é necessária a mensuração de adequação e proporcionalidade, levando-se em conta a gravidade do crime, suas circunstâncias e as condições pessoais do réu, conforme preconiza o art. 282 do CPP.

3. Não apresentada fundamentação idônea à medida cautelar de retenção do passaporte, uma vez que não demonstrado concreto receio de fuga do recorrente para fora do país, há que ser revogada a medida constritiva.

4. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido, para revogar a medida cautelar consistente na retenção do passaporte do recorrente, determinando sua devolução, mantendo as demais medidas cautelares pessoais impostas.

(RHC 68.494/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 19/04/2016)

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Estelionato. Sentença condenatória. Medidas cautelares pessoais. Proibição de deixar o país e retenção de passaporte. (1) Motivação inidônea. (2) Prévio *writ*. Acréscimo de outros fundamentos para a manutenção da decisão adversada. Impossibilidade. Ilegalidade reconhecida. Recurso provido.

1. *Para a decretação das medidas cautelares pessoais é necessário que estejam presentes a plausibilidade e a urgência. Portanto, a necessidade da constrição deve estar concretamente justificada, não se prestando para tanto a mera referência ao quantum da pena aplicada ou a circunstância de o recorrente possuir facilidade para se deslocar para fora do País.*

2. Não se admite que o Tribunal, no seio de *habeas corpus*, acrescente fundamentos novos àqueles lançados pelo magistrado de primeiro grau, quando do estabelecimento de medida restritiva.

3. Recurso ordinário provido para desconstituir as medidas cautelares pessoais fixadas.

(RHC 49.149/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 03/10/2014)

7. Noutro ponto, no que respeita à determinação judicial de suspensão da *carteira de habilitação nacional*, anoto que a jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de que a referida medida *não ocasiona ofensa ao direito de ir e vir do paciente, portanto, nesse ponto, o writ não poderia mesmo ser conhecido.*

Isso porque, inquestionavelmente, com a decretação da medida, segue o detentor da habilitação com capacidade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor do veículo.

De fato, entender essa questão de forma diferente significaria dizer que todos aqueles que não detém a habilitação para dirigir estariam constrangidos em sua locomoção.

Com efeito, e ao contrário do passaporte, ninguém pode se considerar privado de ir a qualquer lugar por não ser habilitado à condução de veículo ou, ainda que o seja, esteja impedido de se valer dessa habilidade.

É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.

Essa a jurisprudência da Casa:

Processual Civil. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Precedentes. Execução de título extrajudicial. Aplicação de medida atípica do inciso IV do art. 138 do NCPC. Suspensão da carteira nacional de habilitação do paciente. Ausência de violação do direito de ir e vir. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Não é admissível, em regra, a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ordinário cabível. Precedentes.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem orientação no sentido de que é inadequada a utilização do *habeas corpus* quando não há, sequer remotamente, ameaça ao direito de ir e vir do paciente, como na hipótese de restrição ao direito de dirigir veículo automotor.

3. O *Habeas Corpus* não é sucedâneo do recurso adequado.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 411.519/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/09/2017, DJe 03/10/2017)

Agravo regimental em *habeas corpus* substitutivo de recurso. Suspensão temporária da habilitação para dirigir veículo automotor. Ausência de violação ou ameaça de violência do direito de ir e vir. Via inadequada. Precedentes. Agravo improvido.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. "A imposição da medida cautelar de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, em razão da ausência de previsão legal de sua conversão em pena privativa de liberdade caso descumprida, não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente, razão pela qual não é cabível o manejo do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF" (HC n. 383.225/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 12/05/2017).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgInt no HC 402.129/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 26/09/2017)

Habeas corpus. Direito Penal. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. 1. Perdão judicial. Benefício negado de forma fundamentada. Desconstituição da sentença em sede do *writ*. Necessidade de revolvimento probatório. Impossibilidade. 2. Pleitos de afastamento da suspensão da habilitação para dirigir ou redução do prazo. Inviabilidade do *mandamus*.

Ausência de ofensa direta e imediata à liberdade de locomoção. 3. Substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por pena pecuniária. Sanção imposta pelo magistrado com base nas peculiaridades do caso concreto e no princípio da individualização da pena. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(...)

3. *Os pedidos de afastamento da suspensão da habilitação para dirigir ou de redução de seu prazo sequer podem ser conhecidos por este Superior Tribunal de Justiça, em virtude de tal reprimenda consistir em interdição de direito que não ofende direta e imediatamente a liberdade de locomoção do paciente, que pode se utilizar de outros meios para exercer seu direito de ir e vir.*

4. Não há como atender a pretensão de substituição da sanção restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade por pena pecuniária, já que a magistrada sentenciante analisou detidamente, com base nas especificidades do caso, a pertinência das penas impostas, em respeito ao princípio da individualização da pena, não cabendo a esta Corte Superior, cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal, o ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional de primeiro grau, ainda mais em sede de *habeas corpus*.

5. *Habeas Corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 166.792/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 24/11/2011)

8. Por fim, anoto que o reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

Com efeito, o que consubstancia coação à liberdade de locomoção, ilegal e abusiva, é a decisão judicial de apreensão de passaporte como forma de coerção para o adimplemento de dívida civil representada em título executivo extrajudicial, tendo em vista a evidente falta de proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido (liberdade de locomoção) e aquele que se pretende favorecer (adimplemento de dívida civil), diante das circunstâncias fáticas do caso em julgamento.

Cumpre mencionar, ainda, por dever de lealdade, que, no âmbito da Segunda Seção, a questão enfrentada fora decidida, monocraticamente, em três oportunidades, não tendo sido concedida a ordem em nenhuma delas. São elas:

HC n. 428.553 - SP, Relator (a) Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; RHC n. 88.490 - DF, Relator (a) Ministra Maria Isabel Gallotti; HC n. 439.214 - RJ, Relator (a) Ministra Maria Isabel Gallotti.

No entanto, é preciso ressaltar que, naqueles recursos, a despeito da decisão que suspendeu o passaporte do executado também ter sido seu objeto, os eminentes relatores se valeram, para a fundamentação das decisões, da jurisprudência firmada por esta Corte, e aqui mencionada, acerca da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, não havendo debate sobre os pontos colocados aqui em relevo.

9. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário, a fim de desconstituir a medida executiva consistente na apreensão do passaporte do recorrente, determinando sua devolução, mantido o não conhecimento do *writ* em relação à apreensão da CNH.

Oficie-se imediatamente ao juízo de primeiro grau.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.155.547-MG (2009/0171881-7)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Martha Alves Pinto

Advogado: Walmir de Oliveira e outro(s) - MG038317

EMENTA

Recurso especial. Ação de cancelamento de gravames. Procedimento especial de jurisdição voluntária. Impenhorabilidade e incomunicabilidade. Doação. Morte do doador. Restrição do direito de propriedade. Interpretação do *caput* do artigo 1.911 do Código Civil de 2002.

Insurgência da autora.

Quaestio Iuris: Cinge-se a controvérsia em definir a interpretação jurídica a ser dada ao *caput* do art. 1.911 do Código Civil de 2002 diante

da nítida limitação ao pleno direito de propriedade, para definir se a aposição da cláusula de impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade em ato de liberalidade importa automaticamente, ou não, na cláusula de inalienabilidade.

1. A exegese do *caput* do art. 1.911 do Código Civil de 2002 conduz ao entendimento de que: a) há possibilidade de imposição autônoma das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, a critério do doador/instituidor; b) uma vez aposto o gravame da inalienabilidade, pressupõe-se, *ex vi lege*, automaticamente, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade; c) a inserção exclusiva da proibição de não penhorar e/ou não comunicar não gera a presunção do ônus da inalienabilidade; e d) a instituição autônoma da impenhorabilidade, por si só, não pressupõe a incomunicabilidade e vice-versa.

2. *Caso concreto*: deve ser acolhida a pretensão recursal veiculada no apelo extremo para, julgando procedente o pedido inicial, autorizar o cancelamento dos gravames, considerando que não há que se falar em inalienabilidade do imóvel gravado exclusivamente com as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade.

3. Recurso especial provido.

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 Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 9.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Martha Alves Pinto*, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Na origem, a recorrente ajuizou procedimento especial de jurisdição voluntária consistente no pedido de cancelamento de gravames instituídos sobre imóvel, ao advento da transferência feita em doação, em favor da ora postulante.

A inicial narra que em razão de doação cometida por Cecília Simonini de Oliveira Ramos da Silva, da qual a proponente fora beneficiária, tornou-se proprietária de 50% do imóvel constituído pelo lote número 4, do quarteirão 27, do Bairro Industrial Rodrigues da Cunha, o qual restou onerado, no ato da doação ocorrida em 07.07.1999, com as cláusulas de *incomunicabilidade e impenhorabilidade*, consoante está na matrícula n. 19.485 do Cartório do 5º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Belo Horizonte.

Afirmou que, após o óbito da doadora, em 20/05/2000, alienou o imóvel ao senhor José Adão dos Santos, em 07.11.2006, já tendo inclusive recebido o preço da venda, aludindo que, mesmo assim, viu-se impossibilitada de realizar a transferência de domínio, pois o Cartório de Registro de Imóveis exige a baixa dos referidos gravames para efetuar a transmissão da propriedade.

Aduziu que referidas cláusulas somente admitem o cancelamento por ordem judicial, tendo em vista o falecimento da doadora, razão pela qual pediu a baixa dos gravames sem a necessidade de sub-rogação de outros bens.

Defendeu tal solução diante da inexistência da cláusula de inalienabilidade, isto é, na hipótese houve tão somente a imposição do ônus da incomunicabilidade e impenhorabilidade. Desse modo, aduz que a intenção da doadora, ao constituir tais cláusulas, era apenas impedir que o imóvel respondesse por dívidas da donatária e vetar a sua comunhão em razão do matrimônio, mas não sua alienação.

Pugnou, ao final, pela procedência do pedido, a fim de que fossem cancelados os gravames, com a consequente anotação na matrícula do bem perante o registro imobiliário competente.

Devidamente intimado, o i. Representante do Ministério Público, em primeiro grau, manifestou-se pela desnecessidade da intervenção daquele *Parquet*, conforme parecer de fl. 20, e-STJ.

Intimada a indicar o proprietário dos outros 50% do imóvel recebido em doação, a recorrente esclareceu que o mesmo fora objeto de promessa de compra e venda entre a doadora, Cecília Simonini de Oliveira Ramos da Silva, e o Sr. Ismael Antônio de Oliveira (e-STJ, fls. 34-38).

Em primeira instância (e-STJ, fls. 44-45), o magistrado decretou a extinção do processo, sem julgamento de mérito, em face da impossibilidade jurídica do pedido, pois entendeu que tanto o art. 1.676 do Código Civil de 1916, quanto o art. 1.911 do Código Civil de 2002 vedam o cancelamento puro das cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, reiterando não se tratar de hipótese de aplicação dos citados dispositivos legais na medida em que não houve imposição da cláusula de inalienabilidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria, negou provimento ao apelo, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 66):

Civil. Apelação. Procedimento de jurisdição voluntária. Imóvel havido por doação. Cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade. Morte da doadora. Extinção do usufruto vitalício. Subsistência das cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade. Pedido de cancelamento dos gravames. Impossibilidade - Segundo as regras instituídas originalmente pelo artigo 1.676 do CC/1926, e mantidas em sua essência no novo Código Civil (art. 1.911), as cláusulas restritivas de propriedade não se extinguem com a morte do doador, com exceção do usufruto vitalício, cuja vigência está adstrita ao período de vida do beneficiário doador.

V.V - O art. 1911, do CCB/2002, estabeleceu que "a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade", no entanto, a legislação não contemplou a situação inversa.

Não foram opostos embargos declaratórios.

Nas razões do apelo extremo (e-STJ, fls. 86-92), aponta a insurgente violação ao artigo 1.911 do Código Civil de 2002.

Sustenta, em síntese, que a exegese do dispositivo apenas permite concluir que a presença da cláusula da inalienabilidade implica a impenhorabilidade e a incomunicabilidade, porém, não o contrário, ou seja, as cláusulas de não penhorar e não comunicar não importam na proibição de alienar. Defende que no presente caso, o imóvel doado somente foi gravado com a impenhorabilidade e a incomunicabilidade, de modo que não haveria óbice legal para sua alienação a terceiros, sem necessidade de sub-rogação em outro bem clausulado.

Admitido o processamento do recurso na origem (e-STJ, fls. 95-96), ascenderam os autos a esta Corte.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal, por intermédio de seu presentante, opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 85-88).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O presente recurso especial *merece prosperar*, a fim de julgar procedentes os pedidos veiculados na inicial, concernentes à possibilidade de alienação do imóvel onerado apenas com os gravames da impenhorabilidade e incomunicabilidade.

1. Delineamento fático e enquadramento jurídico da controvérsia em exame.

A *questio iuris* ora em debate cinge-se em definir a interpretação jurídica a ser dada ao *caput* do art. 1.911 do Código Civil de 2002, se restritiva ou extensiva, diante da nítida limitação ao pleno direito de propriedade, para concluir se a aposição da cláusula de impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade em ato de liberalidade importa automaticamente, ou não, na cláusula de inalienabilidade.

À solução da aludida questão, faz-se necessário, inicialmente, explicitar a moldura fática delineada no âmbito das instâncias ordinárias, para tanto, transcrevem-se os seguintes trechos do acórdão (e-STJ, fl. 70-82):

Conforme se observa nos autos à f. 08/08-v, a autora recebeu em doação 50% do lote n. 4 do quarteirão n. 27 do Bairro Industrial Rodrigues da Cunha, registrado sob o número 19.485 no Cartório do 5º Ofício de Imóveis de Belo Horizonte, com cláusula de usufruto vitalício em favor da doadora Cecília Simonini de Oliveira Ramos da Silva, e gravado ainda com cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Com a morte da doadora, a cláusula de usufruto vitalício foi cancelada (f. 08-v). O usufruto foi instituído em favor da própria doadora, ou seja, perdeu apenas enquanto ela estava viva.

Todavia, as demais cláusulas restritivas de propriedade perduram.

(...)

Conforme se extrai dos dispositivos de lei trasladados acima, o cancelamento objeto da ação não pode ser deferido, pois afrontaria literal disposição de lei e a vontade do doador.

Se o imóvel foi gravado com cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, o ônus, a toda evidência, não se extingue com a morte da doadora, pois admitir essa consequência seria tornar absolutamente inútil a própria restrição.

(...)

Passando, pois, ao exame do mérito, verifico que restou demonstrada nos autos, a regularidade da doação feita por Cecília Simonini de Oliveira Ramos da Silva à autora, tendo por objeto o imóvel descrito na inicial (50% do lote 4, situado no quarteirão n. 27, do Bairro Industrial Rodrigues da Cunha, em Belo Horizonte/MG), bem como a incidência, exclusiva, das cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, consoante documento emitido pelo 5º Ofício de Registro de Imóveis juntado à f. 17.

Restou comprovado, ainda, através do documento acima descrito, o cancelamento do usufruto vitalício da doadora (Cecília Simonini de Oliveira Ramos da Silva), em virtude de seu falecimento, que fora devidamente registrado.

A partir dos excertos acima transcritos, depreende-se incontroverso o fato de a recorrente ter recebido, por meio de doação, imóvel gravado com instituição de usufruto vitalício e cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, não havendo dúvidas quanto ao óbito da doadora, Cecília Simonini de Oliveira Ramos da Silva.

Por não estar presente a cláusula de inalienabilidade, a recorrente vendeu o imóvel a terceiro, porém sem conseguir formalizar tal negócio perante o serviço registral, diante do entendimento de que a presença dos gravames de impenhorabilidade e incomunicabilidade importa automaticamente também na impossibilidade de alienação, a teor do disposto no art. 1.911 do Código Civil de 2002.

Assim, a presente irresignação objetiva trazer à luz a exegese do *caput* do artigo 1.911 do Código Civil, a fim de responder a tese jurídica quanto à possibilidade, ou não, de se concluir, na leitura de referido dispositivo legal, que a oposição de cláusula de impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade também importa, *ipso iure*, a de inalienabilidade.

1.1. Cabe ressaltar, nesse momento, que o caso em foco não enseja a aplicação do óbice das Súmulas 5 e 7 desta Casa, pois o exame de referido tema perpassa pelas técnicas de hermenêutica jurídica com o intuito de se extrair a real *mens legis* do art. 1.911 do Código Civil.

Portanto, não se está diante da hipótese de interpretação da real vontade da doadora que, no presente debate, em nada contribui para solução da controvérsia,

porquanto uma vez insertas as cláusulas limitativas da propriedade por ato de vontade do doador/testador, estas passam a ser regidas pelo comando legal em análise (ato jurídico em sentido estrito).

De fato, nas palavras de Paulo Nader “interpretar cientificamente a norma jurídica é desenvolver um ato intelectual de revelação de seu sentido e alcance (...) o sentido da norma corresponde à determinação contida, que pode ser uma conduta social ou um modelo de organização. O alcance diz respeito às situações atingidas pela norma (...) Toda aplicação [do Direito] pressupõe a anterior interpretação da norma” (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol. 1. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 120-123).

Reitera-se, assim, como o reclamo sob análise busca a delimitação do sentido e alcance da norma do art. 1.911 do Código Civil de 2002 para fins de sua aplicação no caso concreto, restam, afastados os óbices das Súmulas 5 e 7 desta Corte Superior.

1.2. Relevante frisar que, ao presente debate, igualmente não incide a Súmula 83/STJ, na medida em que este Superior Tribunal tem sido conclamado a deliberar apenas nos casos em que se requer a interpretação das hipóteses excepcionais de sub-rogação do bem clausulado, anteriormente previstas no art. 1.677 do Código Civil de 1916 e, atualmente, no parágrafo único do art. 1.911 do Código Civil de 2002.

De fato, como se sabe, a norma proibitiva insculpida nos arts. 1.676 CC/1916 e 1.911 do CC/02 não é absoluta, sofrendo temperamentos para possibilitar, sempre em situações excepcionais, o levantamento dos gravames, seja em atenção ao princípio da função social da propriedade, seja em atenção à dignidade humana do beneficiário/herdeiro. Tais hipóteses estão previstas na própria legislação, mas também são frutos da construção jurisprudencial.

Assim, exemplificativamente, a teor do parágrafo único do art. 1.911 e do art. 1.848 do Código Civil de 2002, haverá a possibilidade de levantamento dos gravames, mediante autorização judicial e com sub-rogação nos mesmos ônus, nos casos de: a) desapropriação (expropriação por necessidade ou utilidade pública); b) execução por dívidas provenientes de tributos referentes ao imóvel gravado; e c) por conveniência econômica do herdeiro/donatário,

Por sua vez, a jurisprudência do STJ construiu a possibilidade de mitigação das cláusulas restritivas nas hipóteses em que: i) a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses; bem assim, ii) para o pagamento de taxa condominial oriunda do próprio bem, por força do princípio da função social da propriedade.

Nesse sentido, esta Corte Superior já proclamou: “A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador” (REsp 1.158.679/MG, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, **Terceira Turma**, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011).

Igualmente, os seguintes julgados: REsp 1.422.946/MG, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, **Terceira Turma**, julgado em 25/11/2014, DJe 05/02/2015; REsp 303.424/GO, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, **Quarta Turma**, julgado em 02/09/2004, DJ 13/12/2004, p. 363; REsp 89.792/MG, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, **Quarta Turma**, julgado em 18/04/2000, DJ 21/08/2000, p. 135; REsp 10.020/SP, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, **Quarta Turma**, julgado em 09/09/1996, DJ 14/10/1996, p. 39.009.

E, apenas para ilustrar, na direção pela possibilidade de penhora da coisa gravada pela inalienabilidade para o pagamento de taxa condominial do próprio imóvel, em atenção ao princípio da função social da propriedade, este Colegiado já deliberou: “As despesas condominiais são consideradas dívidas *propter rem*, de modo que podem ensejar a penhora da unidade autônoma devedora, não prevalecendo contra o condomínio cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade em contratos celebrados com terceiros” (AgRg no REsp 650.570/SP, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, **Quarta Turma**, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012).

A propósito, também nessa linha: AgInt no REsp 1.575.549/DF, Rel. Ministro *Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região)*, **Quarta Turma**, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018; REsp 1.499.170/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, **Segunda Turma**, julgado em 23/08/2016, DJe 13/09/2016; REsp 209.046/RJ, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, **Terceira Turma**, julgado em 08/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 311.

Porém, em que pese a relevância de tais precedentes, destaca-se que o presente caso *não* se amolda à *fattispecie* do parágrafo único do art. 1.911 do Código Civil de 2002, na medida em que não se está diante de pedido para alienação do bem clausulado, com necessidade de sub-rogação, naquelas hipóteses previstas pela lei, tampouco naqueles casos, frutos da jurisprudência deste Sodalício, em que se permite a mitigação dos gravames em atenção aos princípios da função social da propriedade ou da dignidade do beneficiário.

Desse modo, não se fazem necessárias digressões acerca da necessidade financeira ou social da recorrente ou mesmo acerca da função social

da propriedade com o intuito de se verificar o melhor aproveitamento do patrimônio doado, a fim de possibilitar a alienação do imóvel com a condição de sub-rogação em outros bens, razão pela qual resta afastada a incidência das exceções previstas pelo parágrafo único do art. 1.911 do Código Civil ao feito em testilha.

Como já bem delineado, a questão posta em análise diz tão-somente com a interpretação do *caput* do art. 1.911 do Código Civil, a fim de se extrair de referido comando legal, o alcance das cláusulas restritivas nele contidas.

2. Exegese do caput do art. 1.911 do Código Civil de 2002.

Delineada, assim, a moldura fática do caso em análise, bem como o objeto jurídico da controvérsia instaurada no presente apelo extremo, colaciona-se, pela pertinência, o mencionado dispositivo do Diploma Civil em vigor:

Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros

Inicialmente, cumpre destacar que o art. 1.911 do Código Civil de 2002 encontra-se no Capítulo das “Disposições Testamentárias”, no título da “Sucessão Testamentária”, pertencente ao Livro V do *Codex*, intitulado do “Direito das Sucessões”.

No entanto, a leitura atenta do dispositivo permite afirmar que as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade são restrições voluntárias aos direitos de propriedade, estipuladas tanto por ato de liberalidade *inter vivos* (doação) como por *causa mortis* (testamento).

Nessa direção, Caio Mário ressalta “Também ao testador ou doador é lícito gravar os bens com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade conjugadas ou destacadamente estabelecias”. (PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Direitos Reais. 26ª ed. São Paulo: Forense, p. 90).

Importante destacar que a regra do art. 1.911 do Código Civil de 2002 cristalizou em norma legal antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal insculpido na Súmula 49/STF: “A cláusula de inalienabilidade inclui

a incomunicabilidade dos bens”. Dita súmula foi aprovada em 13.12.1963 e interpretava as norma dos arts. 1.666 e 1.723 do Código Civil de 1916.

Assim, entende-se por inalienabilidade a restrição imposta ao beneficiário de dispor da coisa, impedindo a sua transferência a terceiros, seja a título gratuito ou oneroso e podendo ser disposta por certo tempo ou de forma vitalícia.

Por sua vez, a impenhorabilidade deve ser compreendida como a proibição de constrição judicial do bem gravado para pagamento de débitos do herdeiro/beneficiário.

E, quanto à incomunicabilidade, segundo as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ela versa sobre “a restrição à transferência de fração ideal do bem ao cônjuge (companheiro) quando da formação de um núcleo familiar” (GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, p. 346).

Partindo-se da simples leitura do artigo de lei já acima mencionado, depreende-se que o legislador estabeleceu apenas um comando, isto é, que a imposição da inalienabilidade presume a impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Em outras palavras, a lei civil não estabeleceu, *prima facie*, que a impenhorabilidade ou a incomunicabilidade, gravadas de forma autônoma, importaria na inalienabilidade.

Acerca das cláusulas restritivas de propriedade impostas por atos de liberalidade, Pontes de Miranda ensina que “os bens inalienáveis são impenhoráveis porque a penhora seria início de alienação. Quem não tem o poder de dispor, absolutamente (limitação absoluta de poder), não tem o de dispor eficazmente. Os bens impenhoráveis, ainda quando deles possa dispor o dono, são os bens de que se retirou ao Estado o poder de execução forçada, isto é, o poder de restringir a eficácia do poder de disposição, se o há”. (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X, p. 181, 1ª ed.).

Assim, na visão do grande mestre, a cláusula de inalienabilidade abarca a impenhorabilidade, porém não se pode depreender o inverso, em sua lição: “A cláusula de impenhorabilidade não supõe a proibição de alienar, nem a de incomunicabilidade supõe a inalienabilidade” (Tratado de Direito Privado, tomo LVII, p. 133).

Sobre a temática, Caio Mário da Silva Pereira, em Instituições de Direito Civil, preleciona a possibilidade de existência independente dos três gravames, na medida em que cada um tem seu próprio escopo:

São cláusulas autônomas, assim em razão de seu interesse social como dos seus efeitos. A de inalienabilidade tem em vista pôr fora do comércio o bem por ato do adquirente. A de impenhorabilidade visa a subtrair o bem à sua qualidade de garantia dos credores. Uma tem por efeito negar ao titular a faculdade de dispor; outra recusa aos credores a sua apreensão judicial para a satisfação das obrigações.

Portanto, opostas isoladamente, as cláusulas de impenhorabilidade e de incomunicabilidade não acarretam a inalienabilidade do bem, senão por comunhão entre os cônjuges; elas não retiram o poder de disposição do bem.

(PEREIRA, CAIO MÁRIO. Instituições de Direito Civil. Direitos Reais. Vol. IV. São Paulo: Forense, p. 82-83)

Orlando Gomes, por sua vez, ressalta que a cláusula de inalienabilidade é mais abrangente que as demais, razão pela qual as engloba, porém que o inverso não se justifica:

A impenhorabilidade está implícita na inalienabilidade. Evidente que o que não pode ser alienada, impenhorável é. Indaga-se, porém, se o testador pode prescrever isoladamente a cláusula de impenhorabilidade, estipulando-se a respeito de bens alienáveis. Conquanto seja manifestamente inconveniente a validação de tal cláusula, mormente se estabelecida quanto aos bens da legítima, admite-a o nosso direito. Argumenta-se que, se podem ser declarados inalienáveis, razão não há para obstar a declaração independente de impenhorabilidade. Quem pode o mais pode o menos. Objeta-se que a permissão colide com o princípio que garante aos credores o direito de promover a venda dos bens do devedor, não trancado, no particular, pela inalienabilidade desses bens. Diz-se que se o devedor tem a faculdade de alienar, não se pode impedir os credores de exercê-la em proveito próprio. Todavia, cedem essas razões diante do pleno reconhecimento do direito de declarar inalienáveis, por testamento, bens da herança

(GOMES, Orlando. Sucessões. 7ª ed. São Paulo: Editora Forense, p. 164-165).

Acerca do alcance da interpretação do art. 1.911 do Código Civil de 2002, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald esclarecem que “O art. 1.911 do Código Civil estabelece que a cláusula de inalienabilidade gravada sobre bens que compõem a herança implica, automaticamente, nas cláusulas de ‘impenhorabilidade e incomunicabilidade’. Ou seja, basta gravar o patrimônio transmitido com a cláusula de inalienabilidade para que as demais decorram de pleno direito. A recíproca, entretanto, não é verdadeira. Por isso, as cláusulas de impenhorabilidade e de incomunicabilidade podem ser impostas isoladamente, produzindo efeitos únicos. A cláusula de inalienabilidade, porém, se apresenta

mais larga e profunda, trazendo consigo, a reboque, as demais” (FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Neslon. Curso de Direito Civil. Sucessões. Vol. 7. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 464).

Dessa forma, sendo a inalienabilidade de maior amplitude, é decorrência natural que implique na proibição de penhorar e comunicar, tudo isso seguindo a lógica da antiga máxima de que “in eo quod plus est semper inest et minus” (quem pode o mais, pode o menos).

Porém, o contrário não se verifica. A impenhorabilidade e a incomunicabilidade possuem objetos mais limitados, específicos. A primeira se volta tão somente para os credores e a segunda impõe-se ao cônjuge do beneficiário (donatário ou herdeiro).

Nessa seara, é consectário lógico que a previsão de cláusula mais restritiva não possa abranger objeto mais extenso.

Esse é o sentido jurídico pelo qual o legislador do Código Civil de 2002 limitou-se a estabelecer, no *caput* do art. 1.911, uma única direção para a norma proibitiva, isto é, que a inalienabilidade implica automaticamente na impenhorabilidade e na incomunicabilidade, restringindo a tanto a vedação.

Com efeito, outro sentido não seria possível, a exemplo do que acontece com o bem de família. Explica-se.

A norma jurídica dá guarida legal ao bem de família, entendido como aquele o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, resguardando-o contra execução por dívidas em razão da impenhorabilidade. Como se sabe, essa proteção, contudo, não impede a alienação do bem, que continua de livre disposição de seus proprietários, ou seja, nesse caso, também, a impenhorabilidade não implica inalienabilidade.

Importante destacar que, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, este Superior Tribunal teve oportunidade de se debruçar sobre o tema, e, naquela ocasião, em precedente da lavra do e. Ministro Barros Monteiro, ficou constando que “O gravame da impenhorabilidade pode ser instituído independentemente da cláusula de inalienabilidade. O donatário não estará impedido de alienar; mas o bem ficará a salvo de penhoras”.

O julgado restou assim ementado:

Execução. Doação. Impenhorabilidade. Subsistência cláusula, independentemente da possibilidade de alienação dos bens.

- O gravame da impenhorabilidade pode ser instituído independentemente da cláusula de inalienabilidade. O donatário não estará impedido de alienar; mas o bem ficará a salvo de penhoras.

Recurso especial conhecido e provido para anular a penhora.

(REsp 226.142/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 02/03/2000, DJ 29/05/2000, p. 160)

Porém, tendo em vista que referido julgado fora proferido ainda sob a diretriz do Código Civil de 1916, em interpretação do comando legislativo do art. 1.676, necessário averiguar se tal entendimento pode ser extraído do atual texto do *caput* do art. 1.911 do Código Civil de 2002.

Assim, à luz dos ensinamentos trazidos, a exegese que se extrai do artigo de lei ora em evidência é a de que a proibição de alienar implica não penhorar e não comunicar o bem porque é disposição mais abrangente. No entanto, o gravame autônomo da impenhorabilidade ou da incomunicabilidade não impede a alienação, na medida em que seus objetos são mais limitados do que o daquela cláusula.

Conclui-se, portanto, que a melhor interpretação do *caput* do art. 1.911 do Código Civil de 2002 é aquela que conduz ao entendimento de que: a) há possibilidade de imposição autônoma das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, a critério do doador/instituidor; b) uma vez aposto o gravame da inalienabilidade, pressupõe-se, *ex vi lege*, automaticamente, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade; c) a inserção exclusiva da proibição de não penhorar e/ou não comunicar não gera a presunção da inalienabilidade; d) a instituição autônoma da impenhorabilidade não pressupõe a incomunicabilidade e vice-versa.

Por derradeiro, ainda à guisa dos efeitos das cláusulas restritivas ora *sub judice*, é importante recordar que no caso em análise, a doadora Cecília Simonini de Oliveira Ramos, livre e conscientemente, adotou uma medida que exigiu uma efetiva providência de sua parte, daí porque não se pode, onde a lei não determina, dar ao ato que a doadora cometeu, onerosidade e restrições mais amplas do que aquelas que ela própria pretendeu instituir.

Assim, diante das lições doutrinárias elencadas e à luz da hermenêutica jurídica, atentando-se à realidade do caso concreto, pode-se concluir pela possibilidade de alienação do bem gravado somente com as cláusulas de impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade sem necessidade de sub-rogação do produto da venda.

3. *Solução do caso concreto.*

Estabelecidas, portanto, as premissas da exegese do art. 1.911, *caput*, do Código Civil de 2002, cabe, por fim, aplicar o direito ao caso concreto.

Na presente hipótese, o Tribunal de origem negou provimento à apelação da recorrente, por entender pela indissociabilidade das três restrições (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade), desse modo, seria impossível o cancelamento dos gravames, que somente se encerrariam com a morte da beneficiária.

Porém, diante do esforço interpretativo feito até aqui, permite-se aferir que as instâncias ordinárias se excederam no rigor atribuído às cláusulas realmente instituídas pela doadora à beneficiária, isso porque, no caso em exame, chega-se à conclusão pela possibilidade de alienação do imóvel recebido em doação clausulado apenas com a impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Com efeito, segundo a direção traçada pelas técnicas de hermenêutica jurídica aplicadas à interpretação do art. 1.911 do Código Civil de 2002, reconhece-se perfeitamente possível a alienação do imóvel objeto do presente debate, porquanto somente onerado com a proibição de penhorar e comunicar.

Efetivamente, a exegese do comando legal do art. 1.911 do Código Civil de 2002, como exposto, conduz à conclusão de que a norma legal somente permite presumir, *ex auctoritate legis*, que a inalienabilidade conduz, sim, à incomunicabilidade e à impenhorabilidade, porém não o contrário.

À vista de tais fundamentos, portanto, não há que se falar em inalienabilidade do imóvel gravado, exclusivamente, com as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade.

4. *Dispositivo.*

Do exposto, dá-se provimento ao recurso especial a fim de julgar procedentes os pedidos veiculados na demanda para declarar que a oposição somente das cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre o imóvel objeto do presente feito não impede a sua alienação, que poderá ser realizada sem exigência de sub-rogação das cláusulas em outro bem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.660.278-RJ (2012/0275780-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi
Recorrente: Antonio Carlos Neves de Menezes
Recorrente: Jose Maria de Souza
Recorrente: Lecy Nunes de Souza
Recorrente: Elson José Apecuitá
Advogados: Layz Oliveira de Souza - RJ099193
 Alda Regina Abreu da Silva Velho - RJ133030
 Adriana Brandão Haas - RJ001643B
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Interes.: Raul de Sousa Silveira
Advogado: Álvaro Ayres Pereira - RJ011505

EMENTA

Recurso especial. Ação de responsabilidade civil movida pelo Ministério Público em face de ex-administradores de empresa seguradora, julgada em conjunto com medida cautelar de arresto. Tribunal *a quo* que condenou os gestores a repararem os prejuízos causados à coletividade de credores. Com amparo na responsabilidade objetiva, por não terem envidado esforços para o soerguimento da empresa.

Insurgência dos demandados.

Hipótese: A controvérsia cinge-se à análise acerca da viabilidade da extensão da responsabilidade preconizada na Lei 6.024/74 a ex-administradores de seguradora em liquidação extrajudicial, por prejuízos gerados à coletividade de credores, em virtude de supostos atos omissivos no soerguimento da empresa.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras ou a ela equiparadas em liquidação é subjetiva, na esteira do que dispõem os artigos 39 e 40 da Lei n. 6.024/74. Precedentes.

2. A gravidade dos efeitos da ação de responsabilidade civil exige a verificação *concreta* de indícios de má gestão por parte dos

demandados, do descumprimento dos deveres legais e/ou contratuais, da deslealdade para com os segurados, do privilégio de interesses outros que não os coletivos, da realização de investimentos incompatíveis ou fora dos limites estabelecidos legalmente, da ausência deliberada de transparência ou tantos outros fatos que poderiam corroborar a existência de causa justa apta a evidenciar a procedência do pedido de responsabilização.

3. No caso, não se verifica qualquer desses indícios, pois é incontroverso dos autos que ao tempo em que os insurgentes assumiram a administração da seguradora, essa já tinha passado por muitos anos de regime de direção fiscal a cargo da própria SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, bem ainda pelo decreto de sua primeira liquidação extrajudicial, que, a despeito de ter sido anulada por deliberação exarada por esta Corte Superior, já denotava existir inegável passivo a descoberto na empresa, com prejuízos evidentes e estado falencial iminente, ou seja, estava em situação no mínimo peculiar a evidenciar que o seu soerguimento já era de todo extremamente difícil.

4. Recurso especial provido para, relativamente aos ora insurgentes, restabelecer a sentença no que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na ação de responsabilidade civil e na medida cautelar de arresto.

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, indeferir o pedido de retirada de pauta e *dar* provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

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

Brasília (DF), 30 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 12.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Antonio Carlos Neves de Menezes e Outros*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘c’ da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, trata-se de ação de responsabilidade civil, distribuída por dependência à ação cautelar de arresto, intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de *Raul de Sousa Silveira, Antonio Carlos Neves de Menezes, José Maria de Souza, Lecy Nunes de Souza e Elson José Apecuitá*, com base no art. 46 da Lei 6.024/74, objetivando a condenação dos réus a indenizarem todos os prejuízos causados à coletividade de credores de *Nova York Companhia de Seguros*, cuja liquidação extrajudicial foi decretada pela SUSEP através da Portaria n. 1.097, em 08/05/2001.

Narra o *Parquet* estadual que, em 1987, por meio da Portaria SUSEP 54/87, foi instaurado regime especial de direção fiscal da *Nova York Companhia de Seguros*, época em que ainda ostentava a denominação *Vox Seguradora S/A*, tendo sido a primeira liquidação extrajudicial decretada em 14/07/92, por meio da Portaria SUSEP 529/92, tendo em vista a sua incapacidade de honrar compromissos junto à coletividade de credores, oportunidade na qual era administrada e presidida pelo primeiro réu *Raul de Sousa Silveira*.

Afirma que após severa discussão judicial foi declarada nula a Portaria SUSEP 529/92, fazendo com que reiniciasse o regime de direção fiscal na seguradora, então administrada e pertencente à falida *Capemi Administração e Participações Ltda.*

Em 29/04/1998, a empresa *Golden Line Indústria e Comércio Ltda.* arrematou nos autos da falência de *Capemi Administração e Participações Ltda.* as ações ordinárias de *Nova York Companhia de Seguros* e, em seguida, cedeu seus direitos à empresa *Merida Overseas Int-L Ltd*, companhia constituída segundo as leis das Ilhas Virgens Britânicas. A partir de então, indicados pela empresa *Merida*, o segundo, terceiro, quarto e quinto demandados passaram

a administrar a seguradora, juntamente com o primeiro que já a administrava como seu diretor e presidente desde o ano de 1980.

Passados mais de três anos de administração, “os requeridos nada fizeram para recuperação da seguradora, deixando, de forma injustificada, de proceder aos aportes financeiros necessários, de molde a cristalizar e a agravar os prejuízos causados aos respectivos credores, a própria empresa e a terceiros”, sendo conclusivo o inquérito administrativo instaurado pela SUSEP, que apurou a existência de um passivo a descoberto na ordem de R\$ 2.686.876,83 (dois milhões seiscentos e oitenta e seis mil e oitocentos e setenta e seis reais e oitenta e três centavos), o qual, segundo se sustenta, deve ser suportado de forma solidária pelos ex-administradores da empresa liquidanda, seja por força da *teoria da responsabilidade objetiva*; seja por força de efetiva *ocorrência de culpa*, considerando os atos de má gestão por eles perpetrados à frente da empresa seguradora.

O primeiro réu *Raul de Souza Silveira* apresentou contestação arguindo, preliminarmente: a ocorrência de coisa julgada, em razão do Mandado de Segurança n. 92/0025128-5, o qual foi julgado procedente pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que anulou a Portaria n. 529/92, que decretou a primeira liquidação extrajudicial, de modo que a presente ação deve ser extinta, com resolução do mérito, na forma do art. 267, V, do CPC/73; ilegitimidade passiva *ad causam*, já que, durante todo o ciclo da vida da *Nova York Companhia de Seguros* não praticou qualquer ato de gestão, enfatizando que a SUSEP era quem mantinha a administração fiscalizadora da seguradora, pelo que pleiteia o indeferimento da petição inicial, com base no art. 295, II, do CPC/73.

Alega, também, a decadência do direito de ação, em razão da inobservância, por parte do Ministério Público, do prazo previsto no art. 806 do CPC/73 e no art. 46, parágrafo único da Lei 6.024/74.

No mérito, sustenta que, durante o período de 02 de junho de 1997 a 31 de dezembro, de 1997, atuou em conjunto com o Diretor Fiscal na administração da empresa, não possuindo poderes para dirigi-la e coordená-la, não podendo, portanto, ser responsável pela situação financeira da empresa, eis que não extrapolou seus deveres funcionais, tampouco deu causa ao resultado.

Por fim, afirma que, originalmente, a Lei 6.024/74 possuía abrangência restrita às instituições financeiras, de modo que somente com o advento da Lei 10.190/01 as empresas seguradoras foram equiparadas às instituições financeiras no tocante à sua liquidação, pelo que, a lei modificadora possui eficácia “*ex nunc*”, não podendo ser aplicada a fatos pretéritos.

Os réus *Lecy Nunes de Souza, Elson Jose Apecuitá, Antônio Carlos Neves Menezes e José Maria de Souza* apresentaram contestação com os mesmos fundamentos, aduzindo, em síntese, que reconhecem que exerciam a gerência da sociedade em conjunto, contudo os atos ou omissões praticados durante sua gestão não contribuíram para os prejuízos da empresa liquidanda, uma vez que a mesma já se encontrava sob o regime de direção fiscal imposto pela SUSEP, através da Portaria 1.097/97, logo não possuem qualquer responsabilidade pelos prejuízos, sendo certo que o art. 40 da Lei 6.024/74 limita a responsabilidade objetiva dos administradores às obrigações assumidas durante o período de sua gestão.

O magistrado *a quo*, pela sentença de fls. 513-527, julgou improcedentes os pedidos deduzidos na ação de responsabilidade civil (Processo n. 2007.001.170287-7) e na ação cautelar de arresto (Processo n. 2006.001.035450-5).

Em ambos os feitos, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal Fluminense provido os reclamos para condenar os réus a indenizarem todos os prejuízos causados à coletividade de credores de *Nova York Companhia de Seguros*, bem como determinar o arresto de todos os bens dos demandados, para garantia da execução, impondo-lhes o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, a serem revertidos em benefício do Fundo Especial do Ministério Público, corrigidos a partir do julgamento.

Confira-se, por oportuno, a ementa:

Apelação cível. Ação de responsabilidade civil movida em face de ex-administradores de empresa seguradora, julgada em conjunto com medida cautelar de arresto. Improcedência. Reforma que se impõe. Responsabilidade civil objetiva é solidária dos ex-administradores, com base nos art. 39 e 40 da Lei 6.024/74. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Administradores que “não envidaram esforços para o soerguimento da empresa”. Presença do nexo de causalidade a ensejar a responsabilidade dos réus a reparar os prejuízos causados à coletividade de credores.

Provimento do recurso em ambos os feitos.

Opostos embargos de declaração (fls. 589-599) pelos ora recorrentes, esses foram desprovidos (fls. 601-604). O codemandado na ação originária, ora interessado, também opôs embargos de declaração (fls. 607-608), que não foram conhecidos, em razão da intempestividade (fls. 611-614).

Em suas razões de recurso especial (fls. 617-648), os recorrentes apontam violação aos artigos 39 e 40 da Lei n. 6.024/74, bem como suscitaram dissídio jurisprudencial, sustentando, em síntese, que não podem ser responsabilizados por prejuízos anteriores a sua gestão.

Aduzem que, apesar da existência de um passivo a descoberto na ordem de R\$ 2.462.137,54 (dois milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, cento e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos), a seguradora já estava em situação periclitante muito antes dos réus entrarem para o quadro societário, motivo pelo qual estariam isentos de responsabilidade, haja vista que não participaram da gestão na qual foram constatados os prejuízos, faltando o necessário nexo causal capaz de ensejar a condenação.

Contrarrazões às fls. 712-720.

Em razão do juízo negativo de admissibilidade na origem (fls. 722-726), os insurgentes interpuseram o recurso de agravo (fls. 731-763), o qual fora, inicialmente, não conhecido, por decisão monocrática da lavra deste signatário (fls. 798-799).

Em sede de agravo interno (fls. 803-810), a decisão foi reconsiderada, para prover e converter o agravo (art. 544 do CPC/73) em recurso especial para melhor análise da matéria (fls. 832-833).

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 842-848, opinou pelo não conhecimento do recurso especial, em razão da incidência das Súmulas 283 do STF, 7 do STJ, bem como por não ter sido realizado o necessário cotejo analítico.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar.

A controvérsia cinge-se à análise acerca da viabilidade da extensão da responsabilidade preconizada na Lei 6.024/74 a ex-administradores de seguradora em liquidação extrajudicial, por prejuízos gerados à coletividade de credores, em virtude de supostos atos omissivos no soerguimento da empresa.

1. Inicialmente, é imprescindível ressaltar que o Decreto-Lei n. 73 de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, sujeita as sociedades seguradoras à liquidação compulsória. Segundo a

doutrina de Rubens Requião (Curso de Direito Falimentar, 2 vol., 4ª edição, pp. 264/265), tal regime de cessação compulsória das atividades constitui verdadeira liquidação extrajudicial, nos termos da legislação específica aplicável, pois as companhias de seguro foram equiparadas a instituições financeiras por força do disposto no art. 18, § 1º, da Lei n. 4.595/64, motivo pelo qual as sociedades seguradoras estão submetidas à liquidação extrajudicial e ao regime estabelecido pela Lei n. 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências.

Ademais, a liquidação extrajudicial das sociedades seguradoras foi delegada à SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, nos termos do § único do artigo 3º da Lei n. 10.190/2001, não obstante o Decreto-Lei n. 73/66 atribua ao Ministro de Indústria e Comércio a competência para a cessação das operações das sociedades seguradoras. Como se vê, os artigos 1º da Lei n. 6.024/74 e 3º, parágrafo único da Lei n. 10.190/2001 derrogaram essa parte do Decreto-Lei, motivo por que, no caso concreto, o inquérito administrativo que apurou os supostos atos atentatórios cometidos contra a Nova York Companhia de Seguros foi realizado pela SUSEP, a qual apurou a existência de um passivo a descoberto na ordem de R\$ 2.686.876,83 (dois milhões seiscentos e oitenta e seis mil e oitocentos e setenta e seis reais e oitenta e três centavos).

Pois bem. Narra o *Parquet*, na inicial, que após a conclusão do inquérito previsto no art. 41 da Lei n. 6.024/74, que apontou a existência de prejuízo à coletividade de credores, a SUSEP, descumprindo o previsto no art. 45 do referido normativo, *arquivou o procedimento sob o argumento de que os ora insurgentes não foram os causadores do prejuízo, posto que teriam passado a administrar a seguradora somente após a primeira liquidação extrajudicial e quando esta estava sob o regime de direção fiscal, razão por que faltaria nexo causal para o reconhecimento de sua responsabilidade civil.*

Discordando do referido entendimento, o órgão do Ministério Público requisitou a vinda do inquérito – no seu entender ilegalmente arquivado – e ajuizou a competente ação cautelar de arresto de bens – que ora é julgada concomitantemente a este feito – e, no prazo legal constante do parágrafo único do art. 46 da Lei 6.024/74, a presente ação de responsabilidade civil contra os ex-administradores, recebendo ambos os feitos sentença de improcedência dos respectivos pedidos.

Em sede recursal, o Tribunal *a quo*, reputando ser *objetiva* a responsabilidade dos ex-administradores da empresa de seguros, sendo por isso prescindível a

apuração de culpa dos responsáveis, condenou-os solidariamente, sob a assertiva de que os insurgentes teriam conhecimento das reais condições nas quais se encontrava a empresa quando nela ingressaram, inexistindo nos autos indícios de que efetivamente tenham envidado esforços para o seu soerguimento ou para minorar os prejuízos a terceiros. Assim, o nexó causal estaria evidenciado, uma vez que a conduta reputada irregular teria contribuído de forma efetiva para agravar os danos aos credores da seguradora.

Confira-se, por oportuno, além do encadeamento dos fatos necessários ao deslinde da controvérsia, os fundamentos basilares do entendimento preconizado pela Corte local:

Embora já exaustivamente relatados estes autos importa realizar um pequeno resumo da trajetória da empresa Nova York Companhia de Seguros.

No ano de 1987, quando a referida companhia ainda ostentava a denominação Vox Seguradora S.A., foi instalado regime de direção fiscal da empresa pela Susep, e no ano de 1992, foi decretada a sua primeira liquidação extrajudicial, pela portaria Susep 529/92, a qual, contudo, foi declarada nula pelo STJ, motivo pelo qual foi reiniciado o regime de direção fiscal, agora já pertencente e administrada pela Capemi Administração e Participações Ltda.

Em 1998, a empresa Mérida Overseas Int Ltda, com sede nas Ilhas Virgens Britânicas, foram cedidos os direitos sobre a seguradora pela empresa que arrematou suas ações nos autos da falência da Capemi.

Assim, em 1998, a Mérida Overseas indicou o segundo, terceiro, quarto e quinto réus, ora apelados, para a administração da seguradora, juntamente com o primeiro réu, conforme adiante será demonstrado, eis que este último esteve como diretor e presidente desde o ano de 1980.

Três anos após, em 2001, a seguradora teve a sua segunda liquidação extrajudicial decretada, tendo aí sido constituída Comissão para apurar a responsabilidade de seus ex-administradores.

Assim, realizado o inquérito administrativo, o qual instrui a inicial da presente ação, concluiu a Susep que, apesar da existência de um passivo a descoberto na ordem de R\$ 2.462.137,54, já estava a seguradora em situação periclitante muito antes dos réus entrarem para o quadro societário, motivo pelo qual eles estariam isentos de responsabilidade.

Como destacado, inclusive na sentença, a responsabilidade dos administradores é subjetiva, nos termos do art. 39, e objetiva e solidária nos termos do art. 40, sendo que a solidariedade compreende o período de 5 anos que antecedeu a liquidação extrajudicial, como afirma o art. 43:

[...]

Tal entendimento foi adotado pelo STJ, no julgamento do REsp 529.069/SP, em que foi Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, bem como no REsp 171.748/RO, de relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins, cujo seguinte trecho destaca-se: "*A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, ou seja, são responsáveis todos aqueles que solidariamente tenham **participado da gestão em que se verificou o prejuízo.***"

Desnecessário, portanto, provar-se a culpa dos ex-administradores, importando, tão somente, verificar-se a existência de nexo de causalidade, ou seja, não é prescindível a prova da prática de qualquer ato que tenha causado prejuízo à empresa, bastando verificar-se a incapacidade da seguradora de honrar seus compromissos para que os ex-administradores sejam responsáveis a reparar o dano.

[...]

E aí é que, com a devida vênia, tem-se de discordar do entendimento da ilustre Magistrada sentenciante, pelo qual não se configurou o nexo causal pois segundo o relatório da Susep a empresa já estava em estado de falência muito antes de o segundo, terceiro, quarto e quinto réus nela ingressarem.

De fato, a conclusão final do relatório foi a de isentar os réus da responsabilidade pela quebra da seguradora.

[...]

Importa, assim, em primeiro lugar, verificar se o réu *Raul de Sousa Silveira* esteve ou não à frente da administração da seguradora, conclusão a que se chegará através de meticulosa análise dos documentos juntados aos autos.

[...]

Portanto, diante do acervo probatório dos autos, e não tendo o réu logrado êxito em fazer prova do contrário, pois não juntou nenhum documento que comprovasse que não esteve à frente da empresa por todos esse anos, ou que outros ali estivessem, tendo somente tecido alegações quanto à sua ausência de responsabilidade, tem-se que *efetivamente esteve ele como diretor da seguradora desde o ano de 1980.*

E na companhia continuou, mesmo quando em 1998, por indicação da empresa Mérida, ingressaram no quadro de administradores os demais réus.

De outro lado, no lapso temporal transcorrido entre a sua entrada na seguradora e a decretação da segunda liquidação extrajudicial, em 2001, observa-se que em nada colaboraram os réus para o seu soerguimento.

[...]

Ora, se **os réus sabiam das condições em que se encontrava a empresa quando nela ingressaram, nada fizeram, pois não há indícios de que efetivamente tenham realizado qualquer esforço para tanto.**

É no mínimo estranho que **os réus, quando assumiram o controle acionário, sabendo que já se encontrava a seguradora em situação quase irreversível, como aponta o relatório**, não efetuaram qualquer tentativa para salvá-la ou, ao menos, para minorar o prejuízo a terceiros, deixando transparecer que somente ali permaneceram para que transcorresse o prazo de cinco anos que antecedeu à liquidação extrajudicial.

A questão aqui não é que os administradores estejam sendo responsabilizados por prejuízos em razão de terem falhado nas tentativas de soerguimento da empresa, mas sim porque **não se esforçaram para tanto, de modo que o seu simples não comprometimento para com a empresa foi suficiente para causar, sim, prejuízo.**

Entende-se presente o nexa causal justamente pelo fato de a empresa já vir atravessando terrível cenário, advindo da administração pretérita, onde o réu Raul de Sousa Silveira figurava como diretor, e mesmo assim assumiram os demais réus seu controle acionário, sem terem assumido, contudo, a intenção real de reerguê-la, saltando aos olhos o fato de não negarem, em sua defesa, a ocorrência de prejuízo, mas tão somente a ausência de nexa causal.

[...]

Há de se concluir, portanto, que os réus são solidariamente responsáveis por todos os prejuízos causados aos credores da seguradora, merecendo, assim, reforma a sentença atacada.

Como se vê, o acórdão impugnado deixa claro que: i) o ex-administrador Raul de Sousa Silveira - que não figura como recorrente - esteve como diretor da seguradora desde o ano de 1980; ii) os demais ex-administradores, ora insurgentes, ingressaram no quadro de administradores da seguradora em 1998, quando a situação da empresa era, no entender da Corte de origem, *quase irreversível* e após ter essa passado por período de regime de direção fiscal e de no ano de 1992 ter sido decretada a sua primeira liquidação extrajudicial.

Afirma, também, que “realizado o inquérito administrativo, [...] **concluiu a Susep que, apesar da existência de um passivo a descoberto na ordem de R\$ 2.462,137,54 [dois milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, cento e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos], já estava a seguradora em situação periclitante muito antes dos réus entrarem para o quadro societário, motivo pelo qual eles estariam isentos de responsabilidade**” (fl. 580).

Nesse cenário, entendeu o Tribunal de origem que as evidências de que os recorrentes em nada contribuíram para soerguer a financeira seriam suficientes para responsabilizá-los pelos prejuízos causados, inclusive decorrentes de obrigações assumidas em gestões anteriores, invocando para tanto, os ditames dos artigos 39 e 40 da Lei 6.024/74.

Por pertinência, transcrevem-se os referidos dispositivos:

Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, *pelos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido*.

Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas *durante sua gestão*, até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante e dos prejuízos causados.

Ocorre que, diversamente do entendimento preconizado pela instância precedente, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, em quaisquer das situações descritas nos mencionados dispositivos, a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras (ou a ela equiparadas) em liquidação *é subjetiva*.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Recurso especial. Ação cautelar de arresto. Responsabilidade dos administradores do Instituto Aerus de Seguridade Social e das patrocinadoras (Varig, Transbrasil e Interbrasil) pela extinção dos planos de benefício, intervenção e extinção da entidade previdenciária. Ação proposta contra 159 administradores. Desmembramento para cinco réus por demanda. Procedência em relação a um deles. Prescrição.

1. *A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras em liquidação é subjetiva, na esteira do que dispõem os artigos 39 e 40 da Lei n. 6.024/74, assim como o é a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas patrocinadoras.*

2. Se a eventual responsabilização dos administradores está, de um modo ou de outro, vinculada à prática de determinadas ações ou omissões culposas, consoante dispõem os arts. 39 da Lei 6.024 e 63 da LC 109/01, para se reconhecer justa causa na ação que visa ao arresto de bens dos demandados para o resguardo de futura execução, cumpre ao demandante demonstrá-las mediante um mínimo embasamento probatório.

(...)

6. *Recursos especiais desprovidos.*

(REsp 1.610.938/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016)

Civil e Processual. Ação civil pública. Recurso adesivo. Deserção. Legitimidade do Ministério Público. Precedentes. Instituição financeira em liquidação. Responsabilidade dos administradores. Natureza.

[...] 3. *A responsabilidade dos administradores de instituição financeira em liquidação é subjetiva, conforme dispõem os artigos 39 e 40 da Lei n. 6.024/74 - Precedentes da 3ª Turma do STJ.*

4. A não aferição de responsabilidade individual de cada réu, segundo as regras da Lei n. 6.024/74, viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

5. Recurso adesivo não conhecido por ausência de preparo. Recursos especiais remanescentes parcialmente conhecidos e nessa extensão providos para cassar o acórdão recorrido e anular a sentença. (REsp 730.617/SP, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 06/09/2011) [grifou-se]

Direito Civil e Bancário. Regime de Administração Especial Temporária (RAET). Ação civil de responsabilidade objetiva. Lei n. 6.024/1974, arts. 39 e 40. Decreto-Lei n. 2.321/1987, art. 15. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ocorrência em tese. Inexistência de credores insatisfeitos e de passivo a descoberto. Falta de interesse processual. Recurso adesivo. Honorários advocatícios de sucumbência a cargo do Ministério Público. Ausência de má-fé. Não cabimento.

1. *O art. 39 da Lei n. 6.024/1974 trata de hipótese de responsabilidade subjetiva dos administradores e conselheiros fiscais de instituição financeira submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial, falência e administração temporária. Respondem eles somente pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido com culpa ou dolo.*

2. *O art. 40 também cuida de **responsabilidade subjetiva** e apenas complementa o dispositivo anterior, estabelecendo a solidariedade entre os administradores culposos e a instituição financeira em relação às obrigações por esta assumidas durante a gestão daqueles, até que sejam cumpridas.*

3. A Lei n. 6.024/1974, todavia, autoriza a inversão do ônus da prova, de modo que compete aos administradores da instituição demonstrar que atuaram com o devido zelo, a fim de não serem responsabilizados pelos prejuízos causados.

[...]

9. Recurso especial desprovido. Recurso especial adesivo não conhecido.

(REsp 962.265/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011) [grifou-se]

Direito Processual Civil e Comercial. Desconsideração da personalidade jurídica de instituição financeira sujeita à liquidação extrajudicial nos autos de sua falência. Possibilidade. A constrição dos bens do administrador é possível quando este se beneficia do abuso da personalidade jurídica.

(...)

- O administrador, mesmo não sendo sócio da instituição financeira liquidada e falida, responde pelos eventos que tiver praticado ou omissões em que houver incorrido, nos termos do art. 39, Lei 6.024/74, e, solidariamente, pelas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até que estas se cumpram, conforme o art. 40, Lei 6.024/74. A responsabilidade dos administradores, nestas hipóteses, é subjetiva, com base em culpa ou culpa presumida, conforme os precedentes desta Corte, dependendo de ação própria para ser apurada.

(...)

Recurso Especial provido.

(REsp 1.036.398/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 03/02/2009)

Direito Civil e Bancário. Liquidação extrajudicial de Consórcio, pelo Banco Central, com fundamento na Lei n. 6.024/74. Propositura de ação civil pública para a responsabilização dos administradores.

Acolhimento, pelo Tribunal *a quo*, da tese de que seria objetiva sua responsabilidade, com fundamento no art. 40 da Lei n. 6.024/74. Reforma da decisão.

(...)

- A regra do art. 39 da Lei n. 6.024/74 regula uma hipótese de responsabilidade contratual; a do art. 40 da mesma lei, uma hipótese de responsabilidade extracontratual. Ambas as normas, porém, estabelecem a responsabilidade subjetiva do administrador de instituições financeiras ou consórcio. Para que se possa imputar responsabilidade objetiva, é necessária previsão expressa, que a Lei n. 6.024/74 não contém. O art. 40 meramente complementa o art. 39, estabelecendo solidariedade que ele não contempla.

- A Lei n. 6.024/74, todavia, autoriza a inversão do ônus da prova, de modo que compete aos administradores da instituição demonstrar que atuaram com o devido zelo, impedindo sua responsabilização pelos prejuízos causados.

- Não tendo sido conferido aos réus a oportunidade comprovar sua ausência de culpa, é necessária a anulação do processo para que o processo ingresse na fase de instrução, devolvendo-se os autos ao juízo de primeiro grau.

Recurso especial provido.

(REsp 447.939/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 25/10/2007, p. 166)

Recurso especial. Instituição financeira sob Regime de Administração Especial Temporária (RAET). Arresto de bens de ex-administradores. Competência de órgãos da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Configuração. Análise de

recepção da Lei n. 6.024/74 pela Constituição Federal de 1988. Inviabilidade. Afronta ao art. 165 e 468 do CPC por falta de fundamentação. Não ocorrência. Omissão pelo acórdão *a quo*. Inexistência. Legitimidade do *Parquet* carioca em prosseguir em ação que, em razão de declaração de incompetência, foi remetida para Juízo do Rio de Janeiro. Caracterização. Incidência do arresto sobre bens já objeto da indisponibilidade do art. 36 da Lei de Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras. Admissibilidade. Arresto de bens de ex-administradores. *Fumus boni iuris* apoiado apenas na constatação do inquérito do Banco Central acerca da existência de prejuízos. Possibilidade, dada a presunção *iuris tantum* de culpa dos ex-administradores. Legitimidade do *Parquet* ou do Banco Central para buscar a responsabilização de ex-administradores de instituição financeira socorrida pelo Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Sistema Financeiro Nacional (PROER). Razões do recurso especial divorciadas do âmbito normativo dos dispositivos tidos por violados. Súmula n. 284/STF. Incidência. Condenação do *Parquet* ao pagamento dos ônus sucumbenciais em medida cautelar preparatória de ação civil pública de responsabilidade de ex-administradores. Impossibilidade, salvo má-fé. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa extensão, provido em parte.

(...)

6. A indisponibilidade de bens prevista no art. 36 da Lei n. 6.024/74 não obsta o Ministério de Público de, até o limite dos prejuízos apurados no inquérito instaurado pelo Banco Central, promover a ação cautelar de arresto sobre todo o acervo patrimonial dos ex-administradores, com inclusão dos bens indisponíveis.

7. A responsabilidade do art. 40 da Lei n. 6.024/74 é subjetiva, fundada na presunção *iuris tantum* de culpa do ex-administrador pelos prejuízos causados à instituição financeira.

(...)

14. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesse ponto, parcialmente provido.

(REsp 819.217/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/09/2009, DJe 06/11/2009)

Como se pode notar, segundo o artigo 39 da Lei n. 6.024/1974, os administradores de instituições financeiras ou a ela equiparadas respondem pelos atos que tiverem praticado ou *omissões em que houverem incorrido*, a qualquer tempo.

Já o artigo 40 do referido diploma legal dispõe que estes respondem, solidariamente, pelas obrigações assumidas pela instituição *durante sua gestão*, até que estas se cumpram.

Porém, repisa-se, em ambos os casos, a responsabilidade dos administradores é subjetiva e, ainda que a Lei n. 6.024/1974 inverta o ônus da prova, imputando aos administradores o dever de demonstrar que atuaram com o devido zelo, a culpa presumida refere-se, indubitavelmente, aos danos causados por obrigações assumidas *durante a gestão* daqueles, estabelecendo-se, por conseguinte, o correlato nexos causal.

Inegavelmente, a gravidade dos efeitos da presente demanda exige a verificação *concreta* de indícios de má gestão por parte dos demandados, do descumprimento dos deveres legais e/ou contratuais, da deslealdade para com os segurados, do privilégio de interesses outros que não os coletivos, da realização de investimentos incompatíveis ou fora dos limites estabelecidos legalmente, da ausência deliberada de transparência ou tantos outros fatos que poderiam corroborar a existência de causa justa apta a evidenciar a procedência do pedido de responsabilização.

Na hipótese ora em foco, não se verifica qualquer desses indícios, pois é incontroverso dos autos que ao tempo em que os insurgentes assumiram a administração da seguradora, essa já tinha passado por muitos anos de regime de direção fiscal a cargo da própria SUSEP, bem ainda pelo decreto de sua primeira liquidação extrajudicial, que, a despeito de ter sido anulada por força da deliberação exarada no MS 1.912-8 por esta Corte Superior, já denotava existir inegável passivo a descoberto na empresa, com prejuízos evidentes e estado falencial, ou seja, estava em situação no mínimo peculiar a evidenciar que o seu soerguimento já era de todo extremamente difícil.

Ademais, conforme expressamente aduziu a magistrada sentenciante, o inquérito administrativo instaurado, apesar de ter concluído pela existência de passivo a descoberto na ordem de aproximadamente R\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais) afirmou não terem os insurgentes gerado o prejuízo à seguradora, visto que quando do seu ingresso na companhia, mesmo tendo a situação econômica da seguradora ficado à cargo da própria SUSEP por longos anos de direção fiscal, a iminência da liquidação extrajudicial era notória.

Confira-se, nesse sentido, o trecho da sentença que inclui passagens elucidativas do relatório final elaborado no inquérito administrativo:

A SUSEP - Superintendência de Seguros Privados - através do inquérito administrativo que instrui a petição inicial -, de fato concluiu pela existência de um passivo a descoberto na ordem de R\$ 2.462.137,54, apurado até o dia 22/01/2002, data do relatório final por ela emitido. No entanto, *a autarquia*

federal concluiu que não foram os ex-administradores ora réus que deram causa a tal prejuízo, eis que a seguradora já ostentava situação financeira periclitante muito antes do ingresso dos réus no quadro societário, razão pela qual isentou-os da responsabilidade pela quebra da empresa. (...)

O relatório final emitido pela SUSEP é muito preciso nestes aspectos, e não foi infirmado por nenhum elemento cognoscível e realmente convincente do Ministério Público, merecendo destaque os seguintes trechos, que bem elucidam a questão:

A sociedade liquidanda teve em sua vida societária uma peculiar estória a ser observada. Desde o ano de 1987, ainda sob a denominação de Vox Seguradora S/A, já ostentava uma direção fiscal em suas atividades, regime que se manteve até março de 1990.

Logo após, em outubro do mesmo ano de 1990, outra direção fiscal foi plantada na - agora - Nova York Cia de Seguros. O novo regime perdurou até julho de 1992 e resultou, imediatamente, na instauração da liquidação extrajudicial. Desta decisão, a seguradora ingressou na via judicial e percorreu, até ao Superior Tribunal de Justiça, onde logrou êxito em anular a Portaria n. 529/92, já no ano de 1997. Passaram-se, portanto, quase cinco longos anos em que a seguradora apenas viveu sob a faina de velório.

Em maio de 1997 - Portaria n. 140/97, nova direção fiscal foi veiculada e mantida até maio de 2001, onde nova liquidação extrajudicial foi deflagrada. *Alinhando-se todo esse tempo (1987-2001), são quase 14 anos em que a seguradora vem apresentando um processo doentio e longínquo em sua situação financeira, em situação completamente atípica da necessária para o crescimento financeiro de qualquer empresa.*

Os ingressos dos administradores Raul de Souza Vieira, Antonio Carlos Neves de Menezes, José Maria de Souza, Lecy Nunes de Souza e Elson José Apecuitá deram-se, na sociedade, em períodos diferentes, mas todos dentro do lapso entre junho/97 e dez/2000, período que está inserido dentro do regime de direção fiscal da Portaria n. 140/97. Ou seja, os administradores referenciados ingressaram no quadro societário já sob o regime de direção fiscal. (...)

(...) As disposições do art. 39 e 40, da Lei n. 6.024/74 sempre suscitaram polêmica entre a definição de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva pelos atos ou omissões dos administradores da gestão da companhia.

Daí a relevância do registro dos fatos acima para a elucidação deste inquérito, porquanto entendemos vital a comprovação do nexo de causalidade entre os prejuízos sofridos pela seguradora e aqueles atos ou omissões dos administradores, sem o que nem seria cogitável a exigência estampada no art. 43 da lei citada, para fins de uma eventual ação civil de responsabilidade a ser promovida pelo Ministério Público.

Neste passo, deve ser considerado que *a companhia esteve sob a responsabilidade da própria SUSEP durante todo o período de liquidação extrajudicial e da Portaria n. 529/92 e, mesmo depois de anulada pelo STJ, imediatamente se iniciou a direção fiscal dada pela Portaria n. 140/97. Acontece que, o diretor fiscal nomeado nesta Portaria foi substituído por outro, através da Portaria n. 323/97, com posse em 09/12/97. Já naquela ocasião, a situação econômico-financeira da seguradora era insustentável.*

Em síntese, a, seguradora já apresentava um cenário quase irreversível em 02.02.98...

Ora, os administradores Antonio Carlos, José Mara, Lecv Nunes, Elson José somente ingressaram na sociedade em 30/06/98 (...) excluídos, por óbvio, de qualquer ato ou omissão que tenha dado causa ao cenário calamitoso já reconhecido e apurado pela autarquia em 02.02.98. Por outro lado, o administrador Raul de Souza Silveira, que teve seu ingresso em 02/06/97, não poderia ter dado causa a situação apontada, até porque as atividades da seguradora estavam paralisadas e sendo ladeadas pelo diretor fiscal Saulo de Tarso Ricco. O que se verifica, em verdade, é que esses administradores foram chamados à responsabilidade porque não cumpriram parte dos planos de recuperação que foram propostos posteriormente para sanear a seguradora durante os seus mandatos. E nisso é preciso a distinção: a responsabilidade que se apura no inquérito é pelos prejuízos causados pelos administradores a seguradora e não pelo mero insucesso das tentativas de soerguimento da seguradora nos chamados planos de recuperação.

Ora, chama atenção a não poder mais o fato de que a seguradora já estava combatida por uma liquidação extrajudicial a cargo da própria SUSEP por quase cinco anos. O que restou, os novos administradores poderiam ou não ter êxito em recuperá-la. Com efeito, um plano de recuperação é de natureza econômica, e seu eventual insucesso leva às vias da liquidação extrajudicial, como de fato acabou ocorrendo. É notório que os administradores arrolados neste inquérito não são os que deram causa ao prejuízo que a seguradora já ostentava muito antes de suas próprias posses no quadro societário. O Relatório de direção fiscal n. 15/2001 (...) noticia o agravamento da situação da seguradora, mas não imputa especificamente aos administradores quaisquer atos de responsabilidade pelas situações pretéritas...

Por outro lado, inexistente responsabilidade objetiva pelo simples fato de serem administradores da companhia, porquanto a demonstração do nexo de causalidade entre os prejuízos apurados e os atos ou omissões praticados pelos administradores é premissa estabelecida no art. 39, da Lei n. 6024174.

Afigura-nos, assim, estreme de dúvida que os prejuízos e o estado falencial da seguradora preexistia à nomeação dos administradores

investigados e, ainda, **que a própria fiscalização não imputou - especificamente - nenhum ato ou omissão deles como fato precursor da quebra da seguradora...** O agravamento da situação econômico-financeira da seguradora durante os seus mandatos tem nexos e origem inequívoca naqueles fatos pretérito.

Deve ainda ser considerado, a favor dos administradores, o fato de que os mesmos comprovaram nestes autos o efetivo interesse no soerguimento da seguradora... (grifos nossos)

Como se vê dos trechos acima destacados, em que pese fosse viável ao Ministério Público ao menos mencionar os eventuais atos omissivos realizados de forma específica pelos então gestores, não há na petição inicial o apontamento de qualquer ato capaz de evidenciar tenham os ora insurgentes contribuído para a efetiva derrocada da seguradora, notadamente em razão de, ao tempo em que ingressaram na administração, a situação da empresa ser “quase irreversível” nas palavras da instância precedente.

Assim, a conclusão alcançada pela Corte local, tanto no que assentou a responsabilidade objetiva, quanto na alegação de que os atos omissivos reputados aos ex-administradores afigurarem-se-iam evidenciados não “em razão de terem falhado nas tentativas de soerguimento da empresa, mas sim porque não se esforçaram para tanto, de modo que o seu simples não comprometimento para com a empresa foi suficiente para causar, sim, prejuízo”, além de dissonante da jurisprudência desta Corte, viola o disposto nos arts. 39 e 40 da Lei n. 6.024/1974, que expressamente limitam a responsabilidade dos administradores às obrigações assumidas durante sua gestão e por atos efetivos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido, afinal, a responsabilidade dos administradores deve ser apurada em razão dos prejuízos que eles causem à instituição financeira, e não pelo insucesso das tentativas de recuperação da empresa realizadas durante o período de direção fiscal.

Inegavelmente, a mera alegação de ausência de “esforço” para o soerguimento da empresa não se afigura suficiente para evidenciar ato omissivo doloso ou culposo punível. Isso porque o quantitativo de esforço necessário para evitar a ruína da seguradora, quando essa já está em estado falencial quase irreversível, não se afigura mensurável, tampouco se mostra hábil a ensejar a responsabilização dos gestores.

Desta forma, impositivo se mostra o acolhimento do presente recurso, uma vez que inexistente nexos de causalidade entre os prejuízos e a conduta dos

recorrentes, que somente passaram a ser responsáveis pela seguradora muito após a primeira liquidação extrajudicial, ocorrida em 1992, quando já estava em regime de direção fiscal e eram estremes de dúvida os prejuízos, o estado falencial da seguradora e o fracasso nos planos de recuperação da sociedade.

2. Do exposto, dou provimento ao recurso especial para, relativamente aos ora insurgentes, restabelecer a sentença de fls. 513-527 no que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na ação de responsabilidade civil e na medida cautelar de arresto.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.678.667-RJ (2015/0062145-7)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Vik-Sandvik do Brasil Desenhos Navais Ltda

Advogados: Thomas Benes Felsberg - SP019383

Igor Farias Cruz Lima - RJ122788

Nayara Fonseca Cunha - DF024083

Beatriz Furtado Lara - DF037040

Recorrido: Vik-Sandvik do Brasil Engenharia Ltda

Recorrido: João Gonçalves Roma Filho

Recorrido: Roberto Grabowsky Nunes

Recorrido: Luiz Carlos Camarinha Salgado

Advogados: Luiz Eduardo Cavalcanti Corrêa - RJ049207

Cecília Mignone Modesto Leal e outro(s) - RJ119053

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Ação de responsabilidade civil por perdas e danos cumulada com pedido de indenização por danos morais fundada na relação contratual existente entre as partes. Existência de cláusula compromissória no contrato social. Ajuizamento de anterior ação possessória que não implica renúncia

ao compromisso assumido. Extinção do processo sem resolução do mérito. Recurso especial provido.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar ação de responsabilidade civil por perdas e danos cumulada com pedido de indenização por danos morais fundada na relação societária existente entre as partes, tendo em vista a existência de cláusula compromissória no contrato social objeto da demanda.

2. A pactuação de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro.

3. É indiscutível nos autos a existência de cláusula compromissória que alcança a presente demanda e afasta a jurisdição estatal, já que as partes livremente acordaram que “*todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam ou que estejam relacionadas com o presente contrato, seu objeto, sua violação, sua rescisão, sua invalidade*” serão resolvidas por arbitragem.

4. O ajuizamento, pela parte demandada, de anterior ação de reintegração de posse em face da primeira autora não implica renúncia ao compromisso assumido.

5. A lide possessória, com origem em outra relação contratual (comodato verbal), extrapolava a seara societária, pois limitada a discussão à falta de interesse em manter o comodato verbal que tinha atingido seu termo final, com o intuito exclusivo de obter a desocupação total e reaver os imóveis objeto daquela lide.

6. É plausível o ajuizamento de ação possessória diretamente perante o Poder Judiciário, com o objetivo de obter prontamente a determinação de reintegração na posse de imóveis esbulhados, pois o árbitro não possui poder coercitivo direto, sendo-lhe vedada a prática de atos executivos.

7. À vista da pactuação de cláusula compromissória, que implica a derrogação da jurisdição estatal, o presente processo deve ser extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015 (CPC/73, art. 267, VII).

8. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 12.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Vik Sandvik do Brasil Desenhos Navais Ltda*, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (e-STJ, fls. 91/92):

Agravo inominado. Decisão que negou seguimento ao recurso. Agravo de instrumento. Recurso interposto contra decisão que afastou a preliminar de existência de cláusula arbitral. Ação de responsabilidade civil por perdas e danos cumulada com pedido de indenização por danos morais, ajuizada pelos agravados em face de agravante. Primeira autora que se trata de empresa da qual são sócios os demais autores e a ré. Existência de compromisso de arbitragem no contrato social. Renúncia tácita da recorrente, ao intentar ação de reintegração de posse em face da primeira agravada, aduzindo a ocorrência de esbulho possessório em salas comerciais. Cláusula compromissória que não pode ser utilizada apenas quando for ou não conveniente para as partes. Dispõe o contrato social que serão resolvidas por arbitragem: “todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam.” Cláusula que não restringe sua utilização às demandas relativas ao contrato social. Tendo a recorrente, sócia, manejado ação reintegratória contra a empresa, circunstância inserida no compromisso arbitral, renuncia tacitamente ao mesmo. Não pode o compromisso arbitral permanecer sendo utilizado apenas em determinadas circunstâncias, de acordo com o interesse das partes. Trata-se de disposição obrigatória, sendo certo que sua não utilização importa em renúncia tácita. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo interno. Manutenção da decisão monocrática. Recurso conhecido e desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta violação aos arts. 267, VII, e 535, II, do CPC/1973, 1º, 4º e 8º, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.307/96, bem como divergência jurisprudencial. Além de negativa de prestação jurisdicional, sustenta a incompetência absoluta da jurisdição brasileira para processar e julgar a causa, ante a existência de cláusula compromissória. Afirma que não houve renúncia tácita à cláusula arbitral pelo ajuizamento de anterior ação possessória pela recorrente, porque a questão ali debatida não estava inserida dentro dos limites da cláusula compromissória: a recorrente já se tinha retirado da sociedade, ou seja, não era mais sócia no momento em que se deu o esbulho possessório (causa de pedir da ação possessória) e, nessa qualidade, se viu obrigada a recorrer ao Judiciário para reaver imóveis de sua propriedade; já que o Juízo Arbitral tem cunho eminentemente cognitivo, a parte não poderia ter buscado o juízo arbitral para se ver reintegrada na posse dos imóveis esbulhados, pois somente ao Poder Judiciário - Estado - é dado utilizar a força, executar a ordem de reintegração. Alega que a renúncia à cláusula arbitral deve ser expressa, de modo que o ajuizamento da ação possessória não pode ser considerado como violador do compromisso, nem ser entendido como renúncia tácita à cláusula compromissória.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): *Vik Sandvik do Brasil Engenharia Ltda, João Gonçalves Roma Filho, Roberto Grabowsky Nunes e Luiz Carlos Camarinha Salgado* ajuizaram ação ordinária em face de *Vik Sandvik do Brasil Desenhos Navais Ltda*, alegando que: em 21.08.1989, foi constituída a sociedade Nobis Engenharia, Consultoria e Representações Ltda, tendo os três primeiros autores figurado, dentre outros, como sócios fundadores; depois de 18 (dezoito) anos de atividade, em 31.08.2007, ingressou na sociedade a ré, que passou a deter 50% (cinquenta por cento) das cotas, ficando os três últimos autores, cada qual, com 16,66% das cotas remanescentes, alterando-se a razão social da “Nobis” para “Vik-Sandvik do Brasil Engenharia Ltda”; o ingresso da ré se deu em razão de o Grupo Norueguês “Vik-Sandvik” pretender ampliar a sua área de atuação no Brasil; pela cláusula sexta da quarta alteração contratual, ficou estabelecido que a administração da sociedade seria exercida por um diretor administrativo, sócio ou não, sendo a sua indicação prerrogativa exclusiva da ré; valendo-se

dessa cláusula, a ré indicou para administrar a sociedade a mesma pessoa que a representava, o Sr. Renato Barcellos de Souza, o qual passou a administrar efetivamente a primeira autora, desde 1º.03.2008, sem nenhuma transparência; em meados de 2008, foi noticiado pela imprensa mundial que o Grupo Wärtsilä, de origem finlandesa, “adquiriu o grupo mundial de design naval Vik-Sandvik, um grupo independente líder em soluções e serviços de design e engenharia para donos de navio e para a indústria de construção naval em todo o mundo”; no final daquele ano, foi comunicado aos autores que o Grupo Wärtsilä não queria ter nenhum sócio em suas empresas, razão pela qual teriam que vender a sua participação ou adquirir os 50% detidos pela ré; os três últimos autores não aceitaram a proposta que lhes foi apresentada, por ser ínfima, sendo que, a partir de então, a ré e o Grupo Wärtsilä fizeram de tudo para inviabilizar as atividades da primeira autora, como, por exemplo, as obrigações trabalhistas, fiscais e parafiscais deixaram de ser pagas; o Sr. Renato Barcellos de Souza, representante da ré, abandonou a administração da primeira autora no final de dezembro de 2009, deixando a empresa acéfala, com diversos problemas nas esferas comercial, trabalhista, previdenciária e fiscal; assim, verifica-se que, por interesses próprios da ré, uma sociedade de mais de vinte anos foi destruída, tendo três dos seus sócios fundadores, que nela permanecem como sócios, sido atingidos em suas respectivas honras, pois a ótima reputação que angariaram em todos os anos de trabalho na área de engenharia foi atingida.

Postularam fosse a ré condenada ao ressarcimento: a) de todos os danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) causados à primeira autora e aos demais três demandantes, a serem apurados em perícia; b) dos danos morais infligidos aos autores.

Citada, a ré sustentou, preliminarmente, a existência de cláusula arbitral, mas o juízo de origem rejeitou a referida preliminar e deferiu a produção de prova oral.

Seguiu-se agravo de instrumento, a que o relator negou seguimento, com fulcro no art. 557 do CPC/73.

A decisão foi confirmada pelo colegiado, nos termos da seguinte fundamentação:

Cuida-se de ação de responsabilidade civil por perdas e danos cumulada com pedido de indenização por danos morais, ajuizada pelos Agravados em face de agravante.

A primeira autora, *Vik Sandvik do Brasil Engenharia Ltda*, trata-se de empresa da qual são sócios os demais autores, *João Gonçalves Roma Filho*, *Roberto Grabowsky*

Nunes e Luiz Carlos Camarinha Salgado, e a ré, ora agravante, Vik-Sandivik do Brasil Desenhosnavais Ltda.

Em seu contrato social, fls. 40/49, cláusula décima sétima, consta compromisso de arbitragem, o que não é refutado pelas partes.

Como é cediço, hodiernamente a arbitragem, regulada pela Lei 9.307/96, abrange a solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Esta assume caráter obrigatório e a sentença arbitral tem força judicial, podendo ser realizada por um árbitro ou Tribunal Arbitral.

A resolução dos conflitos entre as partes faz-se pela submissão, por convenção, de ambas a um juízo arbitral, que se concretiza pela cláusula compromissória ou pelo compromisso legal. Destarte, a cláusula compromissória, sempre escrita, é um ajuste contratual em que ambas as partes se comprometem a solver eventual litígio por meio da arbitragem, dada a autonomia da cláusula compromissória.

Contudo, alegam os agravados que a recorrente teria renunciado tacitamente a esse compromisso de arbitragem, ao intentar demanda judicial em face da primeira agravada.

Essa narrativa é corroborada pelas provas carreadas, pois se verifica que a agravante, em 25.11.2010, intentou ação de reintegração de posse em face da primeira agravada, autuada sob o número 0120926- 53.2010.8.19.0002, aduzindo a ocorrência de esbulho possessório das salas n. 1303 e 1309 do prédio situado na Rua Visconde de Sepetiba n. 935, Centro de Niterói. Registre-se que nessa demanda não foi suscitada incompetência do Poder Judiciário.

A cláusula compromissória não pode ser utilizada apenas quando for ou não conveniente para as partes.

Dispõe a Cláusula Décima Sétima do Contrato Social que que serão resolvidas por arbitragem: “todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam ou que estejam relacionadas com o presente contrato, seu objeto, sua violação, sua rescisão, sua invalidade. (...)” Importante destacar que a cláusula não restringe sua utilização às demandas relativas ao contrato social, mas a “todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam” Nessa toada, *tendo a recorrente, sócia, manejado ação reintegratória contra a empresa, circunstância inserida no compromisso arbitral contido no contrato social, renuncia tacitamente ao mesmo.*

A cláusula compromissória é um ato voluntário e não cogente, motivo pelo qual somente se a parte a ele aderir é que estará submetida ao Tribunal Arbitral, podendo-se ao mesmo se renunciar, como no caso dos autos.

Não pode o compromisso arbitral permanecer sendo utilizado apenas em determinadas circunstâncias, de acordo com o interesse das partes. Trata-se de disposição obrigatória, sendo certo que sua não utilização importa em renúncia tácita. (e-STJ, fls. 94/96, grifou-se)

Na sequência, a ré opôs embargos de declaração alegando omissões sobre argumentos expendidos no agravo interno, os quais demonstravam o equívoco em que havia incidido o juízo monocrático, expondo os motivos pelos quais a cláusula arbitral não foi desrespeitada na anterior ação possessória, não implicando, com isso, renúncia tácita.

Embora rejeitados os embargos declaratórios, não se evidencia negativa de prestação jurisdicional. Depreende-se da fundamentação que o Tribunal *a quo* compreendeu que a disposição contratual alcança “todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam”, não se restringindo sua utilização às demandas relativas ao contrato social, e, portanto, ao manejar ação reintegratória contra a primeira autora, a recorrente renunciou tacitamente à cláusula compromissória, motivo pelo qual não pode mais invocar a existência da referida cláusula nesta ação ordinária de indenização, em benefício próprio.

A matéria controvertida - reconhecimento da validade da cláusula compromissória e verificação de suposta renúncia tácita à referida cláusula - foi devidamente prequestionada pelo Tribunal de origem e repousa em questões meramente de direito, não sendo o caso de incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

Com efeito, a recorrente *Vik Sandvik do Brasil Desenhos Navais Ltda* arguiu que as partes da presente demanda elegeram, livremente, a arbitragem como meio de solução de quaisquer controvérsias oriundas da sociedade *Vik Sandvik do Brasil Engenharia Ltda* (primeira autora), nos termos da Cláusula Décima Sétima de seu contrato social, transcrita no acórdão recorrido: “serão resolvidas por arbitragem todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam ou que estejam relacionadas com o presente contrato, seu objeto, sua violação, sua rescisão, sua invalidade”.

No caso, a ação de indenização por danos materiais e morais está fundada em condutas perpetradas pela sócia requerida destinadas a inviabilizar o funcionamento da primeira autora (*Vik Sandvik do Brasil Engenharia Ltda*), suscitando a ré, preliminarmente, a existência de cláusula em que as partes elegeram livremente a arbitragem como meio de solução de quaisquer controvérsias oriundas daquele contrato social, ou seja, da sociedade *Vik Sandvik do Brasil Engenharia Ltda*, o que levaria à extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC/73.

O instituto da arbitragem, como método alternativo de heterocomposição dos litígios, não colide com o direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, justamente

porque as partes, consensual e voluntariamente, optam por submeter ao árbitro, e não ao Estado-Juiz, a solução de eventual litígio, atinente a direitos patrimoniais disponíveis.

A essência da arbitragem consiste na renúncia à jurisdição estatal, motivada pela autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, elegem um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente.

Desse modo, se as partes elegeram livremente na avença a convenção de arbitragem como método de solução das disputas advindas da relação contratual subjacente, a viabilização da instauração do juízo arbitral significa, em última análise, assegurar a materialização do princípio da autonomia da vontade.

À luz dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 9.307/96, as pessoas capazes de contratar podem submeter a solução dos litígios que eventualmente surjam ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, fazendo inserir cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

De acordo com o art. 4º da Lei 9.307/96, cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. O compromisso arbitral, por sua vez, com previsão no art. 9º da aludida lei, é o acordo ajustado pelas partes envolvidas na presença de um conflito concreto, já deflagrado. Assim, observa-se que a cláusula compromissória objetiva submeter ao processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam decorrer da relação contratual, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes.

De todo modo, a convenção de arbitragem, tanto na modalidade do compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, é suficiente e vinculante, afastando a jurisdição estatal.

Nesse sentido: “A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro. Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da Kompetenz-Kompetenz). (...) Pela cláusula compromissória entabulada, as partes expressamente elegeram

Juízo Arbitral para dirimir qualquer pendência decorrente do instrumento contratual, motivo pela qual inviável que o presente processo prossiga sob a jurisdição estatal” (REsp 1.694.826/GO, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017)

Na hipótese dos autos, a controvérsia consiste em saber se compete ao Juízo estatal, ou ao Juízo arbitral, conhecer e julgar a presente ação ordinária de reparação de danos materiais e compensação por danos morais fundada na relação contratual estabelecida entre as partes, à vista de cláusula compromissória arbitral instituída no contrato social (Cláusula Décima Sétima).

O Juízo de primeira instância rejeitou a preliminar de existência de cláusula arbitral levantada pela ré, nos seguintes termos:

Rejeito a preliminar de existência de cláusula arbitral, uma vez que sobrepõe-se à convenção do juízo arbitral o princípio da inafastabilidade de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV da CF/88, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (e-STJ, fl. 353)

O TJRJ, embora reconhecendo a existência e validade da cláusula compromissória, manteve a decisão por outro fundamento, observando que a ré renunciara tacitamente à cláusula compromissória, ao intentar demanda judicial possessória em face da primeira autora. Confira-se:

(...) alegam os agravados que a recorrente teria renunciado tacitamente a esse compromisso de arbitragem, ao intentar demanda judicial em face da primeira agravada.

Essa narrativa é corroborada pelas provas carreadas, pois se verifica que a agravante, em 25.11.2010, intentou ação de reintegração de posse em face da primeira agravada, autuada sob o número 0120926-53.2010.8.19.0002, aduzindo a ocorrência de esbulho possessório das salas n. 1303 e 1309 do prédio situado na Rua Visconde de Sepetiba n. 935, Centro de Niterói. Registre-se que nessa demanda não foi suscitada incompetência do Poder Judiciário.

A cláusula compromissória não pode ser utilizada apenas quando for ou não conveniente para as partes.

Dispõe a Cláusula Décima Sétima do Contrato Social que serão resolvidas por arbitragem: “todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam ou que estejam relacionadas com o presente contrato, seu objeto, sua violação, sua rescisão, sua invalidade(...)” Importante destacar que a cláusula não restringe sua utilização às demandas relativas ao contrato social, mas a “todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam” Nessa toada, tendo a recorrente, sócia, manejado ação reintegratória contra a

empresa, circunstância inserida no compromisso arbitral contido no contrato social, renuncia tacitamente ao mesmo.

A cláusula compromissória é um ato voluntário e não cogente, motivo pelo qual somente se a parte a ele aderir é que estará submetida ao Tribunal Arbitral, podendo-se ao mesmo se renunciar, como no caso dos autos.

Não pode o compromisso arbitral permanecer sendo utilizado apenas em determinadas circunstâncias, de acordo com o interesse das partes. Trata-se de disposição obrigatória, sendo certo que sua não utilização importa em renúncia tácita. (e-STJ, fls. 59/60)

É indiscutível, no caso, a existência de cláusula compromissória que alcança, à primeira vista, a presente demanda e afasta a jurisdição estatal, já que as partes livremente acordaram que “*todas as disputas, controversias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam ou que estejam relacionadas com o presente contrato*” serão resolvidas por arbitragem.

Esta Corte admite a preferência absoluta do juízo arbitral, diante de previsão contratual de convenção de arbitragem, reconhecendo-se a sua competência para decidir, com primazia, sobre o Poder Judiciário acerca do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Nesse sentido, confirmam-se:

Recurso especial. Ação declaratória de falsidade cumulada com exibição de documentos. Contratos. Existência, validade e eficácia. Assinatura. Falsidade. Alegação. Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Competência. Juízo arbitral. Kompetenz-kompetenz.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar a ação declaratória que deu origem ao presente recurso especial tendo em vista a existência de cláusula arbitral nos contratos objeto da demanda.

2. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

3. A consequência da existência do compromisso arbitral é a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil de 1973.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.550.260/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ acórdão Ministro **Ricardo Villas Bôas Cueva**, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 20/03/2018, grifou-se)

Recurso especial. Processo Civil. Contrato de franquia. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. *Cláusula compromissória. Incompetência do Juízo Estatal. Kompetenz-kompetenz.*

1- Ação ajuizada em 14/12/2010. Recurso especial interposto em 16/7/2012.

2- O propósito recursal é definir se o Juízo da 8ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo - SP é competente para processar e julgar a presente ação, em razão da existência de cláusula arbitral no contrato de franquia que constitui o objeto da lide.

3- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

4- *A convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.*

5- Recurso especial provido.

(REsp 1.597.658/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, julgado em 18/05/2017, DJe de 10/08/2017, grifou-se)

Processo Civil. Juízo arbitral. *Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC.* Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis.

1. *Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.*

2. *A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.*

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial provido.

(REsp 606.345/RS, Rel. Ministro **João Otávio de Noronha**, Segunda Turma, julgado em 17/05/2007, DJ de 08/06/2007, p. 240, grifou-se)

Processual Civil. Recurso especial. *Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito.* Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923.

- Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito.

- Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata.

- Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial.

- Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923. Precedentes.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 712.566/RJ, Rel. **Ministra Nancy Andrighi**, Terceira Turma, julgado em 18/08/2005, DJ de 05/09/2005, p. 407, grifou-se)

Inescapável, dessa forma, diante de cláusula expressa de arbitragem, a submissão do presente litígio ao juízo arbitral, acarretando, como consequência, a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no art. 485, VII, do CPC/2015 (antigo art. 267, VII, do CPC/73).

A pactuação, no caso concreto, da cláusula compromissória implica, a princípio, a derrogação da jurisdição estatal, restando por decidir se houve renúncia da parte demandada à instauração da arbitragem, devido ao ajuizamento anterior de ação de reintegração de posse perante o juízo estatal em face da primeira autora, aduzindo a ocorrência de esbulho possessório das salas 1303 e 1309 do prédio situado na Rua Visconde de Sepetiba n. 935, Centro de Niterói/RJ, no âmbito da qual não foi suscitada a incompetência do Poder Judiciário.

Nessas condições, o Tribunal de origem concluiu que “*não pode o compromisso arbitral permanecer sendo utilizado apenas em determinadas circunstâncias, de acordo com o interesse das partes*”.

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva proíbe que a parte assuma comportamentos contraditórios no desenvolvimento da relação contratual, o que resulta na vedação do *venire contra factum proprium*.

Cumprir registrar que, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, uma das importantes funções do princípio da boa-fé objetiva é impedir que a parte exerça o seu direito de forma abusiva.

Resta saber se, no caso concreto, ao ajuizar anteriormente uma demanda possessória perante o juízo estatal, a ré desta demanda criou na outra parte uma expectativa legítima de que não mais invocaria a cláusula compromissória em litígios futuros, renunciando ao seu direito. Isso, porque, após praticar ato em determinado sentido, veio a adotar comportamento posterior e contraditório.

Salvo melhor juízo, a resposta é negativa. As circunstâncias delineadas nos autos não revelam um comportamento contraditório, criando expectativa na outra parte com relação à renúncia da cláusula compromissória, pois se trata do ajuizamento de apenas uma única demanda, de cunho possessório, na qual se objetivava reaver os imóveis dados em contrato verbal de comodato à sociedade então demandada, ora demandante.

A cláusula contratual não pode ser interpretada fora do contexto em que se insere, motivo pelo qual o trecho da aludida cláusula colacionado pelo Tribunal de origem, qual seja, de que ela seria aplicável a “*todas as disputas e controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam ou que estejam relacionadas com o presente contrato, seu objeto, sua violação, sua rescisão, sua invalidade*”, não pode abranger senão temas relacionados ao contrato, não podendo se estender a toda e qualquer disputa que surgisse entre os sócios, fora do âmbito de suas relações sociais, como é o caso da possessória ajuizada para desocupação de salas comerciais dadas em comodato, mas apenas às controvérsias que surgissem relacionadas com aquele contrato social.

Sem dúvida, a controvérsia possessória tinha origem em outra relação contratual (comodato verbal) que extrapolava a seara societária, pois não se relacionava aos negócios sociais, limitando-se a discussão à falta de interesse em manter o comodato verbal celebrado com *Vik Sandvik do Brasil Engenharia Ltda*, que tinha atingido seu termo final, com o intuito exclusivo de obter a desocupação total e reaver os imóveis objeto daquela lide.

Ademais, a controvérsia ali instaurada não tratava de uma “disputa qualquer”, mas de uma ação de reintegração de posse (ação possessória) que, como sabido, tem cunho eminentemente executório, visto que, uma vez verificado o direito da parte a ser reintegrada na posse da área esbulhada, cumpre ao Estado, que detém o monopólio da força, fazer cumprir e executar a ordem. É o Estado quem detém o monopólio da força, de modo que escusável o

ajuizamento da ação possessória perante o Poder Judiciário, para ver executada a ordem de expulsar o “invasor” e cumprir a determinação de reintegração na posse dos imóveis esbulhados, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto.

É preciso esclarecer que, embora, em tese, se pudesse cogitar de ação de reintegração de posse perante o juízo arbitral, o árbitro não poderia executar a medida coercitiva, caso a parte contra a qual se decidisse a descumprisse, cabendo-lhe solicitar ao juiz de direito o cumprimento da ordem.

Nesse sentido, é oportuno transcrever as anotações de LEONARDO DE FARIA BERALDO:

Um exemplo de medida coercitiva que pode ser decidida pelo árbitro, porém, não por ele executada, é o *mandado de despejo, de reintegração ou de imissão de posse*. Assim, *caso a parte contra a qual se decidiu descumprir a ordem processual do árbitro, no sentido de desocupar o imóvel, caberá a este solicitar ao juiz togado que cumpra tal decisão*. (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 380, g.n.)

Assim, o ajuizamento direto da ação possessória perante o Poder Judiciário era aceitável, sob a justificativa de que o árbitro não poderia executar a ordem de reintegração, e não evidencia, por si só, comportamento contraditório, quebra da confiança ou violação à boa-fé objetiva, a criar uma expectativa na outra parte de que o compromisso assumido pelas partes no contrato da sociedade não mais existe ou é ineficaz.

Cabe ressaltar que, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/96, “*cabará ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*”.

A propósito, a Quarta Turma já se manifestou no sentido de que a análise da validade de cláusula compromissória “cheia” compete exclusivamente ao juízo arbitral, só havendo possibilidade de exame pelo Judiciário após a prolação da sentença arbitral. Nesse sentido:

Processo Civil. Convenção arbitral. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Análise da validade de cláusula compromissória “cheia”. Competência exclusiva do juízo convencional na fase inicial do procedimento arbitral. Possibilidade de exame pelo Judiciário somente após a sentença arbitral.

(...)

2. A cláusula compromissória “cheia”, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.

4. No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escoreita pelo magistrado de piso.

Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.278.852/MG, Rel. **Ministro Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe de 19/06/2013)

Ora, se o contrato é o acordo de duas ou mais vontades em torno de um objeto, todos devem estar de acordo com a retirada da cláusula compromissória do pacto, lembrando que, nos termos do art. 472 do Código Civil: “*o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato*”. Desse modo, uma vez expressa a vontade de estatuir a cláusula compromissória ampla, sua destituição deve vir por meio de igual declaração das partes, ou seja, deve haver distrato ou outra manifestação inequívoca de vontade.

Segundo registra LEONARDO DE FARIA BERALDO:

(...) convencionado que os problemas do contrato serão dirimidos por arbitragem, pode-se afirmar que *um dos efeitos da convenção de arbitragem é justamente o de tornar obrigatória a jurisdição arbitral, salvo se as partes a renunciarem, expressa ou tacitamente, tendo o STJ já manifestado que o fato de as partes terem se valido de processo estatal não importa, necessariamente, em renúncia tácita*. Cf. “À medida em que surge a controvérsia entre as partes,

seria correto imaginar nova renúncia, pura e simples, mesmo que tácita, sem a explicitação concreta da perda de um direito específico e ainda sem a participação da parte contrária? Parece não ser cogitável a proposição pelo simples fato de perceber que a utilização da via judicial, no caso vertente, sobreveio com expressa menção de não renúncia e, também, porque, dentro do plano da existência da bilateralidade da convenção arbitral, a outra parte não questionou o sentido da exceção no momento oportuno. Isto quer dizer: os Requeridos não advertiram, quando do ajuizamento das ações judiciais pendentes, para a descaracterização da cláusula arbitral ou postularam eventual declaração de renúncia, fazendo apenas quando constituído o procedimento arbitral” (STJ, Corte Especial, SEC n. 1/ EX, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/10/2011, DJe 1º/2/2012 - trecho do voto da relatora). (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 158-159)

Uma vez constatada a vontade expressa das partes em submeter os litígios oriundos da relação societária à convenção de arbitragem, não se pode afastá-la por mera suposição de que a cláusula compromissória não é mais válida. Por essa razão, e por não se verificar no presente caso um comportamento contraditório, é que se pode concluir pelo não afastamento da convenção arbitral livremente instituída para resolver todas as controvérsias das partes, incluindo aí a extensão dos temas debatidos na presente ação de indenização.

A Corte Especial já se manifestou no sentido de que, uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tinham o condão de afastar a convenção das partes. Nesse sentido:

Sentença arbitral estrangeira contestada. Pretensão homologatória a ser deferida em parte. Requisitos da lei atendidos. Vícios de negação inexistentes. Ampla competência para dirimir conflitos entre os contratantes de *joint venture*.

Sendo lícito o negócio jurídico realizado no Brasil, por partes de legítimo contrato de *joint venture*, não se lhe pode extrair as consequências jurídicas da quebra do acordado.

Por mais razão, não se pode afastar a convenção arbitral nele instituída por meio de cláusula compromissória ampla, em que se regulou o Juízo competente para resolver todas as controvérsias das partes, incluindo aí a extensão dos temas debatidos, sob a alegação de renúncia tácita ou de suposta substituição do avençado.

Uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tinham o condão de afastar a convenção das partes.

Ademais, o próprio sentido do contrato de *joint venture* assinado pelas partes elimina o argumento de que uma delas quis abdicar da instituição de juízo arbitral no estrangeiro.

A revelia não importa em falta de citação, mas, ao contrário, a pressupõe.

O laudo arbitral lavrado por Corte previamente prevista na cláusula compromissória obedece aos requisitos para sua internalização em território pátrio, máxime porque não ofende os ditames dos arts. 3º, 5º e 6º da Resolução n. 9 desta Corte, devendo, por isso, ser homologado.

Havendo a Justiça brasileira, definitivamente, resolvido controvérsia quanto a um dos temas do pedido de homologação da sentença arbitral, deve a pretensão ser negada quanto a isso por obediência à coisa julgada.

Homologação deferida em parte, com a exclusão dos itens 7 e 10 da decisão arbitral.

(SEC 1/EX, Rel. *Ministra Maria Thereza de Assis Moura*, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe de 1º/02/2012, grifou-se)

Nessa linha, considerando que a pactuação de cláusula compromissória implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, o processo deve ser extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015 (antigo art. 267, VII, do CPC/73), devendo os autos ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral (Câmara de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Estados Unidos, na cidade do Rio de Janeiro), para que assuma o processamento da presente ação.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, a fim de reconhecer a incompetência do Juízo Estatal para processar e julgar a presente ação, extinguindo-se, como corolário, o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015.

Custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais suportados pelos recorridos, estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.688.243-RJ (2017/0199428-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: IGB Eletronica S.A

Advogado: Antônio Carlos de Almeida Castro - DF004107
Advogados: Roberta Cristina Ribeiro de Castro Queiroz - DF011305
Marcelo Turbay Freiria - DF022956
Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro e outro(s) - DF023944
Advogada: Liliane de Carvalho Gabriel - DF031335
Recorrente: Instituto Nacional da Propriedade Industrial
Recorrido: Apple Inc.
Advogados: Luiz Henrique Oliveira do Amaral - RJ052759
Rodrigo de Assis Torres - RJ121429
Roberta Moreira de Magalhães
Rafael Atab de Araujo - RJ119920
Caio Richa de Ribeiro e outro(s) - RJ176183

EMENTA

Recurso especial. Ação de “nulidade parcial” da marca mista “G Gradiente iPhone”. Aparelhos telefônicos com acesso à *internet*. Pretensão autoral de inserção de ressalva indicativa da falta de exclusividade da utilização da palavra “iPhone” de forma isolada. Mitigação da exclusividade do registro de marca evocativa.

1. A distintividade é condição fundamental para o registro da marca, razão pela qual a Lei 9.279/96 enumera vários sinais não registráveis, tais como aqueles de uso comum, genérico, vulgar ou meramente descritivos, porquanto desprovidos de um mínimo diferenciador que justifique sua apropriação a título exclusivo (artigo 124).

2. Nada obstante, as marcas registráveis podem apresentar diversos graus de distintividade. Assim, fala-se em marcas de fantasia (expressões cunhadas, inventadas, que, como tais, não existem no vocabulário de qualquer idioma), marcas arbitrárias (expressões já existentes, mas que, diante de sua total ausência de relação com as atividades do empresário, não sugerem nem, muito menos, descrevem qualquer ingrediente, qualidade ou característica daquele produto ou serviço) e marcas evocativas.

3. A marca evocativa (ou sugestiva ou fraca) é constituída por expressão que lembra ou sugere finalidade, natureza ou outras

características do produto ou serviço desenvolvido pelo titular. Em razão do baixo grau de distintividade da marca evocativa, a regra da exclusividade do registro é mitigada e seu titular deverá suportar o ônus da convivência com outras marcas semelhantes. Precedentes das Turmas de Direito Privado.

4. Contudo, deve ser ressalvada a hipótese em que o sinal sugestivo, em função do uso ostensivo e continuado, adquire incontestável notoriedade no tocante aos consumidores dos produtos ou serviços de determinado segmento de mercado. Tal exceção decorre do disposto na parte final do inciso IV do artigo 124 da Lei 9.279/96, que aponta a registrabilidade do signo genérico ou descritivo quando revestido de suficiente forma distintiva.

5. A aferição da existência de confusão ou da associação de marcas deve ter como parâmetro, em regra, a perspectiva do homem médio (*homo medius*), ou seja, o ser humano razoavelmente atento, informado e perspicaz, o que não afasta exame diferenciado a depender do grau de especialização do público-alvo do produto ou do serviço fornecido. Ademais, em seu papel de aplicador da lei, deve o juiz atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum (artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB).

6. No que diz respeito às marcas, sua proteção não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário. Assim pode ser resumida a função social da marca à luz da Constituição Federal e da Lei 9.279/96

7. O conjunto marcário “G Gradiente iPhone” apresenta dois elementos: um elemento principal (a expressão “Gradiente”) e dois secundários (o “G” estilizado e o termo “iPhone”). O elemento principal exerce papel predominante no conjunto marcário, sendo o principal foco de atenção do público alvo. De outro lado, o elemento secundário pode desempenhar um papel meramente informativo ou descritivo em relação ao escopo de proteção pretendido.

8. No caso, a expressão “iPhone”, elemento secundário da marca mista concebida pela IGB, caracteriza-se como um termo evocativo, tendo surgido da aglutinação dos substantivos ingleses “internet” e “phone” para designar o aparelho telefônico com acesso à *internet* (também chamado de *smartphone*), o que, inclusive, ensejou o registro da marca na classe atinente ao citado produto. Desse modo, não há como negar que tal expressão integrante da marca mista sugere característica do produto a ser fornecido. Cuida-se, portanto, de termo evidentemente sugestivo.

9. Sob essa ótica, a IGB terá que conviver com o bônus e o ônus de sua opção pela marca mista “*G Gradiente iPhone*”: de um lado, a simplicidade e baixo custo de divulgação de um signo sugestivo de alguma característica ou qualidade do produto que visava comercializar (o que tinha por objetivo facilitar o alcance de seu público-alvo); e, de outro lado, o fato de ter que suportar a coexistência de marcas semelhantes ante a regra da exclusividade mitigada das evocativas, exegese consagrada nos precedentes desta Corte.

10. Diferentemente do que ocorreu com a IGB, a *Apple*, com extrema habilidade, conseguiu, desde 2007, incrementar o grau de distintividade da expressão “iPhone” (originariamente evocativa), cuja indiscutível notoriedade nos dias atuais tem o condão de alçá-la à categoria de marca notória (exceção ao princípio da territorialidade) e, quiçá, de alto renome (exceção ao princípio da especificidade).

11. No que diz respeito ao “iPhone” da *Apple*, sobressai a ocorrência do fenômeno mercadológico denominado *secondary meaning* (“teoria do significado secundário da marca”), mediante o qual um sinal fraco (como os de caráter genérico, descritivo ou até evocativo) adquire eficácia distintiva (originariamente inexistente) pelo uso continuado e massivo do produto ou do serviço. A distinguibilidade nasce da perspectiva psicológica do consumidor em relação ao produto e sua marca, cujo conteúdo semântico passa a predominar sobre o sentido genérico originário.

12. Assim, é certo que a utilização da marca “iPhone” pela *Apple* - malgrado o registro antecedente da marca mista “*G Gradiente iPhone*” - não evidencia circunstância que implique, sequer potencialmente,

aproveitamento parasitário, desvio de clientela ou diluição da marca, com a indução dos consumidores em erro.

13. Em outra vertente, o uso isolado do termo “iPhone” por qualquer outra pessoa física ou jurídica (que não seja a *Apple*), para designar celulares com acesso à *internet*, poderá, sim, gerar as consequências nefastas expressamente rechaçadas pela lei de regência e pela Constituição da República de 1988.

14. Tal exegese não configura prejuízo à IGB, que, por ter registrado, precedentemente, a expressão “*G Gradiente iPhone*”, poderá continuar a utilizá-la, ficando apenas afastada a exclusividade de uso da expressão “iphone” de forma isolada.

15. Recursos especiais da IGB Eletrônica e do INPI não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por maioria, negar provimento aos recursos especiais de IGB Eletronica S.A e de Instituto Nacional da Propriedade Industrial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região). Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, pela parte recorrente: IGB Eletronica S.A; a Dra. Grace Mendonça (Advogada Geral da União), pela parte recorrente: Instituto Nacional da Propriedade Industrial; e o Dr. Luiz Henrique Oliveira do Amaral, pela parte recorrida: Apple Inc.

O Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira, Subprocurador-Geral da República, proferiu parecer oral pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Em 2.1.2013, Apple Inc. ajuizou ação em face de IGB Eletrônica S/A e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, objetivando a nulidade parcial do registro 822.112.175, na classe 09, para a marca mista “*G Gradiente iPhone*”, registrada em nome da primeira ré em 2.1.2008, para designar “aparelhos telefônicos celulares, aparelhos telefônicos celulares que possibilitam o acesso à *internet*, telefonia fixa ou móvel, antenas digitais, capas de proteção, baterias, carregadores, viva voz, *hands free*, peças e acessórios incluídos nesta classe” (fl. 3).

Na inicial, a autora, em resumo, assinalou ser sociedade multinacional norte-americana famosa no ramo de aparelhos de multimídia e, em geral, na área de informática, em que teve sua origem. Relatou que sua história está profundamente ligada à própria invenção do computador pessoal, tendo em vista que, em 1976, dois jovens aficionados por informática (Steve Jobs e Steve Wozniak) criaram a máquina *Apple I* e fundaram a *Apple Computer Company*. Traçou breve histórico da evolução de seus produtos, tais como o computador *Apple II*, criado em abril de 1977, a linha “Macintosh” de computadores pessoais, que teve origem em janeiro de 1984, e a revolucionária família de produtos “i” da *Apple*, instituída em 1998. Acrescentou que, na linha de evolução dos computadores “Macintosh”, foi lançado, em agosto de 1998, o computador pessoal *iMac* e, no ano seguinte, o *iBook*.

Noticiou que, além de mudar os paradigmas da indústria da informática, revolucionou a própria indústria do entretenimento com a criação das “febres” mundiais denominadas *iPod*, *iPhone* e *iPad*, as quais estão constantemente em grande destaque na mídia mundial, sempre associadas à *Apple*, haja vista os maciços investimentos em propaganda em âmbito nacional e mundial.

Alegou que, após triunfal anúncio em janeiro de 2007, o primeiro *iPhone* foi colocado à venda em junho daquele ano, tornando-se o *smartphone* de maior sucesso em todos os tempos.

Destacando a relevância dos citados produtos no ramo de entretenimento, sustentou agir, diligentemente, na proteção dos sinais identificadores da família “i”, tais como *iBook*, *iMac*, *iPhone*, *iMovie*, *iPhoto*, *iPicture*, *iPod*, *iTunes*, entre outros devidamente registrados no INPI.

Afirmou que a marca *iPhone*, concebida e extensivamente utilizada pela *Apple* desde 2007, atende aos requisitos legais básicos para que um sinal se

caracterize como marca de produto, nos termos do artigo 122 da Lei 9.279/96, como “aquela usada para distinguir produto (...) de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa” (fl. 7), o que não se pode dizer do signo “iphone” incorporado à marca *Gradiente*.

Aduziu utilizar o sinal *iPhone* mundialmente desde 2007, empregando-o com inegável natureza marcária - até porque seu produto vai muito além do conceito de telefonia celular -, na medida em que, indiscutivelmente, dá conta de identificar a origem do produto, distinguindo-o de outros congêneres.

Sustentou que o pedido de registro da marca mista - depositado pela ré em 29.3.2000 - foi, equivocadamente, deferido pelo INPI em 2.1.2008, “na medida em que o termo *iphone*, da maneira como se apresenta no conjunto da marca ora em discussão e para o intuito concebido, não tem nenhuma força distintiva”, figurando “ali, a toda evidência, apenas como um elemento com caráter acessório, descritivo da categoria de produto da ré a ser comercializado com a marca *Gradiente*” (fl. 8). Alegou que a palavra “iphone”, integrante da marca mista “*G Gradiente iPhone*”, foi concebida pela ré como mera descrição da funcionalidade do produto, qual seja, um telefone com acesso à *internet*.

Assinalou que a sociedade ré tem demonstrado o intento de se apropriar de termos genéricos que indiquem tipos ou categorias de produtos nos seus segmentos, a exemplo de “cellular”, “3G”, “home theater”, “cyber space”, “DVD”, entre outras palavras de uso comum ou descritivas, depositadas, perante o INPI, em sua forma puramente nominativa.

Consignou ser “essa iniquidade e irrazoabilidade que se busca obstar com o feito, isto é, que se utilize palavra concebida para funcionar como elemento descritivo de determinada categoria de mercado para impedir o uso de terceiro que a consagrou como indicador de origem de seus produtos” (fl. 12).

Por fim, mostrou seu inconformismo com o fato de a sociedade ré ter informado à imprensa que, malgrado a existência do mundialmente famoso produto da *Apple*, lançaria a sua linha de celular “iphone”, “pegando carona no sucesso da marca” da concorrente (fl. 14).

Requeru a anulação da decisão do INPI concessiva do registro e sua republicação, fazendo constar a ressalva quanto à exclusividade sobre o termo “iphone” isoladamente - tal como empregado pela sociedade ré -, “de modo que o respectivo registro figure como ‘concedido *sem exclusividade sobre a palavra iphone isoladamente*’” (fl. 17).

O magistrado de piso julgou procedente a pretensão autoral, declarando a nulidade parcial do registro da marca, “condenando o INPI a anular a decisão concessória de registro e a republicá-la no Órgão Oficial, na forma do art. 175, § 2º, da LPI, fazendo constar a ressalva quanto à exclusividade sobre o termo ‘iphone’ isoladamente, tal como empregado pela empresa ré, de modo que o respectivo registro figure como ‘concedido *sem exclusividade sobre a palavra iphone isoladamente*’” (fl. 1.321). Os réus foram condenados ao reembolso das custas recolhidas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) do valor da causa.

Interpostas apelações pelo INPI e pela sociedade titular da marca “*G Gradiente iPhone*”, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento a ambos os reclamos, nos termos da seguinte ementa:

Propriedade industrial. Nulidade parcial do registro de marca. Não exclusividade sobre o termo “iphone”.

- Apelação contra sentença que julgou procedente o pedido de *Apple Inc.*, para declarar a nulidade parcial do registro n. 822.112.175, na classe 09, para a marca mista “*Gradiente iPhone*”, condenando o INPI a anular a decisão concessória de registro e a republicá-la no Órgão Oficial, na forma do art. 175, § 2º, da LPI, fazendo constar a ressalva quanto à exclusividade sobre o termo “*iphone*” isoladamente, tal como empregado pela empresa Ré, de modo que o respectivo registro figure como “concedido *sem exclusividade sobre a palavra iphone isoladamente*”.

- A marca é um sinal distintivo, que se destina a distinguir produtos e serviços, no intuito de indicar que foram produzidos ou fornecidos por determinada empresa ou pessoa, auxiliando o consumidor a reconhecê-los, bem como diferenciá-los dos produtos de seus concorrentes.

- É indubitável que, quando os consumidores e o próprio mercado pensam em *iPhone*, estão tratando do aparelho da *Apple*.

- Permitir que a empresa Ré utilize a expressão *iPhone* de uma forma livre, sem ressalvas, representaria imenso prejuízo para a Autora, pois toda fama e clientela do produto decorreram de seu nível de competência e grau de excelência. A pulverização da marca, neste momento, equivaleria a uma punição para aquele que desenvolveu e trabalhou pelo sucesso do produto.

- Não há que se falar em “*inovação*” ou “*subversão*” do sistema atributivo do direito, uma vez que o apostilamento de elemento marcário deve ser utilizado relativamente àqueles elementos nominativos que seriam, isoladamente, irregistráveis, na medida em que guardam relação direta e/ou necessária com o segmento mercadológico que a marca visa distinguir. Inteligência do artigo 124, VI, da LPI.

- O apostilamento determinado na sentença, diz respeito tão somente à proibição pela empresa apelante de se valer do termo “iPhone”, de forma isolada, uma vez que este encontra-se estritamente vinculado, tanto no mercado nacional como no internacional, aos produtos da ora apelada.

- Apelações desprovidas. Sentença confirmada.

Opostos embargos de declaração pela sociedade empresária ré, foram rejeitados na origem.

Ambos os demandados interpõem recurso especial, com amparo na alínea “a” do permissivo constitucional.

A IGB Eletrônica S/A, em suas razões, aponta violação dos artigos 124, inciso VI, e 129 da Lei 9.279/96. Sustenta, em síntese, que: (a) a *Gradiente*, fundada em 1964, foi uma das maiores e mais conceituadas fabricantes de produtos eletrônicos de consumo do mercado brasileiro entre as décadas de 70, 80 e 90 até o início dos anos 2000; (b) a partir dos anos 2000 (período em que depositado o pedido de registro da marca “G Gradiente iPhone”), passou por sérias dificuldades financeiras, o que culminou com seu pedido de recuperação judicial em 2007 e inviabilizou o desenvolvimento do produto correspondente à referida marca; (c) quando a recorrida *iniciou* as vendas do seu *iPhone* no exterior, a recorrente já tinha pedido o registro da marca no Brasil há mais de seis anos; (d) à época do depósito do pedido de registro da marca, o termo “iphone” não era consagrado, para o homem médio, como sinônimo de aparelhos celulares com acesso à *internet*, sendo dotado de suficiente distintividade, pois a junção da letra “i” com o radical “phone”, de origem inglesa, caracterizava expressão inovadora, podendo ser classificada como marca evocativa ou sugestiva, cuja registrabilidade é admitida pelas legislações nacional e internacional; (e) “o próprio comportamento da *Apple* em depositar inúmeros pedidos de registro para a marca *iPhone* ao redor do mundo contradiz a tese de uso comum do termo em questão” (fl. 1.630); e (f) os requisitos de registrabilidade da marca devem ser analisados à luz da situação fática mercadológica existente à época do depósito do pedido e não no momento de sua concessão. Alternativamente, a IGB suscita a negativa de vigência do artigo 535 do CPC de 1973, por não terem sido sanadas omissões e contradições ventiladas nos aclaratórios rejeitados na origem.

O INPI também alega ofensa aos artigos 124, inciso VI, e 129 da Lei 9.279/96. Em suas razões, aduz que: (a) os requisitos de registrabilidade da marca devem ser analisados no momento do depósito do pedido e nunca no

momento da concessão do registro; (b) o regime atributivo, característico da Lei 9.279/96, privilegia quem se utiliza do sistema em primeiro lugar, visando resguardar seu direito de propriedade, e não aquele que se utiliza da marca sem a outorga do direito pelo INPI; e (c) o termo “iphone”, constante do registro da marca mista “*G Gradiente iPhone*”, não pode ser considerado genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo para o mercado de telefones celulares, “mormente se considerarmos que o pedido foi depositado em 29/03/2000, ou seja, muito antes de a recorrida sequer prever o lançamento de sua linha de telefones em todo o mundo” (fl. 1.706).

Apresentadas contrarrazões pela autora às fls. 1.756/1.806 e 1.810.

Os apelos extremos receberam crivo positivo de admissibilidade na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A controvérsia dos autos está em definir se é nulo parcialmente o registro da marca mista “*G Gradiente iPhone*” - concedido pelo INPI à IGB Eletrônica S/A, na categoria de aparelhos telefônicos celulares -, pois pretende o autor haja a ressalva de inexistência de exclusividade de utilização da palavra “iphone” de forma isolada.

O Tribunal de origem, confirmando a sentença de procedência do pedido de nulidade parcial pretendido pela *Apple Inc.*, negou provimento às apelações do INPI e da IGB Eletrônica S/A, pelos seguintes fundamentos:

A Apelada *Apple Inc* ajuizou ação ordinária, objetivando nos autos a nulidade parcial do registro n. 822.112.175, na classe 09, para a marca mista “*Gradiente iPhone*”, de titularidade da empresa Ré Apelante *IGB Eletronica S.A.*, cujo pedido foi depositado em 29/03/2000 e concedido em 02/01/2008, na classe 09, para designar aparelhos telefônicos celulares.

A r. sentença *a quo* assim asseverou, *in verbis*:

(...)

Outrossim, no que se refere a preliminar de prescrição apresentada pela Ré, em razão da ação ter si proposta no último dia do prazo prescricional e não ter atendida a exigência do Artigo 835 do Código de Processo Civil, relativa à caução de 20% (vinte por cento) do valor dado à causa, deve ser rejeitada, tendo em vista que, na decisão de fls. 258, proferida em fevereiro de 2013, o Juiz da causa determinou o depósito do referido valor

que foi devidamente cumprida pela Autora às fls. 260/262 não tendo a Ré impugnado tal decisão. Dessa forma, não há motivos para a extinção do processo.

No mérito, a *procedência* se impõe.

De acordo com o ilustre doutrinador Rubens Requião, a marca “é o sinal distintivo de determinado produto, mercadoria ou serviço”. Vale a pena transcrever, também, a lição do referido mestre, quando ainda em vigor a Lei n. 5.772/71 (arts. 59 a 61 e 64), no seguinte sentido:

As marcas têm, segundo o Código, por função, distinguir os produtos, mercadorias ou serviços de seu titular. Mas, na medida em que distinguem seus objetos - o que importa um confronto com os demais existentes - as marcas servem também para identificá-los. A identificação dos produtos e mercadorias, pela marca, era a intenção primitiva do produtor ou comerciante. O fim imediato da garantia do direito à marca é resguardar o trabalho e a clientela do empresário. Não assegurava nenhum direito do consumidor, pois, para ele, constituía apenas uma indicação da legitimidade da origem do produto que adquirisse. Atualmente, todavia, o direito sobre a marca tem duplo aspecto: resguardar os direitos do produtor, e, ao mesmo passo, proteger os interesses do consumidor, tornando-se instituto ao mesmo tempo de interesse público e privado. O interesse do público é resguardado pelas leis penais que reprimem a fraude e falsificações fora do campo da concorrência desleal. (*In* Tratado da Propriedade Industrial, vol. I, São Paulo, 1945, grifos nossos).

Observa-se, assim, que os termos “clientela”, “consumidor” e “concorrência” estão presentes na definição e análise da natureza jurídica da marca, apresentadas pelo citado doutrinador. Assim, devem-se examinar questões relativas a marcas em um contexto de mercado, levando em consideração essa tríade.

Denis Borges Barbosa, já à luz da Lei n. 9.279/96 (arts. 122 e 123), apresenta a seguinte definição:

Assim, marca é o sinal visualmente representado, que é configurado para o fim específico de distinguir a origem dos produtos e serviços. Símbolo voltado a um fim, sua existência fática depende da presença desses dois requisitos: capacidade de simbolizar e capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor. Sua proteção jurídica depende de um fator a mais: a apropriabilidade, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco do objeto simbolizado. (*In*

Uma Introdução à Propriedade Intelectual, 2ª Edição, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2003, grifos nossos).

Dos ensinamentos doutrinários supratranscritos, depreende-se que a marca é um sinal distintivo, que se destina a distinguir produtos e serviços, no intuito de indicar que foram produzidos ou fornecidos por determinada empresa ou pessoa, auxiliando o consumidor a reconhecê-los, bem como diferenciá-los dos produtos de seus concorrentes.

Nesse sentido, não se pode olvidar que, ao individualizar um produto, distinguindo-o das mercadorias concorrentes, a marca atua como verdadeiro investimento do comerciante em seu negócio, permitindo a conquista da preferência e da fidelidade do consumidor.

Dessa forma, a proteção da marca tem como objetivos primordiais afastar a concorrência desleal e proteger o consumidor de possíveis erros. São essas as finalidades consagradas pela Lei n. 9.279/96 (LPI), em geral, assim como, em particular, no art. 124, inciso XIX.

Ressalte-se que a concorrência é própria do regime de economia de mercado, havendo, naturalmente, que se considerar como intrínseca a esse sistema econômico a disputa entre empresas, desde que respeitadas as regras da competição.

O fundamento da proteção dos direitos definidos como propriedade industrial, especialmente das marcas de indústria, comércio e serviços, está na concorrência. Assim, em uma sociedade que tem como princípio fundamental a livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição da República), é imprescindível a proteção à livre concorrência que, inclusive, constitui princípio geral da ordem econômica da sociedade brasileira (art. 170, IV, da Carta Magna).

Por outro lado, deve-se considerar que a livre concorrência, como toda liberdade, não é absoluta e irrestrita, impondo-se o estabelecimento de determinados limites e regras ao jogo competitivo entre as empresas concorrentes, afinal liberdade ilimitada significa possibilidade de prejudicar outrem. Isso significa que em determinado mercado há regras a serem seguidas, as quais definem os limites entre os padrões aceitáveis e os inadmissíveis de concorrência. Nesse contexto, quando um concorrente utiliza métodos condenáveis de práticas de mercado, o Direito intervém e atua para reprimir a concorrência desleal.

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar o seguinte excerto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio,

expresso da probidade profissional. Excedidos esses limites surge a concorrência desleal.

Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente patentes ou sinais distintivos registrados. (R.T.J. 56/453-5).

Feitas essas considerações, passo à análise do caso concreto.

*A Autora pretende a decretação da nulidade parcial do registro n. 822.112.175, na classe 09, para a marca mista “Gradiente iPhone”, de propriedade da empresa Ré, bem como seja o INPI condenado a anular a decisão concessória de registro e a republicá-la no órgão oficial, na forma do art. 175, § 2º, da LPI, fazendo constar ressalva quanto à exclusividade sobre o termo “iphone” isoladamente, tal como empregado pela empresa Ré, de modo que o respectivo registro figure como “concedido **sem exclusividade sobre a palavra iphone isoladamente**”. Para tanto, fundamenta seus argumentos no artigo 124, inciso VI, da Lei n. 9.279/96, que merece reprodução:*

Art. 124. Não são registráveis como marca:

VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva.

A discussão da matéria fática do processo é bastante interessante, apesar de permitir poucas conclusões, sendo certo que um processo desta magnitude não pode simplesmente ser resolvido pela interpretação que o julgador fizer das versões apresentadas pelas partes. A mesma conclusão vale para as sugestões de condutas imorais e ilícitas de ambas.

A Autora fundamenta seu pedido no fato de estar usando produtos da “família de marcas” identificadas pelo sinal I desde 1998, como IMAC e IBOOK, o que justificaria a criação do iPhone como evolução da telefonia celular, enquanto a empresa Ré defende que fez o pedido de depósito em 2000 da marca “Gradiente iPhone”, não podendo, assim, ser acusada de pretender utilizar nome de produto que só veio a ser lançado em 2007.

Analisando as duas versões, percebe-se que as duas empresas estão certas, pois enquanto a Apple pode considerar a criação do iPhone como uma consequência de uma linha de produtos ou “família de marcas” nascida em

1998, a **Gradiente**, por sua vez, pode defender que efetuou um registro de marca que não era proibido e tampouco copiava qualquer concorrente no mercado. Assim, em uma primeira análise, considero oportuna a crítica pela demora do INPI em analisar o pedido de registro da marca pleiteada pela empresa Ré, afinal o depósito foi feito 29/03/2000 e o registro concedido tão somente 02/01/2008.

Não há como desprezar, em qualquer situação, tão longo transcurso de tempo como este. É certo que houve pedido de oposição da marca da empresa Ré, afastado pelo INPI, porém, o mercado envolvendo o **iPhone** sofreu significativa alteração entre os anos de 2000 e 2008, portanto, tal realidade não poderia ser desprezada pela Autarquia, como também não será pelo Judiciário.

Conforme dito anteriormente, devido ao tempo decorrido entre o registro da empresa Ré (2000) e o lançamento do **iPhone** pela Autora (2007), não há que se falar em má-fé por parte daquela. Da mesma forma, o fato de a Ré não ter usado a marca "**Gradiente iPhone**", logo após o seu deferimento, também não indica nenhum tipo de conduta ilícita ou imoral. Ora, tinha a empresa Ré o registro da marca e, se pretendeu não utilizá-la, é uma questão de discricionariedade desta, não podendo o Judiciário adentrar, desse modo, nas escolhas feitas pelas empresas, sob pena de violação do princípio da livre Iniciativa que norteia nossa ordem econômica, na forma do Artigo 170 da Constituição Federal.

Outrossim, é extremamente notório que a Autora consagrou o nome **iPhone**, como seu celular com acesso à internet, hoje mundialmente conhecido. A tese exposta pela **Apple** de que este nome não seria passível de registro, por já ter sido concedido em outros países para a própria, parece um pouco contraditória. Entretanto, é indubitável que, quando os consumidores e o próprio mercado pensam em **iPhone**, estão tratando do aparelho da **Apple**.

Destarte, se a criação do **iPhone** seria uma evolução natural da tecnologia, defendida tanto pela Autora, como pela Ré, não é possível sustentar que aquela tenha sido pouco diligente em não saber do pedido de registro da concorrente no Brasil. Exigir algo assim, mesmo de uma gigante multinacional, acabaria por inviabilizar o mercado de proteção às marcas e patentes, criando uma indústria própria de nomes sem vinculação a produtos.

Dessa forma, os dois pontos nevrálgicos da lide residem, exatamente, no mencionado acima. Em primeiro lugar, a demora na apreciação de um registro de marca e, em segundo, até que ponto deve ser protegida uma marca sem produto?

A criação de marcas deve ser incentivada e protegida como forma de estimular a criatividade, não sendo vedado que pessoas físicas ou jurídicas usem tal expediente com vistas a auferir lucros. No mercado de domínios da internet, tal prática se tornou conhecida, mas quando ocorre o confronto, como no presente caso, não reconheço tal proteção como absoluta.

*É certo que a empresa Ré não usou de má-fé para efetuar o registro da sua marca **Gradiente iPhone**, porém não lançou smartphone com tal nome durante um bom período, mesmo após a concessão de seu registro em 2008. Também não discuto se a recuperação judicial pela qual passou, a impediu, na prática, da utilização desta marca ou não. Todavia, a verdade é que o mercado do **iPhone** entre o depósito (2000) e a concessão (2008) do registro era um, e hoje é outro, completamente distinto.*

*Assim, permitir que a empresa Ré utilize a expressão **iPhone** de uma forma livre, sem ressalvas, representaria imenso prejuízo para a Autora, pois toda fama e clientela do produto decorreram de seu nível de competência e grau de excelência. A pulverização da marca, neste momento, equivaleria a uma punição para aquele que desenvolveu e trabalhou pelo sucesso do produto.*

*Logo, a Autarquia-ré ao analisar o pedido de registro da empresa Ré, jamais poderia ter desprezado a dimensão que o mercado do **iPhone** tomou entre os anos de 2000 e 2008. O fato de o INPI ter demorado quase oito anos para concluir o processo administrativo, não lhe permite retroagir a situação fática da época do depósito, criando uma insegurança total para os envolvidos. A proteção à propriedade intelectual é importantíssima, mas não é um fim em si mesmo, principalmente quando tratamos de produtos e mercados aquecidos.*

*Em suma, o deferimento do registro à empresa Ré tinha de ter observado a existência de concorrente no mercado, a inexistência do produto desta e, por fim, a evolução do mercado do **iPhone**.*

*Finalmente, como a Autora, não pretende a nulidade da marca **Gradiente iPhone**, mas apenas que a empresa Ré seja obrigada a não utilizar a expressão **iphone** isoladamente, entendo que a mesma está requerendo o que já existe atualmente no mercado, sem trazer prejuízos a nenhuma das envolvidas, protegendo a sua conquista, assim como o registro concedido pelo INPI, para que a Ré possa comercializar o seu smartphone com o nome de "**Gradiente iPhone**".*

Neste mesmo sentido o Ministério Público Federal, em parecer às fls. 08/09, dos autos, ratifica a sentença apelada, in verbis:

(...) O MP subscreve na íntegra as considerações colhidas na sentença, a secundar, de igual, aquelas abonadas na peça de contrarrazões da Autora.

Cabe, todavia, um adendo ao que já foi dito pelo magistrado.

É inconcebível a postura da autarquia marcária, quando, no momento da concessão do registro, após um, decerto, minudente estudo do processo, durante quase uma década, não contemplou o impacto da marca "iphone", não apenas no mercado nacional como internacional, associado exclusivamente, pelo consumidor, aos produtos da Autora.

Se o bem de consumo é o “smartphone”, qualquer que seja o fabricante, o produto da Apple é referido singelamente como iphone, diferencial de linguagem autoexplicativo para o consumidor em relação ao produto da Autora e a especificá-lo (com o prestígio da grife) em relação aos das suas concorrentes.

Assim, ainda que não haja má-fé da 1ª Ré, que não se veja intenção de parasitismo, pelo menos, lá no momento do pedido de registro, força é convir que o alcance da sentença é contido e deveria confortar o propósito bem intencionado da 1ª Ré, quando a proibiu estritamente de se valer da expressão “iphone”, de modo isolado, para nomear a publicidade do seu produto.

Em suma, mais dizer seria parafrasear óbvio bem como o que foi dito, com excelência, pelo magistrado na origem.

Do exposto, pelo improvimento dos recursos.

Deste modo, adoto os fundamentos ora transcritos, não merecendo qualquer reparo a pormenorizada sentença de primeiro grau.

Com efeito, não há que se falar em “inovação” ou “subversão” do sistema atributivo do direito, uma vez que o apostilamento de elemento marcário deve ser utilizado relativamente àqueles elementos nominativos que seriam, isoladamente, irregistráveis, na medida em que guardam relação direta e/ou necessária com o segmento mercadológico que a marca visa distinguir.

*No caso concreto, a expressão **iphone** guarda relação direta com os produtos da parte autora, conseqüentemente, a utilização do termo, isoladamente, por parte da Apelante, estaria induzindo o consumidor em erro sobre a natureza dos seus produtos, em desconformidade com a mens legis que rege a Lei 9.279/96.*

*Assim, o apostilamento determinado na sentença diz respeito tão somente à proibição pela empresa apelante de se valer do termo “iphone”, de forma isolada, uma vez que este encontra-se estritamente vinculado, tanto no mercado nacional como no internacional, aos produtos da ora apelada **Apple**.*

Ante o exposto, nego provimento às apelações e à remessa, para manter integralmente a sentença apelada. (fls. 1.460/1.521)

3. De início, é bem de ver que a Constituição da República de 1988 enumerou, entre os direitos e as garantias fundamentais, a proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (inciso XXIX do artigo 5º).

Assim como definido pela Lei 9.279/96, a marca é sinal distintivo visualmente perceptível (tal como palavra, letra, numeral, figura) ou combinação de sinais, capaz de identificar bens ou serviços de um fornecedor, distinguindo-

os de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa. Cuida-se de bem imaterial, cuja proteção consiste em garantir a seu titular o privilégio de uso ou exploração, sendo regido, entre outros, pelos princípios constitucionais de defesa do consumidor e de repressão à concorrência desleal.

Nos dias atuais, a marca não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas visa, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço. De outra banda, tem por escopo evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário.

Consoante reconhecido pela doutrina nacional e estrangeira, há, pelo menos, quatro funções das marcas: (a) identificar o produto ou serviço, distinguindo-o do congênera existente no mercado; (b) assinalar a origem e a procedência do produto ou serviço; (c) indicar que o produto ou serviço identificado possui o mesmo padrão de qualidade; e (d) funcionar como instrumento de publicidade, configurando importante catalisador de vendas.

Outrossim, importante assinalar que a aquisição do direito de exclusividade sobre a marca rege-se por três sistemas jurídicos: (a) atributivo, que exige a formalidade do registro da marca para conferir a propriedade e a respectiva proteção ao titular, revelando-se insuficiente o mero uso do sinal no mercado; (b) declarativo, no qual se reconhece a proteção àquele que comprovar ter sido o primeiro a utilizar o sinal distintivo, o que é chamado de “ocupação” pela doutrina; e (c) misto, hipótese em que a proteção pode advir do registro ou da ocupação.

A Lei 5.772/1971, que instituiu o antigo Código de Propriedade Industrial, adotou explicitamente o sistema atributivo ao garantir a propriedade da marca e seu uso exclusivo no território nacional somente àquele que obtivesse o registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.

A atual Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), por sua vez, adotou o *sistema atributivo mitigado da propriedade marcária*, estabelecendo a necessidade de registro como regra, mas atribuindo direito de precedência ao utente de boa-fé, consoante se extrai do artigo 129, *verbis*:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em

todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º *Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.*

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento.

Nesse contexto, o registro da marca confere ao titular o direito de uso exclusivo do signo em todo o território nacional e, conseqüentemente, a prerrogativa de compelir terceiros a cessarem a utilização de sinais idênticos ou semelhantes.

4. Cumpre destacar, contudo, e como se sabe, que o direito de uso exclusivo da marca não é absoluto, havendo dois princípios que limitam tal proteção, quais sejam: o *princípio da especialidade* (ou especificidade) e o *princípio da territorialidade*.

4.1. De acordo com o princípio da especialidade, positivado no inciso XIX do artigo 124 da Lei 9.279/96, a exclusividade do uso do sinal distintivo somente é oponível a produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins, dada a possibilidade de indução do consumidor em erro ou de associação com marca alheia.

Desse modo, o princípio da especialidade autoriza a coexistência de marcas idênticas, desde que os respectivos produtos ou serviços pertençam a ramos de atividades diversos.

Nesse mesmo passo, como exceções ao princípio da especialidade, exsurtem a *marca de alto renome* (artigo 125 da Lei 9.279/96) e a *teoria da diluição das marcas* (construção doutrinária e jurisprudencial).

A marca de alto renome é definida pelo INPI como a marca devidamente registrada, “cujo desempenho em distinguir os produtos ou serviços por ela designados e cuja eficácia simbólica levam-na a extrapolar seu escopo primitivo, exorbitando, assim, o chamado princípio da especialidade, em função de sua distintividade, de seu reconhecimento por ampla parcela do público, da qualidade, reputação e prestígio a ela associados e de sua flagrante capacidade de atrair os consumidores em razão de sua simples presença” (Resolução INPI 107/2013).

O reconhecimento administrativo da marca como de alto renome (incumbência conferida, exclusivamente, ao INPI) assegura-lhe proteção em todos os ramos de atividade e não apenas em relação a produtos idênticos, semelhantes ou afins, afastando, assim, o princípio de especialidade.

A teoria da diluição das marcas, por sua vez, tem amparo no inciso III do artigo 130 da Lei de Propriedade Industrial, segundo o qual ao titular da marca ou ao depositante é assegurado o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação.

Tal proteção se refere às marcas que, embora não possam ser qualificadas como de alto renome, são extremamente criativas ou ostentam alto grau de reconhecimento. Nessa perspectiva, é conferido ao titular o direito de proteger a marca contra o enfraquecimento progressivo do seu poder distintivo, independentemente da existência de risco de confusão, erro ou engano.

4.2. A outra exceção ao direito de uso exclusivo da marca é o princípio da territorialidade, segundo o qual a proteção das marcas registradas circunscreve-se ao território nacional (artigo 129 da Lei 9.279/96).

Assim, em regra, a proteção da marca além dos limites territoriais do Brasil reclama a obtenção de registros nos países estrangeiros integrantes da área geográfica da atuação presente ou futura do titular. Caso contrário, a marca não registrada poderá sofrer usurpações em outros territórios.

O princípio da territorialidade é excepcionado, contudo, no caso de *marca notoriamente conhecida* (isto é, famosa em âmbito internacional), a qual detém proteção extraterritorial em seu respectivo ramo de atividade por força da Convenção da União de Paris (artigo 6 bis).

Nesse sentido é o teor do artigo 126 da Lei de Propriedade Industrial:

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

§ 1º A proteção de que trata este artigo aplica-se também às marcas de serviço.

§ 2º O INPI poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

Da mesma forma que ocorre com a marca de alto renome, compete ao INPI avaliar uma marca como notoriamente conhecida, ensejando malferimento

ao princípio da separação dos poderes (e, conseqüentemente, invasão na seara do mérito administrativo da autarquia) qualquer digressão do Poder Judiciário a esse respeito (*REsp 1.190.341/RJ*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05.12.2013, DJe 28.02.2014; e *REsp 1.124.613/RJ*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 01.09.2015, DJe 08.09.2015).

5. Outrossim, impende destacar que a distintividade é condição fundamental para o registro da marca, razão pela qual a Lei 9.279/96 enumera vários sinais não registráveis, tais como aqueles de uso comum, genérico, vulgar ou meramente descritivos, porquanto desprovidos de um mínimo diferenciador que justifique sua apropriação a título exclusivo (artigo 124).

As marcas registráveis podem apresentar diversos graus de distintividade. Assim, fala-se em *marcas de fantasia*, *marcas arbitrárias* e *marcas evocativas* (também chamadas de *sugestivas* ou *fracas*).

Sobre tal classificação, colhe-se o seguinte excerto da obra intitulada “Propriedade Industrial Aplicada: Reflexões para o Magistrado”, fruto de parceria público-privada entre a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), além de outras entidades:

4.10.1. Marcas de fantasia

Marcas de fantasia são signos que foram criados exatamente para o propósito de serem utilizados como marcas. São expressões cunhadas, inventadas, que, como tais, não existem no vocabulário de qualquer idioma.

A criação de uma marca de fantasia, portanto, exige um processo pelo qual o empresário pensa em uma nova combinação de letras ou símbolos e tem como resultado um signo único, totalmente desconhecido e que não está presente nos dicionários.

O exemplo clássico de uma marca de fantasia é a Kodak. Note-se que tal expressão não está presente nos dicionários, não faz parte do vocabulário de qualquer língua e não tem qualquer significado, servindo unicamente como signo que distingue e identifica os produtos da conhecida fabricante de máquinas e filmes fotográficos.

Inúmeros são os exemplos de marcas de fantasia, valendo citar, a título ilustrativo: Nokia, Sony, Nikon, Nike, Adidas, Exxon, Polaroid, entre outras.

Sob o ponto de vista jurídico, as marcas de fantasia são as marcas merecedoras de maior escopo de proteção, pois possuem o mais alto grau de distintividade e, conseqüentemente, exercem o maior poder de atrair o público consumidor.

Em decorrência disso, quando se trata de reprodução ou imitação dessas marcas, a possibilidade de o consumidor ser induzido em erro, confusão ou errônea associação atinge o mais alto nível, devendo os aplicadores do direito de plano reprimir tal violação.

4.10.2. Marcas arbitrárias

Marcas arbitrárias são palavras e expressões que já existem no vocabulário de determinado idioma, mas que são arbitrariamente escolhidas para identificar e distinguir produtos ou serviços com os quais elas não guardam qualquer relação.

São, portanto, expressões já existentes, mas que, diante de sua total ausência de relação com as atividades do empresário, não sugerem, nem muito menos, descrevem qualquer ingrediente, qualidade ou característica daquele produto ou serviço.

Apple, marca da gigante norte-americana de computadores, e Camel, famosa marca de cigarros, são exemplos de marcas arbitrárias. Como se vê, trata-se de palavras que existem no vocabulário da língua inglesa, mas que foram arbitrariamente escolhidas para distinguir produtos com os quais não se relacionam.

Outros exemplos de marcas arbitrárias são Pão de Açúcar (supermercados), Garoto (chocolates), Estrela (brinquedos), Terra (provedor de acesso à *internet*), Veja (revista), Torcida (salgadinhos), Forum (roupas), SUN (*hardware* e *software*), Time (revista), *Black&White* (uísques), entre outras.

Sob a perspectiva jurídica, tais marcas também gozam de um alto escopo de proteção, pois não guardam qualquer relação com os produtos e serviços que identificam.

4.10.3. Marcas sugestivas ou evocativas

As marcas sugestivas, também chamadas de evocativas, são aquelas expressões que sugerem determinada característica do produto ou do serviço que distinguem.

As marcas sugestivas são as preferidas dos empresários e dos profissionais do *marketing*, eis que, sob o ponto de vista comercial, são as mais fáceis de serem “vendidas”. Afinal, é muito mais simples e barato divulgar um signo que, pelo próprio significado, sugere alguma característica ou qualidade do produto - e que, portanto, ajuda a vendê-lo -, do que introduzir e divulgar um signo sem qualquer significado, que nada diz sobre o respectivo produto ou serviço.

Exemplos de marcas sugestivas são Redecard (cartões de crédito), NET (TV a cabo e serviços de acesso à *internet*), Clear (*shampoo*), Qualy (margarina), 7-Eleven (lojas de conveniência abertas da 7 da manhã até 11 da noite), Extra (supermercados), entre outras.

Em termos jurídicos, as marcas sugestivas são perfeitamente registráveis e passíveis de serem apropriadas, no entanto são marcas que possuem um limitado escopo de proteção. Afinal, ao adotar signos que evocam determinada característica do produto ou serviço, o empresário nada pode fazer contra concorrentes que façam o mesmo. Como resultado, deve arcar com o ônus de coexistir com marcas relativamente semelhantes.

Cerqueira assim discorre sobre a questão:

Se o titular adotar marcas desse gênero, por lhe parecer útil e vantajoso indicar a qualidade essencial do produto ou sua composição, deve suportar, como ônus correspondente à essa vantagem, a relativa semelhança de outras marcas com a sua (1952, p. 819).

(...)

Tal regra, no entanto, pode ser flexibilizada em algumas situações, pois existem marcas que, apesar de sugestivas, adquiriram, em função do seu uso ostensivo e continuado, um alto grau de conhecimento, tornando-se verdadeiros magnetos em seus respectivos segmentos de mercado.

Alguns exemplos dessas marcas são Sadia (alimentos), Natura (cosméticos), Lacta (chocolates), Playboy (revista masculina) e Citibank (bancos), entre outros.

Nesse caso, o órgão julgador deve levar tal circunstância de fato em consideração no momento de aquilatar a possibilidade de confusão ou errônea associação da marca com outros signos idênticos ou semelhantes. (Op. cit. Brasília: CNI, 2013, p. 78/81)

Desse modo, a marca evocativa (ou sugestiva ou fraca) é constituída por expressão que lembra ou sugere finalidade, natureza ou outras características do produto ou serviço desenvolvido pelo titular. Tal sinal busca, “de maneira conotativa, indicar o público-alvo, descrever qualidades, propriedades ou benefícios esperados, assim como, no limite, estabelecer relação indireta com o produto ou serviço assinalado pela marca” (Manual de Marcas do INPI, acessado em 13.9.2018, <http://bit.ly/2FxCq6Z>).

Uma das características, enumeradas no citado Manual de Marcas do INPI, para identificar sinais ou elementos evocativos/sugestivos é a existência de combinação de termos que, embora não distintivos quando isolados, resultem em expressão não usual. Exemplificativamente, o INPI faz referência ao registro da marca evocativa *Plasticola*, aglutinação do adjetivo “plástica” e do substantivo “cola”, que gerou vocábulo novo, mas que faz referência ao produto que o sinal visava assinalar (Manual de Marcas do INPI, acessado em 13.9.2018, <http://bit.ly/2FxCq6Z>).

Em razão do baixo grau de distintividade da marca evocativa, a regra da exclusividade do registro é mitigada e seu titular deverá suportar o ônus da convivência com outras marcas semelhantes.

6. Nada obstante, deve ser ressalvada a hipótese em que o sinal sugestivo, em função do uso ostensivo e continuado, adquire incontestável notoriedade no tocante aos consumidores dos produtos ou serviços de determinado segmento de mercado.

Tal exceção decorre do disposto na parte final do inciso IV do artigo 124 da Lei 9.279/96, que aponta a registrabilidade do signo genérico ou descritivo quando revestido de suficiente forma distintiva.

7. As Turmas de Direito Privado já julgaram controvérsias envolvendo marcas evocativas, tendo sido consagrada a tese da mitigação da exclusividade de seu registro.

Quando da apreciação do *Recurso Especial 1.166.498/RJ*, a Terceira Turma admitiu a possibilidade da convivência entre as marcas “Ébano & Marfim” e “Ebony”, registradas por sociedades empresárias distintas, na categoria de comércio de produtos de perfumaria e de higiene pessoal. Confira-se:

Propriedade industrial. Ação de nulidade de registro de marca comercial. Marca fraca ou evocativa. Possibilidade de convivência com outras marcas. Impossibilidade de conferir exclusividade à utilização de expressão de pouca originalidade ou fraco potencial criativo.

1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade ou forte atividade criativa, podem coexistir harmonicamente. É descabida, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo.

2. Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo empresarial, devendo o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar na intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico. Aplicação da doutrina do *patent misuse*.

3. *Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.166.498/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.03.2011, DJe 30.03.2011)*

Em outro prisma, por ocasião do julgamento do *Recurso Especial 1.315.621/SP*, a Terceira Turma também reconheceu a exclusividade mitigada da marca “Paleteira” (registrada em 1972), pugnano pela validade do domínio de *internet*

“*www.paleteiras.com.br*”, de titularidade de empresa diversa, por considerar que a referida expressão, com o transcorrer do tempo, passou a ser de uso comum para designar máquina específica provida de garras apropriadas para o transporte de paletes (estrados de madeira, metal ou plástico usados para movimentação de cargas):

Comercial. Propriedade industrial. Marca evocativa. Registro no INPI. Exclusividade. Mitigação. Possibilidade.

1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade, atraem a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro, admitindo-se a sua utilização por terceiros de boa-fé.

2. O monopólio de um nome ou sinal genérico em benefício de um comerciante implicaria uma exclusividade inadmissível, a favorecer a detenção e o exercício do comércio de forma única, com prejuízo não apenas à concorrência empresarial - impedindo os demais industriais do ramo de divulgarem a fabricação de produtos semelhantes através de expressões de conhecimento comum, obrigando-os à busca de nomes alternativos estranhos ao domínio público - mas sobretudo ao mercado em geral, que teria dificuldades para identificar produtos similares aos do detentor da marca.

3. A linha que divide as marcas genéricas - não sujeitas a registro - das evocativas é extremamente tênue, por vezes imperceptível, fruto da própria evolução ou desenvolvimento do produto ou serviço no mercado. Há expressões que, não obstante estejam diretamente associadas a um produto ou serviço, de início não estabelecem com este uma relação de identidade tão próxima ao ponto de serem empregadas pelo mercado consumidor como sinônimas. Com o transcorrer do tempo, porém, à medida em que se difunde no mercado, o produto ou serviço pode vir a estabelecer forte relação com a expressão, que passa a ser de uso comum, ocasionando sensível redução do seu caráter distintivo. Nesses casos, expressões que, a rigor, não deveriam ser admitidas como marca por força do óbice contido no art. 124, VI, da LPI, acabam sendo registradas pelo INPI, ficando sujeitas a terem sua exclusividade mitigada.

4. Recurso especial a que se nega provimento. (*REsp 1.315.621/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.06.2013, DJe 13.06.2013)

Na Quarta Turma, tal exegese sobre a flexibilidade da proteção de marca evocativa foi adotada no âmbito do julgamento do *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.046.529/RJ*, em que se tratou do conflito entre as marcas “*Douraditos*” e “*Doritos*” em categorias de produtos alimentícios, muito embora, por dever de lealdade, devo registrar que a Turma aplicou a Súmula 7/STJ ao caso.

Direito de Propriedade Industrial. Agravo regimental no recurso especial. Conflito entre marcas. Doritos e Douraditos. Marcas fracas. Possibilidade de

convivência. Reexame do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

(...)

3. *Marcas fracas, meramente sugestivas e/ou evocativas, podem conviver com marcas semelhantes. Precedente: REsp n. 1.166.498/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 30/03/2011.*

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.046.529/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24.06.2014, DJe 04.08.2014)

Posteriormente, o mesmo tratamento foi dado pela Terceira Turma, no *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 100.976/SP*, em relação à aventada colidência entre as marcas “*Total Max*” e “*VittaMax*”, ambas registradas na classe de fabricação, distribuição e comercialização de produtos para alimentação humana e animal, inclusive produtos veterinários, também aqui com aplicação da Súmula 7/STJ:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Marcas fracas ou evocativas. Exclusividade. Mitigação.

(...)

2. *Conforme a jurisprudência consolidada desta Corte, marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade, atraem a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro, admitindo-se a sua utilização por terceiros de boa-fé.*

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 100.976/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18.12.2014, DJe 04.02.2015)

No *Recurso Especial 1.582.179/PR*, a maioria dos integrantes da Terceira Turma - ao apreciar o confronto entre as marcas “*Bombri!*”/”*Sanbri!*”/”*Bri!*”/”*Brill*” e “*Sanybri!*” na categoria de produtos de limpeza - também perfilhou o entendimento de que o registro de termo evocativo (no caso, a expressão “*Bril*”, sugestiva de brilho) afasta a pretensão de exclusividade de sua utilização pelo titular. Eis a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Nulidade de registro de marca. Produtos. Mesmo ramo comercial. Marcas registradas. Uso comum. Exclusividade. Não ocorrência. Alto renome. Efeito prospectivo.

1. Visa a presente ação ordinária a declaração de nulidade do registro de propriedade industrial da marca *Sanybri!*, que atua no mesmo ramo comercial da autora de marca *Bom Brill*.

2. Conforme a jurisprudência consolidada desta Corte, marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade, atraem a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro, admitindo-se a sua utilização por terceiros de boa-fé.

(...)

4. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que, a partir do momento que o INPI reconhece uma marca como sendo de alto renome, a sua proteção se dará com efeitos prospectivos (*ex nunc*). Assim, a marca igual ou parecida que já estava registrada de boa-fé anteriormente não será atingida pelo registro daquela de alto renome, como no caso em apreço.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (*REsp 1.582.179/PR*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, DJe 19.08.2016)

No âmbito do julgamento do *Agravo Interno no Recurso Especial 1.338.834/SP*, a Quarta Turma confirmou decisão monocrática de minha lavra, no sentido da possibilidade de convivência entre as marcas “*Insalata Farinella*” e “*Insalata Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda.*”. Confira-se:

Agravo interno no recurso especial. Direito Marcário. Utilização de marca evocativa. Impossibilidade de restrição. Súmula n. 7 do STJ.

1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e sem suficiente forma distintiva atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes. Precedentes do STJ.

2. Na hipótese vertente, consoante a dicção do Tribunal a quo, o vocábulo *insalata*, em que pese o fato de não ser comum no vernáculo, é expressão corriqueira no idioma italiano, significando, simplesmente, “salada”. Dessa forma, não é possível a apropriação exclusiva da marca, máxime ante o caráter corrente e habitual que permeia a expressão nupercitada.

(...)

4. Agravo interno não provido. (*AgInt no REsp 1.338.834/SP*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.02.2017, DJe 23.02.2017)

Em consonância com tal exegese - referida em ordem cronológica para acentuar que não houve desvio ou modificação do entendimento -, há dois julgados mais recentes da Terceira Turma reconhecendo o direito de exclusividade no tocante às marcas “*Rola Moça*” (comércio de peças de vestuário) e “*Praxis*” (serviços de consultoria e informação em Direito, bem como desenvolvimento e criação de programas e sistemas de computador), uma

vez não constatado o caráter evocativo das referidas expressões ante a falta de qualquer relação com as características ou com a função dos produtos e serviços fornecidos por seus titulares:

Recurso especial. Propriedade industrial. Direito Marcário. Ação de nulidade parcial. Marca evocativa. Sinais de uso comum. Situação dos autos que não se amolda à vedação contida no dispositivo legal indicado como violado (art. 124, VI, da LPI).

(...)

2- O propósito recursal é definir se a marca titulada pelo recorrido - **Rola Moça** - deve ou não ser declarada parcialmente nula, em virtude de se tratar de marca “fraca” ou evocativa composta por expressões de uso comum.

3- A marca em questão, ao contrário da tese defendida pelo recorrente, não se enquadra na definição de marca evocativa, na medida em que seus elementos nominativos não se relacionam com as características ou com a função dos produtos comercializados por seu titular (peças de vestuário).

4- A regra do dispositivo legal indicado como violado (art. 124, VI, da LPI) não inviabiliza, *a priori*, o registro de sinais comuns ou vulgares, devendo-se analisar, cumulativamente, se tais expressões guardam relação com o produto ou o serviço que a marca visa distinguir ou se elas são empregadas comumente para designar alguma de suas características.

5- Hipótese concreta em que tais pressupostos, que inviabilizariam o registro da marca do recorrido, não foram preenchidos, de modo que não há nulidade a ser declarada.

6- Recurso especial não provido. (REsp 1.630.290/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.02.2018, DJe 02.03.2018) (grifei)

Recurso especial. Propriedade industrial. Direito Marcário. Ação anulatória de registro e ação declaratória de ausência de infração. Prestação de serviços na área jurídica. Direito desportivo. Violação do art. 128, § 1º, da LPI. Não ocorrência. Expressão de uso comum ou genérico. Marca evocativa. Ausência de impedimento registral. Circunstâncias específicas da hipótese. Pretensão reconvenicional. Inviabilidade. Princípio da harmonia e separação de poderes.

(...)

2. O propósito recursal é verificar a higidez do ato administrativo que concedeu o registro da marca “**Praxis**” à recorrente e os efeitos do resultado dessa análise sobre o trâmite do pedido de registro da mesma expressão pela recorrida perante o INPI.

3. Considerando-se o fato de a Classe 42 da NCL(7) não servir para identificar exclusivamente serviços privativos da advocacia, bem como as especificidades ínsitas ao Direito Desportivo, cuja Justiça especializada ostenta natureza

administrativa, é de se concluir que a prestação de consultorias e informações nessa área, pela recorrente, não pode ser tida - exceto se devida e casuisticamente comprovado, circunstância não ventilada no acórdão recorrido - como atividade que viola os ditames do art. 1º, II, da Lei 8.906/94 e 4º, parágrafo único, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.

4. Como consectário, o ato concessivo do registro marcário impugnado não apresenta a nulidade apontada, pois foram cumpridos os requisitos exigidos pelo art. 128, § 1º, da Lei de Propriedade Industrial.

5. *A marca em questão (Praxis) não se enquadra na definição de marca evocativa, na medida em que seu elemento nominativo não se relaciona com as características ou com a função dos serviços prestados por seu titular.*

6. A regra do art. 124, VI, da LPI não inviabiliza, *a priori*, o registro de sinais comuns ou vulgares, devendo-se analisar, cumulativamente, se tais expressões guardam relação com o produto ou o serviço que a marca visa distinguir ou se elas são empregadas comumente para designar alguma de suas características, circunstâncias não verificadas no particular.

7. À míngua de qualquer notícia apontando para a ocorrência de ilegalidades praticadas pelo INPI no curso da tramitação do procedimento administrativo registral iniciado pela recorrida, tem-se que inexistente razão jurídica apta a justificar a interferência do Judiciário na espécie, sob risco de ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.736.835/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.06.2018, DJe 25.06.2018) (grifei)

Por fim, no *Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial 1.062.073/RJ*, a Quarta Turma confirmou a decisão monocrática da lavra da eminente Ministra Isabel Gallotti, segundo a qual o termo *Tele* corresponde a sinal de natureza evocativa e, em razão disso, não há falar em exclusividade de seu uso pelo titular da marca “*Telemar*”, em detrimento da marca “*Telemac*”, ambas referentes ao segmento de telefonia:

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Registro de marca. Elemento evocativo. Expressão de uso comum. Marca fraca.

(...)

2. *Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e sem suficiente forma distintiva atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes. Precedentes.*

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1.062.073/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15.03.2018, DJe 20.03.2018)

8. Outrossim, penso importante destacar a jurisprudência da Quarta Turma no sentido de que a aferição da existência de confusão ou da associação de marcas deve ter como parâmetro, em regra, a perspectiva do homem médio (*homo medius*), ou seja, o ser humano razoavelmente atento, informado e perspicaz, o que não afasta exame diferenciado a depender do grau de especialização do público-alvo do produto ou do serviço fornecido (*REsp 1.342.741/RJ*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05.05.2016, DJe 22.06.2016).

É que, em seu papel de aplicador da lei, deve o juiz atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum (artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), o que demonstra que o legislador pátrio considerou primordiais os valores sociais sobre os individuais.

No que diz respeito às marcas, reitere-se que sua proteção não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, *mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário*. Assim pode ser resumida a função social da marca à luz da Constituição Federal e da Lei 9.279/96.

No mesmo sentido:

Recurso especial. Propriedade industrial. Uso indevido de marca de empresa. Semelhança de forma. Dano material. Ocorrência. Presunção. Dano moral. Aferição. *In re ipsa*. Decorrente do próprio ato ilícito. Indenização devida. Recurso provido.

(...)

2. *Nos dias atuais, a marca não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário.*

3. A lei e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a existência de dano material no caso de uso indevido da marca, uma vez que a própria violação do direito revela-se capaz de gerar lesão à atividade empresarial do titular, como, por exemplo, no desvio de clientela e na confusão entre as empresas, acarretando inexorável prejuízo que deverá ter o seu *quantum debeatur*, no presente caso, apurado em liquidação por artigos.

(...)

7. Recurso especial provido. (REsp 1.327.773/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.11.2017, DJe 15.02.2018)

9. No caso ora em julgamento, como bem delineado nas instâncias ordinárias, a *Apple Inc.* (ora recorrida) ajuizou ação ordinária em face da IGB Eletrônica S/A e do INPI, objetivando a decretação de nulidade parcial do registro 822.112.175 para a marca mista “*G Gradiente iPhone*”, bem como a republicação, no órgão oficial, da respectiva decisão concessiva do registro, com a ressalva de não deter o titular exclusividade de utilização da palavra *iphone* de forma isolada.

Consoante incontroverso nos autos: (a) o pedido de registro da citada marca mista foi depositado pela IGB Eletrônica em 29.3.2000, tendo sido concedido pelo INPI, sem qualquer ressalva, em 2.1.2008; (b) a marca foi registrada na classe atinente a “aparelhos telefônicos celulares que possibilitam o acesso à *internet*”; (c) malgrado a *Apple* tenha (desde 1998) concebido uma linha de produtos de uma “família de marcas” identificada pelo sinal “i” (“iMac” e “iBook”, entre outros), o seu “iPhone” somente foi lançado no ano de 2007; (d) transcorridos mais de doze anos do depósito do pedido de registro e quase cinco anos da data da decisão concessiva (dias antes do prazo final de caducidade), a IGB veio a lançar o telefone celular da linha “*G Gradiente iPhone*”; e, (e) o “iPhone” da *Apple* é sucesso mundial de vendas, revelando-se notório que, quando os consumidores e o próprio mercado pensam em “iPhone” estão tratando do aparelho da *Apple*.

É verdade que não parece razoável invocar qualquer má-fé da IGB ao criar a marca mista “*G Gradiente iPhone*”. Nada obstante, verifica-se que o conjunto marcário “*G Gradiente iPhone*” apresenta dois elementos: um elemento principal (a expressão “*Gradiente*”) e dois secundários (o “G” estilizado e o termo “*iphone*”).

Segundo o Manual do INPI, “em um sinal formado pela combinação de diversos elementos nominativos e/ou figurativos, seus componentes podem exercer funções diferentes, que variam de acordo com sua preponderância no conjunto, levando-se em consideração as diferentes relações espaciais ou semânticas existentes entre os elementos que compõem o conjunto, independentemente de serem eles irregistráveis de forma isolada ou não” (<http://bit.ly/2FxCq6Z>).

O elemento principal exerce papel predominante no conjunto marcário, sendo o principal foco de atenção do público alvo. De outro lado, o elemento secundário pode desempenhar um papel meramente informativo ou descritivo em relação ao escopo de proteção pretendido.

No caso, a expressão “iphone”, elemento secundário da marca mista concebida pela IGB, caracteriza-se como um termo evocativo, tendo surgido da aglutinação dos substantivos ingleses “internet” e “phone” para designar o aparelho telefônico com acesso à *internet* (também chamado de *smartphone*), o que, inclusive, ensejou o registro da marca na classe atinente ao citado produto.

Desse modo, não há como negar que tal expressão integrante da marca mista sugere característica do produto a ser fornecido. Cuida-se, portanto, de termo evidentemente sugestivo.

Sob essa ótica, a IGB terá que conviver com o bônus e o ônus de sua opção pela marca mista “*G Gradiente iPhone*”: de um lado, a simplicidade e baixo custo de divulgação de um signo sugestivo de alguma característica ou qualidade do produto que visava comercializar (o que tinha por objetivo facilitar o alcance de seu público-alvo); e, de outro lado, o fato de ter que suportar a coexistência de marcas semelhantes ante a regra da exclusividade mitigada das evocativas, exegese consagrada nos precedentes desta Corte.

A utilização de marca sugestiva por empreendedores, como antes referido, caracteriza operação de risco, mas nada que não possa ser absorvido pela natural intercalação do empreendimento econômico.

Assim, penso que o INPI deveria ter mesmo inserido a ressalva da falta de exclusividade da utilização isolada da expressão “iphone”, ao conceder o registro da marca mista de titularidade do IGB.

10. É claro que se poderia pensar, em princípio, o mesmo em relação à situação da *Apple*, que, em 2007, assumiu o risco da utilização de marca mista integrada por um único elemento de evidente caráter evocativo: a expressão “iPhone”.

Contudo, tal signo, com o passar do tempo, adquiriu incontestável distintividade e notoriedade em todo o mundo. Qualquer consumidor (independentemente de classe social ou nacionalidade) associa tal expressão ao *smartphone* comercializado pela sociedade empresária; inclusive, por ocasião do lançamento de modelos novos, os consumidores costumam enfrentar filas enormes e amplamente noticiadas para adquiri-los.

O sucesso da estratégia de *marketing* da *Apple* é indiscutível (<https://exame.abril.com.br/tecnologia/filas-longas-estao-de-volta-as-lojas-da-apple-com-iphone-x>), tendo sido capaz de transformar um termo evocativo em signo inconfundível de seu produto.

O saudoso Professor Denis Borges Barbosa, em artigo intitulado “A oponibilidade da marca varia com sua força distintiva e o tempo”, bem elucidou que a distintividade da marca acompanha seu desenvolvimento e crescimento “pelo tempo, popularidade e investimento”.

Assim, segundo o prestigiado autor, a falta de distintividade originária do signo pode ser suprida com a distintividade adquirida no tempo, revelando-se possível que uma marca fraca venha a se tornar até mesmo uma marca notória, desde que seu titular tenha êxito em evitar um processo de degenerescência do signo. Confira-se:

A distintividade adquirida

Criada, a marca passa a ganhar sentido próprio, a chamada imagem-de-marca. Tal imagem é o significado da marca, reconhecido pelo público.

Essa imagem é criada pelo acúmulo de experiências com o produto ou serviço específico, tanto diretamente relacionadas com a sua utilização, como através da influência da publicidade, do efeito estético, pela comunicação social e pela reação dos críticos. Uma imagem-de-marca incorpora toda a informação ligada à origem do produto ou serviço.

O valor da marca se constrói através de um efeito comunicativo: ela vale na proporção do reconhecimento do significado, seja em razão da espontaneidade, seja pela indução da publicidade. O público, reagindo à publicidade, ou por iniciativa própria, vai criando sentido para a marca, num processo que alguns descrevem como de autoria coletiva.

Assim reporta o precedente:

Pois, ao contrário do que se possa imaginar, a proteção de um signo relaciona-se muito mais com causas econômicas (popularidade da marca e volume de investimentos) do que circunstanciais (novidade ou antecedência), daí a existência de institutos como a notoriedade e o alto renome, engendrados justamente para excepcionar princípios como o da territorialidade e o da especificidade, evitando que terceiros venham registrar sinais amplamente consagrados, com respaldo na própria lei. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay, AC 2006.51.01.520589-7, DJ 24.06.2010.

Assim, pelo tempo, popularidade e investimento, a marca cresce

A construção da imagem-de-marca, em especial pelas técnicas persuasórias e de sedução, cria eficácia simbólica de duas formas cumulativas:

- a) como reforço, positivo ou negativo, à distintividade absoluta da marca;*
- c) além do alcance da concorrência e dos direitos de exclusiva.*

Na primeira hipótese, dá-se, positivamente, a chamada significação secundária, pelo qual a imagem-de-marca aumenta seu grau de distintividade absoluta.

De outro lado, e negativamente, há a perda de distintividade absoluta, pela generificação – quando, pela construção da imagem-de-marca, o signo vem a ser apropriado pelo domínio comum.

Na segunda hipótese, o significante da marca passa a significar – aponta origens – que não necessariamente correspondem à circulação de produtos e serviços. O símbolo extravasa o mercado, o vinculum juris, ou ambos. Criam-se aqui os fenômenos da marca notória ou de alto renome.

Convencionalmente, dá-se a esse fenômeno o nome de notoriedade, eis que a marca capaz de ter esse efeito é descrita como notória. No dizer de Faria Correa:

A notoriedade, no seu sentido mais amplo, é o fenômeno pelo qual a marca, tal qual um balão de gás, se solta, desprendendo-se do ambiente em que originariamente inserida, sendo reconhecida independentemente de seu campo lógico-sensorial primitivo. A notoriedade é correlata à genericidade. A genericidade é o negativo (= imprestabilidade universal para servir como elemento de identificação de um produto ou serviço, por refletir, no plano lógico-sensorial, o próprio produto ou serviço). A notoriedade é o positivo (= idoneidade universal, absoluta para servir de elemento de identificação de um produto ou serviço). Notoriedade é magia e magia é a capacidade de se criar o efeito sem a causa, produzindo do nada. Notória a marca, e a sua utilização impregna de magia qualquer produto, tornando-o vendável. A vendabilidade do produto emerge do poder de distinguir, do poder de atrair o público.

Conclusão quanto à distintividade absoluta

Seja pela criação, seja pela aquisição de sentido posterior à criação, a marca detém um grau de distintividade em face aos produtos e serviços que designa, e determina a amplitude da proteção contra a confusão.

Assim, a marca forte em distintividade pelo tempo e pela publicidade recusa mesmo marcas que não sejam iguais: (...) (http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/oponibilidade_marca.pdf - acessado em 17.9.2018) (grifei)

De fato, tal exegese tem amparo no artigo 6 *quinquies* da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (promulgada pelo Decreto 75.572/75), segundo o qual “*para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca*”.

Doutrinariamente, a norma contida no referido dispositivo da convenção internacional recebeu o nome de “teoria do significado secundário da marca” (ou *secondary meaning*), fenômeno mercadológico mediante o qual um sinal fraco (como os de caráter genérico, descritivo ou até evocativo) adquire eficácia distintiva (originariamente inexistente) pelo uso continuado e massivo do produto ou do serviço. A distinguibilidade nasce da perspectiva psicológica do consumidor em relação ao produto e sua marca, cujo conteúdo semântico passa a predominar sobre o sentido genérico originário.

Nesse sentido, exatamente em situação bastante similar à que ora é examinada, a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

Dois fenômenos mercadológicos são típicos da marca notória. De um lado, o amplo conhecimento que os consumidores têm dela acaba dando distintividade a expressões meramente descritivas - que, não fosse a notoriedade da marca, seriam inaptas a cumprir a função de identificar determinado produto ou serviço. Trata-se de fenômeno designado pela locução inglesa *secondary meaning*. A expressão descritiva do produto ou serviço passa a ter um segundo significado, que é o de identificar um deles em especial. A notoriedade gera, então, a distintividade. Por exemplo, ninguém pode registrar com exclusividade a expressão *Fruta* para identificar as frutas que comercializa, em razão de seu caráter meramente descritivo. Mas se essa marca acabar se tornando notória na identificação, pelos consumidores, de um determinado fornecedor desse produto, o amplo conhecimento justificará a proteção liberada pela lei para as marcas notórias. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 2016. 1. ed. em ebook baseada na 20. ed. impressa)

Transportando-se tal teoria para as marcas evocativas - menos fracas que as meramente genéricas ou descritivas -, é fato que a *Apple*, com extrema habilidade, conseguiu, desde 2007, incrementar o grau de distintividade da expressão “iPhone” (originariamente evocativa), cuja indiscutível notoriedade nos dias atuais tem o condão de alçá-la à categoria de marca notória (exceção ao princípio da territorialidade) e, quiçá, de alto renome (exceção ao princípio da especificidade).

Consequentemente, penso ser possível reconhecer a ocorrência do fenômeno da *secondary meaning* no que diz respeito ao sinal “iPhone” da *Apple*, que atende, indubitavelmente, às quatro funções das marcas, pois: (a) identifica o produto, distinguindo-o dos congêneres existentes no mercado; (b) assinala sua origem e sua procedência; (c) indica seu padrão de qualidade; e (d) funciona como extraordinário instrumento de publicidade, revelando-se incontestemente que o celular da *Apple* encontra-se entre os mais vendidos do mundo.

Ao revés, não se pode dizer o mesmo dos aparelhos da linha “*G Gradiente iPhone*” da IGB, cuja demora em lançar um produto com a referida marca não pode ser ignorada, independentemente da existência ou não de justa causa para tanto. Diferentemente da *Apple* (que, além de lançar produto diferenciado e inovador, investiu maciçamente em divulgação ao mercado consumidor), a IGB demorou mais de doze anos para lançar o celular “*G Gradiente iPhone*”, cujo registro estava prestes a caducar.

Importante destacar, ainda, que, à época em que a IGB resolveu atuar (final de 2012), o produto da *Apple* (lançado em 2007) já era um sucesso mundial de vendas, tendo a *suposta* colidência das marcas gerado perplexidade no mercado consumidor, consoante amplamente noticiado na mídia:

- *Dona da marca iPhone no Brasil, Gradiente vira piada internacional* (<https://olhardigital.com.br/noticia/dona-da-marca-iphone-no-brasil,-gradiente-vira-piada-internacional/31482>);
- *Não é plágio, registramos antes, afirma fundador da Gradiente sobre o 'iphone'* (<https://economia.estadao.com.br/blogs/radar-tecnologico/nao-e-plagio-registramos-antes-afirma-fundador-da-gradiente-sobre-o-iphone/>);
- *iphone brasileiro vira piada no exterior* (<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,iphone-brasileiro-vira-piada-no-exterior,138463e>);
- *iphone: Lançamento da Gradiente vira piada no exterior* (<https://canaltech.com.br/smartphone/IPHONE-Lancamento-da-Gradiente-vira-piada-no-exterior/>);
- *Gradiente lança "iPhone" com Android e vira piada na Internet* (<https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2012/12/gradiente-lanca-iphone-com-android-e-vira-piada-na-internet.html>);
- *Como assim? Gradiente vai lançar "iphone com android"?* (<https://www.tecmundo.com.br/celular/34263-como-assim-gradiente-vai-lancar-iphone-com-android-htm>);
- *Gradiente perde (de novo) exclusividade da marca "iphone" no Brasil* (<https://tecnoblog.net/140983/gradiente-perde-exclusividade-da-marca-iphone/>).

Destarte, na hipótese, penso que a utilização da marca “iPhone” pela *Apple* - malgrado o registro antecedente da marca mista “*G Gradiente iPhone*” - não evidencia circunstância que implique, sequer potencialmente, aproveitamento parasitário, desvio de clientela ou diluição da marca, com a indução dos consumidores em erro.

Reitero, pois, que o “iPhone” da *Apple* revela-se inconfundível para o “homem médio” (*homo medius*), ou seja, o ser humano razoavelmente atento, informado e perspicaz, notadamente o consumidor de aparelhos celulares.

Desse modo, sobressai a impossibilidade de confusão entre o aparelho da IGB (ainda que a marca contenha, como elemento secundário, a expressão “iphone”) e o produto oferecido pela *Apple*.

Nesse viés, destaca-se trecho de insigne lição doutrinária que bem resume o desfecho que, no meu sentir, deve ser conferido à presente controvérsia:

*A proteção da marca se restringe aos produtos e serviços com os quais o mercado pode ser confundido pelo consumidor. Se não houver a possibilidade de confusão - isto é, de o consumidor considerar que o fornecedor de certo produto ou serviço é o mesmo de outro com marca igual ou semelhante -, não decorrerá do registro nenhum direito de exclusividade. O INPI classifica as diversas atividades econômicas de indústria, comércio e serviços, agrupando-as segundo o critério de afinidade, em classes, que auxiliam a pesquisa de possíveis fontes de confusão. O titular do registro de uma marca terá direito à sua exploração exclusiva nos limites fixados por este critério. Não poderá, por conseguinte, opor-se à utilização de marca idêntica ou semelhante por outro empresário se estiver afastada qualquer possibilidade de confusão. Exceção feita, apenas, ao titular de marca de alto renome (McDonald's, Natura, Nike, etc.), cuja proteção se estende a todos os ramos de atividade econômica (LPI, art. 125). O registro de determinada marca na categoria das de alto renome é ato discricionário do INPI, insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, senão quanto aos seus aspectos formais, em vista da tripartição constitucional de poderes do Estado. Uma vez registrada a marca nesta categoria, o seu titular poderá impedir o uso de marca semelhante ou idêntica em qualquer ramo da atividade econômica. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116-117)*

11. Em outra vertente, o uso isolado do termo “iPhone” por qualquer outra pessoa física ou jurídica (que não seja a *Apple*), para designar celulares com acesso à *internet*, poderá, sim, gerar as consequências nefastas expressamente rechaçadas pela lei de regência e pela Constituição da República de 1988.

Importante ainda assinalar que tal exegese não configura prejuízo à IGB, que, por ter registrado, precedentemente, a expressão “*G Gradiente iPhone*”, poderá continuar a utilizá-la, ficando apenas afastada a exclusividade de uso da expressão “iphone” de forma isolada, consoante bem destacado nas instâncias ordinárias:

(...) como a Autora não pretende a nulidade da marca *Gradiente iPhone*, mas apenas que a empresa Ré seja obrigada a não utilizar a expressão *iphone* isoladamente, entendendo que a mesma está requerendo o que já existe atualmente no mercado, sem trazer prejuízos a nenhuma das envolvidas, protegendo a

sua conquista, assim como o registro concedido pelo INPI, para que a Ré possa comercializar o seu smartphone com o nome de “*Gradiente iPhone*”.

12. Por fim, conforme bem esclarecido pela eminente Ministra Isabel Gallotti, na sessão de julgamento, embora a inicial faça referência à “nulidade parcial do registro”, é certo que a prestação jurisdicional pretendida foi, precisamente, a declaração de ressalva quanto à não exclusividade da marca secundária “iphone” e, somente por isso, utilizou-se a expressão *nulidade relativa*.

Consequentemente, com acréscimo dos fundamentos antes desenvolvidos ao longo do voto, a meu juízo, não merece reparo a conclusão da sentença e do acórdão regional, devendo ser mantido o comando judicial estabelecido.

13. Ante o exposto, com os citados acréscimos, nego provimento aos recursos especiais da IGB Eletrônica S/A e do INPI.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Senhor Presidente, como nenhum dos eminentes Ministros pediu a palavra para o debate ou pedido de vista, gostaria de externar posicionamento quanto a esta matéria e verifico que o pedido formulado pela *Apple* foi o de anulação, de nulidade parcial do registro da marca G Gradiente *IPhone*. O voto foi brilhantíssimo e também houve as mais relevantes sustentações aqui da tribuna. O voto brilhante do eminente Ministro Luís Felipe Salomão, realmente, se desenvolve no sentido da apropriação, em último caso, pela *Apple* do uso isolado da marca *iPhone*.

No entanto, Senhor Presidente, coloco como uma questão relevante a apreciação da existência de vício do ato administrativo de registro dessa marca. Parece-me que esse ato administrativo atendeu aos requisitos da competência – não há nenhuma dúvida quanto a isso, a competência do INPI –, da forma, o procedimento que foi utilizado, a finalidade – a partir do depósito o registro de uma marca que, na verdade, atendia aos requisitos para tanto –, o motivo e a licitude do objeto. Não vejo nenhum vício no ato registrado. Não vislumbro qualquer vício.

Se depois desse registro – por um trabalho de desenvolvimento tecnológico, de atuação no mercado, de publicidade muito bem feita, da força que tem aquela

empresa americana – se conseguiu uma posição que desse essa distintividade ao seu produto, parece-me que isso não anula o caráter distintivo também quando da apreciação do pedido da Gradiente de registro da sua marca. Parece-me que aquela expressão *iPhone* identificava o acesso pelo celular da rede mundial de computadores, a *internet*. Então, é um elemento – pelo menos na época do depósito – distintivo, tanto é distintivo que também a *Apple* usa como sua marca simplesmente o *iPhone*.

É por isso que me parece – só atentando para a especificidade do pedido – que o pedido é de anulação de um ato administrativo do INPI. Repito que esse ato administrativo... Data máxima vênia, com toda admiração e respeito que tenho e que é devido por toda a comunidade jurídica brasileira, ao eminente Ministro Luís Felipe Salomão, parece-me que não há nenhuma razão para decretar nulidade. Agora, se a Gradiente vai poder ou não usar isoladamente uma marca que venha a lançar como *iPhone* simplesmente, isso não é objeto dessa ação. O objeto é a anulação do ato administrativo do INPI que concedeu esse registro. Na época dessa concessão não há nenhum dever do Órgão administrativo de fazer qualquer análise mercadológica, na lei não há qualquer exigência.

Repito, a reverência que tenho, que é devida à argumentação do eminente Relator, mas, desde já, até para não deixar em uma situação difícil o Senhor Ministro Raul Araújo, a quem substituo e que não assistiu às sustentações orais – se Sua Excelência viesse a votar depois, havendo um pedido de vista, ficaria numa situação difícil.

Por isso, por estar prestes a encerrar essa minha fase de convocação, é que ousou apresentar antecipadamente esse voto, discordando do eminente Relator para dar provimento ao recurso especial, julgando improcedente a demanda, o pedido de anulação do ato do INPI.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, ouvi atentamente os debates – cumprimento os eminentes advogados –, também o voto do eminente Relator e agora a divergência inaugurada pelo Senhor Ministro Lázaro Guimarães. Penso que, realmente, como disse o Ministro Lázaro, não é uma questão propriamente de nulidade do ato administrativo de concessão do registro pelo INPI.

Não é que o registro seja nulo, embora seja isso que conste do dispositivo da sentença. Mas se verificarmos o conteúdo da inicial e o da contestação, e mesmo o sentido lógico da sentença e do acórdão recorrido, penso que, embora requerida a anulação e a republicação da decisão de registro, para que dela conste a ressalva de que “iPhone” não é expressão isolada, de que ela pode ser utilizada pela Apple ou que não tem distintividade, na realidade, a pretensão era declaratória dos limites e efeitos do registro de que é titular a ré e das consequências desse registro em relação ao uso - legal ou ilegal - da expressão mencionada pela autora em sua atividade comercial.

Postulou-se a declaração judicial consistente na “ressalva que o registro seja concedido sem exclusividade sobre a palavra iPhone de forma isolada.”

Considero, portanto, que a pretensão deduzida na inicial, a pretensão alvo da contestação, e o que foi deferido tanto pela primeira instância quanto pela segunda com rótulo de “declaração de nulidade parcial do registro”, na verdade, é uma declaração dos efeitos desse registro. Ou seja, fica mantido o registro desse nome “G Gradiente iPhone”, o qual não impede, todavia, o uso, não confere exclusividade à palavra “iPhone”, de forma que ela poderá ser utilizada pela Apple, como vem sendo utilizada desde 2008, sem prejuízo de que a Gradiente use o nome que ela registrou, que não foi meramente iPhone, mas sim “G Gradiente iPhone”.

Nesse sentido, não tenho nada a acrescentar ao minucioso voto do eminente Relator, que nos brinda com um exaustivo panorama da legislação, da jurisprudência, dos tratados internacionais sobre o tema e bem demonstra que essa marca “iPhone”, embora possa ser registrada, é uma marca fraca, evocativa e que, portanto, não teria o condão – esse registro tal como feito da expressão “G Gradiente iPhone” – de atribuir exclusividade à titular do registro, à ré, sobre a expressão mencionada.

A explicitação que a decisão recorrida determinou que houvesse, mediante a republicação do ato, com o rótulo de “declaração de nulidade parcial”, mas que, no fundo, tem conteúdo declaratório do direito de a Apple continuar vendendo produtos com o nome “iPhone” e a Gradiente com o signo que ela registrou validamente (“G Gradiente iPhone”), conforme os requisitos da época do depósito e também da concessão da marca.

Portanto, acompanho o eminente Relator, com a devida vênia da divergência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.691.075-RS (2017/0197429-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Fundação CEEE de Seguridade Social ELETROCEEE

Advogados: Vitor Gil Peixoto - RS057021

Régis Bigolin - RS059575

Igor Hamilton Mendes - RS061815

Fabrizio Zir Bothomé e outro(s) - RS044277

Recorrido: Joao Souza de Belo

Advogado: Aparecido Carlos Santana e outro(s) - SP065084

EMENTA

Recurso especial. Previdência privada. Renda mensal inicial. Revisão do cálculo. IRSM. Fevereiro de 1994 (39,67%). Aplicação. Fonte de custeio formação. Plano de custeio. Distinção. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência.

1. Tratando-se de pedido de revisão do benefício inicial de complementação de aposentadoria, mediante a correção dos salários de contribuição utilizados para o cálculo do salário real de benefício, a prescrição não atinge o fundo de direito, mas apenas as prestações vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação.

2. Hipótese em que não se cogita de falta de prévio custeio pelo participante, sendo incontroverso que a contribuição incidiu sobre todo o salário de contribuição, nas épocas próprias. Discute-se o critério de correção do próprio custeio para a finalidade de cálculo do salário real de benefício.

3. Concedido o benefício de complementação de aposentadoria após 1º de março de 1994, e havendo previsão no plano de benefícios de utilização do mesmo índice de reajuste adotado pelo INSS, é devida a revisão do salário de contribuição com a aplicação do índice de 39,67%, correspondente do IRSM de fevereiro de 1994, na hipótese de o salário de contribuição desse mês de competência ter sido considerado no cálculo do salário real de benefício.

4. Recurso especial ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão. Votaram vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

DJe 13.8.2018

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. João Souza de Belo ajuizou “ação de revisão de complementação de aposentadoria”, aduzindo que vem recebendo benefício de previdência complementar inferior ao devido, pois, conforme o art. 15 do Regulamento do plano de benefícios, para o cálculo do salário-real-de-benefício, é considerada a média dos últimos 36 salários-reais-de-contribuição, “corrigidos do mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pela Previdência” oficial (INSS).

Assevera que o Governo Federal veio a reconhecer que deixou de aplicar os corretos índices para corrigir os salários-de-contribuição dos aposentados do INSS, conforme disposto no art. 1º da Lei n. 10.999/2004.

Pondera que, com o superveniente reconhecimento por lei acerca da integração ao índice de correção dos salários-de-contribuição do percentual de 39.67%, referente ao mês de fevereiro de 1994 (IRSM), tal fato deve refletir, de igual sorte, na correção dos salários-reais-de-contribuição do autor utilizados pela ré, uma vez que, na forma do artigo 15 do Regulamento do plano de benefícios.

O Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Interpôs a entidade de previdência complementar ré apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao recurso.

A decisão tem a seguinte ementa:

Apelação cível. Previdência privada. ELETROCEEE. Complementação de aposentadoria. Aplicação do IRSM de 39,67% de fevereiro de 1994 para a apuração do salário-real-de-benefício. Possibilidade. Apelo desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sobreveio recurso especial da entidade previdenciária, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, suscitando violação aos arts. 114 e 1.022 do CPC/2015; 47 e 535 do CPC/1973; 6º da Lei Complementar n. 108/2001; e 1º, 18 e 19 da Lei Complementar n. 109/2001.

Alega a recorrente que: a) há omissão; b) a discussão deve ser travada à luz do art. 202 da CF e das leis complementares n. 108 e 109, ambas de 2001; c) é incontroverso que não há custeio para fazer frente aos valores pretendidos; d) a formação das reservas necessárias ao pagamento do benefício se dá mediante o acúmulo de contribuições vertidas pelo participante e pelo patrocinador do plano de benefícios e pela capitalização desses recursos; e) não é suficiente o mero desconto *a posteriori* apenas das contribuições a cargo da parte autora; f) formada a reserva matemática e concedido o benefício, não será suficiente a mera retenção das contribuições do autor; g) a Corte local põe em risco o equilíbrio atuarial; h) o custeio do plano de benefícios é de responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos; i) qualquer desequilíbrio pode comprometer o plano de benefícios, e até mesmo a sua liquidação, em prejuízo de toda a massa de participantes que dele dependem para o sustento próprio e de suas famílias.

Em contrarrazões, afirma o recorrido que: a) o acórdão recorrido está devidamente fundamentado; b) não há falar em litisconsórcio passivo necessário; c) os salários-reais-de-contribuição não foram corretamente reajustados, pois a entidade previdenciária não aplicou o índice IRSM de 39,67% em fevereiro de 1994; d) o art. 15 do Regulamento do plano de benefícios prevê que o salário-real-de-contribuição é o valor correspondente à média aritmética simples dos salários-reais-de-contribuição do participante, nos 36 últimos meses anteriores ao pedido de complementação de aposentadoria por tempo de serviço ou idade,

corrigidos do mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pela Previdência Social; e) o benefício foi calculado e passou a ser pago em 29/11/1995, utilizando como base de cálculo a média dos 36 últimos salários-reais-de-contribuição do participante, do período de novembro de 1992 e outubro de 1995; f) diante do entendimento jurisprudencial pacífico em favor dos aposentados do regime geral de previdência social, “o governo reconheceu a omissão do INSS”, tendo sido editada a Lei n. 10.999/2004, que dispõe, no art. 1º, que fica autorizada a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, mediante a inclusão do percentual de 39,57%, referente ao Índice de reajuste do Salário Mínimo - IRSM do mês de fevereiro de 1994; g) não há ausência de custeio, mas sim de benefício; h) a decisão recorrida está em plena sintonia com as leis complementares de regência; i) a recorrente pretende o reexame de provas e interpretação de dispositivos regulamentares; j) a entidade previdenciária desobedeceu os dispositivos regulamentares vigentes por ocasião da concessão do benefício.

O recurso especial foi admitido.

Em vista da constatação da existência de divergência no âmbito da própria Quarta Turma acerca do relevante tema controvertido - (AgInt nos EDcl no AREsp 235.138/RS, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 21/2/2017, DJe 14/3/2017) e (REsp 1.073.263/PR, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 23/6/2015, DJe 17/12/2015) - e da multiplicidade de recursos a envolver a mesma questão, à luz do que preceitua o art. 138 do CPC, oportuneizei a participação, na qualidade *amicus curiae*, de entidades com representatividade adequada.

Dessarte, determinei fosse dada ciência, facultando-se-lhes manifestação, no prazo de quinze dias úteis (art. 138, Lei n. 13.105/2015), às seguintes entidades: PREVIC - Superintendência Nacional de Previdência Complementar; ANAPAR - Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão; APEP - Associação dos Fundos de Pensão de Empresas Privadas; ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar; Ministério da Previdência Social; Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC; e IBA - Instituto Brasileiro de Atuária.

A autarquia federal fiscalizadora Previc, como *amicus curiae*, colaciona nota técnica do Coordenador de Orientação de Atuária daquele Órgão, respondendo aos questionamentos que foram formulados, no seguinte sentido, *in verbis*:

3.14. Para melhor entendimento, dividimos as questões:

I. possibilidade de dano ao equilíbrio atuarial do plano de custeio do plano de benefícios;

Pelo exposto, fica evidente que a manutenção da decisão traz dano ao equilíbrio atuarial do plano de benefícios, haja vista que a falta da contribuição em período anterior à concessão do benefício traz prejuízos ao seu equilíbrio atuarial, vez que o plano de custeio é definido com base nos percentuais de contribuições (participantes e patrocinador) acrescido dos retornos dos investimentos oriundos dessas contribuições. Ou seja, para fazer frente aos valores pretendidos faz-se necessário que haja, *a priori*, formação da reserva matemática que irá custear o pagamento do benefício pretendido, que se dá por meio do acúmulo de contribuições vertidas pelo participante e pelo patrocinador e pela capitalização desses recursos, não sendo suficiente, portanto, o mero desconto (ainda mais *a posteriori*), das contribuições a cargo do participante.

II. possibilidade de ter sido computada tal verba nos cálculos atuariais, em vista que, no período de formação das reservas de benefícios a conceder, o INSS utilizava a mesma fórmula que a entidade previdenciária pretende que prevaleça;

[...]

Também revisitando os itens de 3.3. a 3.7. desta Nota, podemos observar a distinção entre o RGPS, operado pelo INSS, e o regime de previdência complementar fechado, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, pois enquanto o INSS paga seus benefícios por repartição simples (arrecada/paga), a previdência complementar tem esteio no regime de capitalização, no qual os recursos são arrecadados, acumulados e rentabilizados para custear um benefício a conceder.

Assim sendo, o benefício pago pelo INSS não necessita de reservas, sendo um pagamento com base no percentual do salário de contribuição, vinculando-se às correções que ocorrerem.

De forma distinta, uma entidade previdenciária que opera planos de benefícios na modalidade BD, estabelece inicialmente as contribuições que serão depositadas, ajustando-as sempre que necessário para que o nível de benefício pretendido seja suportado pelo capital acumulado, sendo este montante composto de contribuições do participante e do patrocinador, acrescido do retorno dos investimentos.

Ainda é importante mencionar que o cálculo da contribuição a ser vertida para o plano de benefícios é feito, em regra, ao final de cada exercício anual, para ser paga no exercício subsequente, ou seja, aumentos percebidos durante o ano só são captados e considerados na avaliação atuarial de final do exercício. Dessa forma, não haveria possibilidade de os aumentos concedidos por meio da Lei n. 10.999/2004 terem sido considerados no cálculo do benefício do participante, uma vez que ele entrou em gozo de benefício em dezembro de 1994.

III. possibilidade de haver razoabilidade, no tocante à conduta da entidade previdenciária, em vista das disposições constitucional e infraconstitucional de regência, que impõem o regime financeiro de capitalização;

Conforme disposições da Lei Complementar n. 109/2001, bem como da Resolução CGPC n. 18, de 28 de março de 2006, resta evidente que a entidade fechada de previdência complementar deve adotar o regime financeiro de capitalização para o custeio dos benefícios programados e continuados, o que pressupõe a prévia capitalização dos recursos a serem vertidos ao plano por participantes e patrocinador.

Dessa forma, entendemos que há razoabilidade na conduta da EFPC, pois a ausência da capitalização prévia das contribuições vertidas ao plano poderá causar prejuízos ao equilíbrio atuarial do plano, que seria suportado por todo o grupo formado por seus participantes e patrocinadores.

IV. possibilidade de haver viabilidade atuarial na concessão da verba, nos moldes em que vindicada e deferida pelas instâncias ordinárias (à luz do art. 32, VI, da Lei Complementar n. 109/2001).

Do ponto de vista atuarial, a concessão da verba, nos moldes que fora deferida pelas instâncias ordinárias, acarretaria prejuízos ao plano de benefícios, dado que a reserva matemática necessária para suportar o pagamento do benefício não estaria devidamente fundada, haja vista que o mero aporte financeiro das contribuições a cargo do participante, sem prévia capitalização e demais ajustes atuariais necessários, seria insuficiente para fazer frente às obrigações do plano de benefícios.

[...]

4. Conclusão

4.1. Ante o exposto, conclui-se que, por se tratar de um plano na modalidade de Benefício Definido, em que há mutualismo e solidariedade, o que implica que os resultados positivos ou negativos devem ser compartilhados entre os participantes e o patrocinador, a concessão da verba, nos moldes em que vindicada e deferida pelas instâncias ordinárias, sem a devida recomposição das reservas matemáticas, traria prejuízo ao plano de benefícios, que seria compartilhado entre os participantes e patrocinador do plano.

O Instituto Brasileiro de Atuária - IBA, como *amicus curiae*, por seu turno, manifestou-se no seguinte sentido, *in verbis*:

1 - A Unidade Real de Valor - URV é uma moeda que possibilitou a transição do Cruzeiro Real para o Real, que teve entre seus objetivos, o de ajustar valores, pagos sob a forma de remuneração mensal, ao valor correspondente ao real poder aquisitivo, que a correspondente remuneração mensal (ou Salário-Real-de-Contribuição), possuía nos quatro últimos meses de vigência do Cruzeiro Real

(novembro de 1993 a fevereiro de 1994), tomando por base a data efetiva do seu pagamento realizado a cada mês.

2 - Neste contexto, numa economia altamente inflacionária, com inflação mensal da ordem de 40% (ou até mais), a diferença entre uma remuneração mensal (ou de um Salário-Real-de-Contribuição), paga (ou recebida) no início do mês de competência ou no meio de cada mês de competência ou no final de cada mês de competência, em termos de poder aquisitivo, apresentava, níveis de poderes aquisitivos totalmente distintos.

3 - Assim, o poder de compra das Remunerações Mensais (Salários-Reais-de-Contribuição), se recebidos/pagos antecipadamente (ou seja, no início de cada mês), considerando um nível inflacionário mensal da ordem de 40%, representava um valor 40% maior que o poder de compra das Remunerações Mensais (salários-Reais-de-Contribuição) recebidos/pagos postecipadamente (ou seja, no final de cada mês).

4 - Portanto, na transição do “Cruzeiro Real” para o “Real”, através da transição feita pela adoção da Unidade Real de Valor - URV, aplicar a inflação de fevereiro de 1994, medida em Cruzeiro Real, de 39,67% na moeda de transição para o Real (ou seja, na moeda estável denominada de Unidade Real de Valor - URV), numa Remuneração Mensal (Salário-Real-de-Contribuição) paga/recebida no último dia de cada mês representará aumentar praticamente em 40% o poder aquisitivo dessa Remuneração Mensal, daí por diante, já que, com a vigência de uma moeda estável como a URV (na transição para o Real) e como o Real (moeda em vigor desde julho de 1994), os valores das Remunerações Mensais (Salários-Reais de-Contribuição), pagas/recebidas antecipadamente no início de cada mês ou postecipadamente no final de cada mês, não mais apresenta diferenças de poder aquisitivo da ordem desses 40%.

5 - Neste contexto, atualizar os Salários-Reais-de-Contribuição, que entram no cálculo da Média atualizada correspondente ao Salário-real-de-Benefício, expressos em Cruzeiro Real (e mesmo em Cruzeiro que foi o padrão monetário anterior ao Cruzeiro Real, sendo 1,00 Cruzeiro Real = 1.000,00 Cruzeiro), aplicando o IRSM de 39,67% de fevereiro de 1994, em valores convertidos em URV (Unidade Real de Valor) significa considerar como se nos últimos 4 (quatro) meses de vigência do Cruzeiro Real (novembro de 1993 / dezembro de 1993 / janeiro de 1994 / fevereiro de 1994) o valor da remuneração mensal (correspondente ao Salário-Real-de-contribuição de cada um desses meses) tivesse sido pago no início de cada mês, com o recolhimento da correspondente contribuição nesse mesmo momento e não no Benefício na ordem de até 40% para os Benefícios concedidos em fevereiro de 1994, decrescendo esse percentual na medida em que foram sendo incluídos nos cálculos do Salário-Real-de-benefício os novos Salários-reais-de-Contribuição já convertidos em URV (e posteriormente em Real, já que na transição para o Real: 1 URV = 1,00 Real), terminando tal impacto após 36 meses contados de fevereiro de 1994.

6 - Portanto, efetivamente, a aplicação do IRSM de 39,67% na atualização dos Salários-Reais-de-Contribuição no cálculo do Salário Real de Benefício, na forma descrita no numeral 4 anterior, gera um aumento real (aumento no nível real do poder aquisitivo) dos Salários-Reais-de-Contribuição, que entram na Média atualizada correspondente ao Salário-Real-de-Benefício, já que a partir de março de 1994 as Remunerações Mensais deixaram de ser pagas na moeda Cruzeiro Real (que perdia mensalmente um poder aquisitivo da ordem de 40%) e passaram a ser pagas numa moeda estável como a Unidade Real de valor (URV), posteriormente convertida diretamente (1 URV = 1,00 Real) em Real (que praticamente não perdia poder aquisitivo entre o início e o fim de cada mês), enfatizando que, na conversão das Remunerações mensais (salários-Reais-de-Contribuição) de Cruzeiro Real para Unidade Real de Valor (URV) foi aplicado o princípio do real poder aquisitivo das remunerações mensais no dia exato dos respectivos pagamentos nos meses de novembro de 1993 / dezembro de 1993 / janeiro de 1994 / fevereiro de 1994.

7 - Tal aumento real na média das Remunerações Mensais (Salários-Reais-de-Contribuição) atualizadas, que correspondem ao Salário-Real-de-Benefício, que, para os que entraram em gozo de benefício complementar no mês de fevereiro de 1994, chega praticamente a 40%, não é compatível com os níveis contributivos praticados na vigência das moedas nada estáveis (Cruzeiro e Cruzeiro Real) e, conseqüentemente, sua adoção gerará insuficiência de cobertura de Reservas (provisões) Matemáticas, indispensáveis para o financiamento dos benefícios a serem pagos pela Previdência Complementar Fechada.

8 - Deve-se ressaltar, o que é mais negativo na questão, é que, se aplicado o IRSM em questão, aqueles que não requererem benefícios complementares do Plano, no período de 36 meses contados de fevereiro de 1994, não serão favorecidos com qualquer aumento real, enquanto que aqueles que requererem benefício em fevereiro de 1994 serão favorecidos por um aumento real da ordem de 40%, reduzindo-se esse percentual de aumento real (da ordem de 40%) de algo como 1/36 (um trinta e seis avos) por mês até terem decorridos 36 meses, sendo que, caso a aplicação desses ganhos reais sejam efetivados, a insuficiência atuarial decorrente de sua adoção será assumida por todos os participantes (favorecidos ou não com esse ganho real), exceto se a decisão judicial atribuir a cada um dos favorecidos a correspondente responsabilidade, individualmente causada, no aumento da Reserva (Provisão) matemática do Plano de Previdência Complementar Fechada em questão.

A ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, como *amicus curiae*, manifestou-se no seguinte sentido, *in verbis*:

Isso porque esse reajuste ora pleiteado não constou dos cálculos atuariais realizados durante todo o período contributivo que precedeu a concessão do benefício complementar (ocorrida em novembro de 1995), uma vez que sua

adoção pelo INSS ocorreu apenas com a vigência da Lei 10.999/2004, conforme reconhecido pelo próprio autor e será detalhado a seguir (item "b").

[...]

Por fim, vale a observação de que, qualquer desequilíbrio pode comprometer o plano de benefícios, levando-o à inviabilidade que ocasionaria a sua liquidação, nos termos dos arts. 44 e seguintes da Lei Complementar 109/2001, em inegável prejuízo à toda massa de participantes que dele dependem para o sustento próprio e de suas famílias.

[...]

Da cronologia e da própria causa de pedir acima apontadas, verifica-se que apenas com o advento do art. 1º da Lei 10.999/2004 é que foi autorizada ao INSS "a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, recalculando-se o salário-de-benefício original, mediante a inclusão, no fator de correção dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, do percentual de 39,67% (trinta e nove inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), referente ao Índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM do mês de fevereiro de 1994".

Sendo assim, percebe-se que não haveria como ter sido computado o Índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%, nos cálculos atuariais realizados pela entidade ré, ora recorrente, tendo em vista que, no período de formação das reservas de benefícios a conceder, tal índice não foi utilizado pelo INSS, o que somente passou a ocorrer em dezembro de 2004, com o advento da Lei 10.999/2004, ou seja, quase 10 (dez) anos depois da concessão do benefício complementar ao autor.

Ainda, é fato incontroverso que a entidade, quando do cálculo do benefício complementar do autor, em novembro de 1995, corrigiu o seu salário-real-de-benefício do mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pela Previdência Social, nos exatos termos previstos no Regulamento do plano, pois a aplicação do fator de correção dos salários-de-contribuição do percentual de 39,67%, referente ao Índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM do mês de fevereiro de 1994, apenas passou a ser realizada pelo INSS a partir da vigência da Lei 10.999/2004 (dezembro de 2004).

[...]

Aliás, a falta de razoabilidade, parece-nos, adviria de conduta diversa da entidade, pois seria uma temeridade a entidade admitir o recálculo do benefício complementar por ela concedido após quase 10 (dez) anos à revelia de todos esses fatos e dos princípios norteadores da previdência complementar.

[...]

Sendo assim, conclui-se, sob pena de ofensa à segurança jurídica, à autonomia do regime de previdência complementar em relação ao regime geral de

previdência social e ao preceito da capitalização, que a entidade de previdência não pode ficar vulnerável a reabertura de cálculos de benefícios complementares já concedidos, em que o direito previdenciário complementar está plenamente formado e adquirido, em razão de uma conduta sobre a qual não tem qualquer responsabilidade ou ingerência, sendo que o alegado erro na aplicação do índice de 39,67% referente ao IRSM de fevereiro de 1994 foi exclusivamente do INSS, tendo sido reconhecido por aquela Autarquia apenas anos depois, quando o benefício complementar pago pela entidade ora Recorrente já havia sido concedido.

O Ministério Público Federal opinou no seguinte sentido:

No mérito, não é de se conhecer a irrisignação. É que alterar o decidido pela Corte Estadual, acerca da efetiva existência de constituição de reserva necessária ao custeio do benefício, ensejaria o reexame de elementos fático-probatórios, expediente de todo vedado em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

[...]

Ainda que superada a questão atinente à incognoscibilidade do recurso especial em exame, tem-se que a pretensão recursal não merece prosperar. Explica-se.

O decism investivado, a partir da análise do plano de benefícios da entidade, consignou que “o pedido de aposentadoria do falecido se deu em maio de 1994 e o de complementação em dezembro do mesmo ano” (e- STJ fls. 231) e, bem assim, que deveria haver a incidência dos índices utilizados pelo INSS para a correção dos salários-reais-de-contribuição nos trinta e seis meses anteriores ao pedido de complementação, para a aferição do salário-real-de-benefício. Desta forma, tendo o salário-real-de-contribuição referen - te ao mês de fevereiro de 1994 integrado o período utilizado como base de cál - culo para o salário-real-de-benefício, o recorrido teria direito à incidência do percentual de reajuste de 39,67%.

[...]

Desta forma, demonstrado que o recorrido teve o seu benefício de complementação de aposentadoria concedido após 01.03.1994, e que o salário-de-contribuição relativo ao mês de fevereiro de 1994 foi incluído no cálculo de seu salário-real-de-benefício, é de se reconhecer o seu direito à revi - são, para que se observe a correção, pelo IRSM, no que se refere ao mês de fevereiro de 1994.

Por todo o exposto, o *Ministério Público Federal* manifesta-se pelo *parcial conhecimento* do presente recurso especial, para que lhe seja *negado provimento* na parte conhecida.

É o relatório.

2. Como é sabido, não se caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade, quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, não cabendo confundir omissão e contradição com entendimento diverso do perfilhado pela parte.

3. A primeira questão controvertida consiste em saber se, em ação de revisão de benefício de previdência privada, há litisconsórcio passivo necessário a impor a citação da patrocinadora.

A vontade do réu, por si só, é irrelevante para a formação de litisconsórcio e, conforme se infere do disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973, a própria lei confere o caráter de excepcionalidade ao litisconsórcio necessário, só o impondo nas hipóteses previstas em lei ou pela natureza da relação jurídica.

Assim, como não se trata de hipótese em que o litisconsórcio necessário é imposto pela lei, tampouco se cuida de uma única relação jurídica indivisível, as entidades de previdência privada têm personalidade jurídica e patrimônios próprios, e consoante dispunham os artigos 14 e 39 da Lei n. 6.435/1977 e dispõem os artigos 32 e 36 da Lei Complementar n. 109/2001, operam os planos de previdência privada, não havendo cogitar em formação de litisconsórcio passivo com a patrocinadora e/ou participantes e beneficiários do plano de previdência privada.

Ademais, eventuais resultados deficitários deverão ser equacionados por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, estabelecendo o art. 21, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 que será feito por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Ao contrário do alegado pela recorrente, a par de não ser certo que o equacionamento de eventual *déficit* ocorrerá, automaticamente, pelo reajuste de contribuição da patrocinadora (a sociedade de economia mista CEE), o art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001 estabelece que as alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no *caput* do mesmo dispositivo.

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal é firme em afastar a legitimidade do(a) patrocinador(a) para figurar no polo passivo de litígios envolvendo participante e entidade de previdência privada, em que se discute matéria referente a plano de benefícios (complementação de aposentadoria, aplicação de índices de correção monetária, resgate de valores vertidos ao fundo, entre outros temas).

Confirmam-se:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Previdência privada. Descontos indevidos. 1. Entidade patrocinadora. Ilegitimidade passiva. Precedentes. 2. Sobrestamento do feito. Não cabimento. 3. Agravo regimental desprovido.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de “afastar a legitimidade do(a) patrocinador(a) para figurar no polo passivo de litígios envolvendo participante e entidade de previdência privada, em que se discute matéria referente a plano de benefícios (complementação de aposentadoria, aplicação de índices de correção monetária, resgate de valores vertidos ao fundo, dentre outros temas)” (AgRg no AREsp n. 295.151/MG, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 30/9/2013).

2. A determinação de sobrestamento dos recursos especiais nos quais discutida a mesma questão versada em recurso representativo de controvérsia submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973 é dirigida apenas aos Tribunais de segunda instância.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 764.388/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016)

Recurso especial. Previdência fechada complementar e Processual Civil. Omissão. Inexistência. Ação vindicando revisão de benefício de previdência complementar. Necessidade de formação de litisconsórcio passivo, com a citação da patrocinadora. Descabimento. *Eventual sucumbência da entidade de previdência privada será custeada pelo fundo formado pelo plano de benefícios de previdência privada, pertencente aos participantes e beneficiários, totalmente segregado do patrimônio do patrocinador.* Litisdenúncia da patrocinadora. Inviabilidade, pois não há cogitar em cabimento de ação de regresso.

1. “A jurisprudência deste Tribunal é firme em afastar a legitimidade do(a) patrocinador(a) para figurar no polo passivo de litígios envolvendo participante e entidade de previdência privada, em que se discute matéria referente a plano de benefícios (complementação de aposentadoria, aplicação de índices de correção monetária, resgate de valores vertidos ao fundo, dentre outros temas)”. (AgRg no AREsp 295.151/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 30/09/2013)

[...]

3. Assim, o fundo formado tem patrimônio segregado do patrocinador, de modo que o custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos e, conforme art. 21 da Lei Complementar 109/2001, eventuais resultados deficitários deverão ser equacionados por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, conforme disposições infralegais oriundas do órgão regulador e fiscalizador.

4. A denúncia da lide é instituto que prestigia a economia processual, sendo possível sua utilização para eliminar cabível ulterior ação de regresso autônoma. Portanto, é descabida a litisdenuciação da patrocinadora, pois eventual sucumbência da entidade de previdência privada será suportada pelo fundo pertencente aos participantes, assistidos e demais beneficiários, não havendo cogitar de pretensão a ensejar o ajuizamento de ação de regresso em face do patrocinador.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.406.109/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 05/12/2013)

4. A principal questão controvertida consiste em saber se, em se tratando de plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar, a previsão regulamentar de forma de cálculo da renda mensal inicial, tomando por base o salário-real-de-benefício, corrigido do mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pelo Regime Geral de Previdência Social, inclui-se nas eventuais alterações supervenientes à aposentação do participante e deve a ela ser aplicada.

4.1. Para logo, por dever de lealdade, ressalto que, como sublinhado pela Ministra Maria Isabel Gallotti, no voto apresentado no REsp 1.742.420/RS - que também trago para julgamento na presente sessão -, de fato, por ocasião do julgamento do REsp 1.073.263/PR, relatado pela douta Ministra, em que restei vencido, examinando matéria absolutamente idêntica à presente, na linha do voto condutor, perfilhou-se o entendimento de que a revisão do benefício suplementar de previdência privada era devida, em vista da modificação de critérios utilizados pela Previdência Social, com a edição da Lei n. 10.999/2004.

Outrossim, em vista dessa constatação e notadamente da instauração da divergência no âmbito interno deste Colegiado, conforme precedente relatado pelo Ministro Raul Araújo (AgInt nos EDcl no AREsp 235.138/RS, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 21/2/2017, DJe 14/3/2017),

em que Sua Excelência, divergindo do precedente mais antigo deste Colegiado, assenta que os cálculos atuariais, feitos por ocasião da formação de reservas de benefícios a conceder, não contemplaram a verba vindicada (IRSM de fevereiro de 1994), achei oportuno e prudente valer-me do art. 138 do CPC para formular os seguintes questionamentos a órgãos e entidades especializados, com inequívoca representatividade adequada, *in verbis*:

Nos termos do § 2º do art. 138 do CPC/2015, busca-se sejam elucidadas questões fático-jurídicas concernentes à possibilidade de: a) dano ao equilíbrio atuarial do plano de custeio do plano de benefícios; b) ter sido computada tal verba nos cálculos atuariais, em vista que, no período de formação das reservas de benefícios a conceder, o INSS utilizava a mesma fórmula que a entidade previdenciária pretende que prevaleça; c) haver razoabilidade, no tocante à conduta da entidade previdenciária, em vista das disposições constitucional e infraconstitucional de regência, que impõem o regime financeiro de capitalização; d) haver viabilidade atuarial na concessão da verba, nos moldes em que vindicada e deferida pelas instâncias ordinárias (à luz do art. 3º, VI, da Lei Complementar n. 109/2001).

Ademais, segundo meu ponto de vista - e uma das razões pela qual trago a matéria para nova apreciação do Colegiado -, como será demonstrado adiante, o primeiro entendimento assentado em precedente deste Colegiado, a meu sentir, está superado (*overruling*), visto que ***os precedentes da Segunda Seção, inclusive em sede de recurso repetitivo, não admitem a concessão de verba sem que tenha havido a prévia formação da reserva matemática, assentando também a tese vinculante de que, nos planos de benefícios de previdência complementar administrados por entidade fechada, a previsão regulamentar de reajuste, com base nos mesmos índices adotados pelo Regime Geral de Previdência Social, não inclui a parte correspondente a aumentos reais.***

Consigno, ainda, que os precedentes divergentes deste Colegiado estão assim ementados:

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Previdência privada. Revisão de benefício. IRSM. Fevereiro de 1994. Inclusão de verba concedida pela Justiça Federal, relativa a relação diversa - estatutária - da previdência oficial. *Os cálculos atuariais feitos, por ocasião da formação de reservas de benefícios a conceder, não contemplaram a verba vindicada. Inclusão, após a aposentação e sem a prévia e necessária formação do suporte do custeio. Ausência de prévia formação da reserva matemática. Inviabilidade.* Precedentes. Agravo não provido.

1. *Os cálculos atuariais feitos, por ocasião da formação de reservas de benefícios a conceder, não contemplaram a verba vindicada, Índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM de fevereiro de 1994.*

Inviabilidade de inclusão, após a aposentação e sem a prévia e necessária formação do suporte do custeio.

2. A Segunda Seção desta Corte também sedimentou no julgamento de Recurso Representativo da Controvérsia (REsp 1.425.326/RS, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, julgado em 28/05/2014, DJe de 1º/08/2014) o entendimento de que “Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo”.

3. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp 235.138/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 14/03/2017)

Recurso especial. Previdência privada. Renda mensal inicial. Revisão do cálculo. IRSM. Fevereiro de 1994 (39,67%). Aplicação. Violação 535. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Honorários advocatícios. Súmula 7/STJ.

1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. Tratando-se de pedido de revisão do benefício de complementação de aposentadoria, mediante a correção dos salários de contribuição utilizados para o cálculo do salário real de benefício, a prescrição não atinge o fundo de direito, mas apenas as prestações vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação.

3. *Concedido o benefício de complementação de aposentadoria após 1º de março de 1994, e havendo previsão no plano de benefícios de utilização dos mesmos critérios adotados pelo INSS, é devida a revisão do salário de contribuição com a aplicação do índice de 39,67%, correspondente do IRSM de fevereiro de 1994, na hipótese de a contribuição desse mês de competência ter sido computada no cálculo do salário real de benefício.*

4. Dissídio jurisprudencial não configurado diante da ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e os paradigmas.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.073.263/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 17/12/2015)

4.2. Em reverência ao voto apresentado pela em. Ministra Maria Isabel Gallotti, no feito que se julga na mesma sessão, REsp 1.724.420/RS, em que se invoca precedentes da 3ª Seção e da 1ª Seção acerca de conflitos a envolver o regime geral e estatutário de previdência social, *data maxima venia*, penso que não se amoldam à questão em exame, pois, como reconhece Sua Excelência, e assentado em sede de recurso repetitivo, REsp 1.564.070/MG, a previdência complementar e Regime Geral de Previdência Social são diversos e autônomos, com regramentos específicos, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional.

Os julgados citados, que não são tecnicamente precedentes, isto é, com o condão de vincular a administração pública e os particulares (caso do recurso repetitivo), a par de dizerem respeito a regime jurídico diverso, *a bem da verdade, comprovam que, por ocasião da formação das reservas matemáticas, o INSS, de fato, seguia a mesma fórmula adotada pela entidade previdenciária recorrente.*

É que, como já assentado, “[...] o artigo 34, I, da LC n. 109/2001 deixa límpido que as entidades de previdência privada fechada ‘apenas’ administram os planos de benefícios, isto é, não são as detentoras do patrimônio acumulado, que pertence aos participantes e beneficiários - verdadeiros proprietários do fundo formado. A entidade de previdência complementar fechada, pois, não opera com patrimônio próprio - sendo-lhe vedada, até mesmo, a obtenção de lucro (proveito econômico) -, havendo um mutualismo, com explícita submissão ao regime de capitalização” (REsp 1.564.070/MG, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, julgado em 22/3/2017, DJe 18/4/2017).

Ora, enquanto a previdência social adota o regime de repartição simples, que funciona em sistema de caixa, no qual o que se arrecada é imediatamente gasto, sem que haja, por regra, um processo de acumulação de reservas, a previdência complementar adota o de capitalização, que pressupõe a acumulação de recursos para a formação de reservas, mediante não apenas o recolhimento de contribuição dos participantes, assistidos e eventual patrocinador, mas também do resultado dos investimentos efetuados com essas verbas arrecadadas (que têm muita relevância para a formação das reservas para o custeio dos benefícios).

Flávio Martins Rodrigues tece considerações pertinentes acerca dos sistemas de repartição simples e de capitalização (este adotado pelos planos de benefícios de previdência privada), observando que, nos modelos capitalizados, as reservas são coletivamente acumuladas ao longo de muitos anos para serem consumidas posteriormente. Caso esses valores sejam utilizados a

maior no presente, haverá falta de recursos para o pagamento das prestações previdenciárias no futuro.

Note-se:

O regime de repartição simples é um método que funciona em regime de caixa, ou seja, o que se arrecada é imediatamente gasto, sem que haja, por regra, um processo de acumulação. Esse meio de custeio é tradicionalmente utilizado nos regimes de Primeiro Pilar, inclusive no Brasil pelo INSS.

[...]

Os Segundo e Terceiro Pilares têm o custeio em regime de capitalização, sendo, por essa razão, os fundos de pensão e as sociedades seguradoras reconhecidos como os grandes detentores de poupança coletiva (chamados também de investidores institucionais). Nesse aspecto, ainda pode-se observar um equívoco comum, pois imagina-se que os montantes acumulados denotam uma capacidade elevada (muitas vezes até elevada capacidade tributária). O que, de fato, ocorre, é que, nos modelos capitalizados, as reservas são coletivamente acumuladas ao longo de muitos anos para serem consumidas posteriormente. Assim, o patrimônio dos planos de previdência administrados por essas pessoas jurídicas está voltado para garantir compromissos futuros, representando não um grande patrimônio, mas um somatório de pequenas poupanças individuais com fins previdenciários. Caso estes valores sejam utilizados a maior no presente, haverá falta de recursos para o pagamento das prestações previdenciárias no futuro.

[...]

Com relação aos custeio dos planos de benefícios previdenciários, estabeleceu-se que o mesmo está calcado na “constituição de reservas”. Trata-se, portanto, de *custeio por capitalização*, como descrito anteriormente. Tantos os planos de entidades fechadas, como os planos das entidades abertas deverão acumular valores ao longo do tempo para satisfazer o pagamento dos benefícios previdenciários, independentemente de serem planos na modalidade de benefício definido ou contribuição definida.” (*A contratualidade e a independência patrimonial dos planos de benefícios*. Anais do Seminário Aspectos Fundamentais dos Fundos de Pensão. São Paulo: CEDES, 2005, p. 69-74)

Dessarte, de modo diverso dos participantes dos planos de previdência privada, os segurados da previdência pública submetem-se à relação jurídica de adesão compulsória, não havendo contrato, tendo em vista que os direitos e obrigações decorrem da lei. “Para o segurado, a prestação tem natureza de um direito público subjetivo”. (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo, Atlas, 2010, p. 285).

Nesse diapasão, a própria Lei Complementar n. 109/2001 espanca quaisquer dúvidas ao proclamar a independência dos regimes e estabelecer, no

art. 68, § 2º, que a concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.

5. Assim, iniciando o exame do mérito do recurso, anoto que o art. 202 da Constituição Federal consagra o regime de financiamento por capitalização, ao estabelecer que a previdência privada tem caráter complementar (*rectius*, suplementar) - *baseado na prévia constituição de reservas que garantam o benefício contratado* -, adesão facultativa e organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social.

No caso, *é incontroverso, constante até mesmo da inicial, que, por ocasião da formação das reservas matemáticas, a entidade previdenciária agia em estrita consonância com o INSS*, em vista da disposição regulamentar que estabelecia que a fórmula de cálculo do salário de contribuição deveria ser a mesma adotada pelo INSS (Regime Geral de Previdência Social).

Note-se o aduzido na exordial:

3. Em 29.11.1995. o autor foi desligado dos serviços da CEEE, passando a perceber complementação de aposentadoria diretamente dos cofres da ré. Ocorre que a referida complementação de aposentadoria vem sendo satisfeita em valores inferiores aos efetivamente devidos, conforme a seguir exposto.

[...]

Diante da leitura da referida norma regulamentar, verifica-se que os salários -reais-de-contribuição, que servem de base para o cálculo do salário-real-de - benefício, foram corrigidos do "mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pela Previdência Social". *Ou seja, a ré, quando do cálculo da complementação de aposentadoria do autor apenas repetiu os índices utilizados pela Previdência Social para fins de correção dos salários-reais-de -contribuição do autor, tal como prevê o Regulamento.*

3.2. *Ocorre que o governo federal reconheceu que deixou de aplicar os corretos índices para corrigir os salários -de -contribuição dos aposentados, conforme artigo 1º da Lei 10.999, de 15.12.2004, in verbis:*

[...]

Sendo assim, reconhecido, por Lei, a integração ao índice de correção dos salários-de-contribuição do percentual de 39,67% - referente ao mês de fevereiro de 1994 (IRSM) -, tal fato deve refletir, de igual sorte, na correção dos salários-reais-de-contribuição do autor utilizados pela ré, vez que, na forma do artigo 15 do Regulamento da referida entidade, os salários-reais-de-contribuição devem ser "corrigidos do mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pela Previdência Social" (vide art. 15 do Regulamento, acima transcrito). (fls. 5 e 6)

É dizer, o recorrido aposentou-se em 29 de novembro de 1995 e, como é notório e consta também da causa de pedir, foi apenas com a MP 201, de 13.7.2004, convertida na Lei 10.999/2004, que, em atenção à jurisprudência que àquela altura estava consolidada, a teor do art. 1º, foi “autorizada, nos termos desta Lei, a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, recalculando-se o salário-de-benefício original, mediante a inclusão, no fator de correção dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, do percentual de 39,67% (trinta e nove inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), referente ao Índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM do mês de fevereiro de 1994”.

Nesse passo, *na mesma linha do já mencionado precedente relatado pelo Ministro Raul Araújo (AgInt nos EDcl no AREsp 235.138/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/2/2017, DJe 14/3/2017), acerca da inviabilidade atuarial, são as firmes manifestações, como amicus curiae, do Instituto Brasileiro de Atuária e da Previc (autarquia federal fiscalizadora das entidades fechadas de previdência complementar), transcritas acima.*

Com efeito, por todos, mister assinalar que a autarquia Previc apresentou as seguintes respostas contundentes às perguntas que lhe foram formuladas:

I. possibilidade de dano ao equilíbrio atuarial do plano de custeio do plano de benefícios;

Pelo exposto, fica evidente que a manutenção da decisão traz dano ao equilíbrio atuarial do plano de benefícios, haja vista que a falta da contribuição em período anterior à concessão do benefício traz prejuízos ao seu equilíbrio atuarial, vez que o plano de custeio é definido com base nos percentuais de contribuições (participantes e patrocinador) acrescido dos retornos dos investimentos oriundos dessas contribuições. Ou seja, para fazer frente aos valores pretendidos faz-se necessário que haja, a priori, formação da reserva matemática que irá custear o pagamento do benefício pretendido, que se dá por meio do acúmulo de contribuições vertidas pelo participante e pelo patrocinador e pela capitalização desses recursos, não sendo suficiente, portanto, o mero desconto (ainda mais a posteriori), das contribuições a cargo do participante.

II. possibilidade de ter sido computada tal verba nos cálculos atuariais, em vista que, no período de formação das reservas de benefícios a conceder, o INSS utilizava a mesma fórmula que a entidade previdenciária pretende que prevaleça;

[...]

Ainda é importante mencionar que o cálculo da contribuição a ser vertida para o plano de benefícios é feito, em regra, ao final de cada exercício anual, para ser paga no exercício subsequente, ou seja, aumentos percebidos durante

o ano só são captados e considerados na avaliação atuarial de final do exercício. Dessa forma, não haveria possibilidade de os aumentos concedidos por meio da Lei n. 10.999/2004 terem sido considerados no cálculo do benefício do participante, uma vez que ele entrou em gozo de benefício em dezembro de 1994.

[...]

IV. possibilidade de haver viabilidade atuarial na concessão da verba, nos moldes em que vindicada e deferida pelas instâncias ordinárias (à luz do art. 32, VI, da Lei Complementar n. 109/2001).

Do ponto de vista atuarial, a concessão da verba, nos moldes que fora deferida pelas instâncias ordinárias, acarretaria prejuízos ao plano de benefícios, dado que a reserva matemática necessária para suportar o pagamento do benefício não estaria devidamente fundada, haja vista que o mero aporte financeiro das contribuições a cargo do participante, sem prévia capitalização e demais ajustes atuariais necessários, seria insuficiente para fazer frente às obrigações do plano de benefícios.

[...]

4. Conclusão

4.1. Ante o exposto, conclui-se que, por se tratar de um plano na modalidade de Benefício Definido, em que há mutualismo e solidariedade, o que implica que os resultados positivos ou negativos devem ser compartilhados entre os participantes e o patrocinador, a concessão da verba, nos moldes em que vindicada e deferida pelas instâncias ordinárias, sem a devida recomposição das reservas matemáticas, traria prejuízo ao plano de benefícios, que seria compartilhado entre os participantes e patrocinador do plano.

Por um lado, o art. 40 da Lei n. 6.435/1977 também estabelecia que “[p] ara garantia de todas as suas obrigações, as entidades fechadas constituirão reservas técnicas, fundos especiais e provisões em conformidade com os critérios fixados pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social, além das reservas e fundos determinados em leis especiais”. Por outro lado, o artigo 1º da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o regime de previdência privada é baseado na prévia constituição de reservas que garantam o benefício.

Além do mais, consta, na exposição de motivos da Lei Complementar n. 109/2001, que o regime de previdência complementar funciona basicamente como instrumento de poupança de longo prazo.

O art. 18, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o plano de custeio, com periodicidade mínima anual, imporá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios

fixados pelo órgão regulador e fiscalizador. *O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.*

O art. 2º da Lei Complementar n. 109/2001, por seu turno, estabelece que o regime de previdência complementar *é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.*

Dessarte, as reservas para a concessão dos benefícios são financiadas pelos próprios participantes e assistidos, pelo aporte do patrocinador - se houver - e pela rentabilidade das aplicações e dos investimentos dessas contribuições. É dizer, a Lei consagra o princípio, basilar ao regime de previdência complementar, de preservação da segurança econômica e financeira atuarial da liquidez, solvência e equilíbrio dos planos de benefícios, e afasta o regime de financiamento de caixa ou repartição, em que o acerto de contas entre receitas e despesas ocorre por exercícios.

Note-se:

Recurso especial. Civil. Previdência privada. Violação do art. 535 do CPC. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Benefício previdenciário complementar. Revisão de renda mensal inicial. Prescrição. Relação de trato sucessivo. Tempo de serviço especial e de aluno-aprendiz. Reconhecimento pelo INSS. Utilização na previdência complementar. Inadmissibilidade. Sistema financeiro de capitalização. Autonomia em relação à previdência oficial.

[...]

5. *Pelo regime de capitalização, o benefício de previdência complementar será decorrente do montante de contribuições efetuadas e do resultado de investimentos, não podendo haver, portanto, o pagamento de valores não previstos no plano de benefícios, sob pena de comprometimento das reservas financeiras acumuladas (desequilíbrio econômico-atuarial do fundo), a prejudicar os demais participantes, que terão que custear os prejuízos daí advindos.*

[...]

7. Recurso especial provido. (REsp 1.330.085/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 13/02/2015)

Com efeito, a doutrina observa que o compromisso primeiro do regime de previdência complementar é “manter-se equilibrado no curto, médio e longo prazo”. (RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 191)

É dizer, “[n]o regime de previdência privada, não se admite a concessão de benefício algum, sem a formação da prévia fonte de custeio, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial nos planos de benefícios. Precedentes da 2ª Seção.” (EDcl no AgRg no Ag 876.196/RS, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 3/11/2015, DJe 6/11/2015)

Nesse diapasão, em recente precedente da Terceira Turma, REsp 1.421.951/SE, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o ponto ficou bem esclarecido:

Recurso especial. Civil. Previdência privada. Patrocinador. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Entidade fechada de previdência complementar. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Concessão de aposentadoria suplementar. Requisitos. Cessação do vínculo empregatício. Adesão ao plano de benefícios. Condição inexistente. Direito adquirido. Afastamento. Mera expectativa de direito. Exigência instituída por lei. Caráter cogente. Normas aplicáveis ao tempo do cumprimento de todos os requisitos exigidos para a obtenção do benefício.

[...]

7. As normas editadas pelo Poder Público com relação às entidades de previdência privada são de caráter cogente e devem integrar as regras estatutárias, ainda que não tenha havido a devida alteração no plano de benefícios, sobretudo porque não dependem, para a sua eficácia, de ato de vontade da administração do fundo de pensão em providenciar a adaptação do regulamento ao novo sistema legal em vigor.

[...]

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.421.951/SE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014)

Assim, para a tese ora em exame, resta nítido, segundo penso, que tanto o que é pedido quanto o que fora concedido pelas instâncias ordinárias tem o evidente condão de ocasionar desequilíbrio atuarial, conforme bem pontuado pela Previc.

6. Por um lado, não se desconhece ser bem verdade que, consoante a jurisprudência do STJ, em cada recebimento de parcela a menor de benefício de previdência privada e com a necessária existência do suporte do custeio, ocorre nova violação ao direito do beneficiário do plano e exsurgimento de pretensão condenatória relativa a essa lesão (Súmulas 291 e 427/STJ).

Por outro lado, é bem de ver que o caso é bastante diverso, pois, na verdade, *o que se está a discutir não é o claro descumprimento de uma obrigação contratual para*

revisão de benefício para o qual foram devidamente constituídas reservas a garantir o seu custeio.

Com efeito, *as normas de caráter cogente previstas nos arts. 40 da Lei n. 6.435/1977; 202, caput, da CF; e, v.g., 1º e 18 da Lei Complementar n. 109/2001, impõem que já estejam formadas as reservas que garantam o benefício contratado, no momento em que o participante se torna elegível e que o plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabeleça o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, em conformidade com os critérios fixados pelos órgãos públicos regulador e fiscalizador.*

“Nesse contexto normativo, *a inexistência de fonte de custeio inviabiliza o pagamento de quaisquer valores pela entidade de previdência privada, sobretudo em se tratando de fundo de pensão, uma vez impositiva a manutenção da liquidez, solvência e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios, resguardando-se o interesse da universalidade dos participantes e assistidos*”. (REsp 1.245.683/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015)

É bem de ver que referido entendimento, perfilhado por este colegiado, no REsp 1.245.683/SC, relator o Ministro Marco Buzzi, homenageia o princípio - basilar da previdência complementar - do Equilíbrio Econômico-Financeiro e Atuarial, que se extrai dos arts. 202, *caput*, da CF; 40 da Lei n. 6.435/1977; e 1º e 3º, III, da Lei Complementar n. 109/2001.

Como visto, a legislação de regência impõe a prévia formação de reservas para suportar o benefício, e, como será demonstrado adiante, a par de desequilíbrio atuarial, o requerido e deferido, no âmbito do regime próprio e contratual da previdência complementar, ***conduz também a um fortuito e descabido aumento real, que não guarda nenhuma correspondência com as contribuições que foram vertidas no período próprio.***

No caso ora em julgamento, e na mesma linha da autorizada manifestação do Instituto Brasileiro de Atuária (Órgão de classe dos atuários), o deferimento da revisão de benefício, além de conduzir à iniquidade, resultando em pagamento de benefício para o qual não houve a respectiva e oportuna contribuição para imprescindível capitalização e formação da respectiva reserva matemática, *produz aumento real e inexplicáveis e descabidas distorções dentro da própria coletividade.*

Note-se o aduzido, de forma enfática e deveras esclarecedora, pelo Instituto Brasileiro de Atuária, *in verbis*:

4 - Portanto, na transição do “Cruzeiro Real” para o “Real”, através da transição feita pela adoção da Unidade Real de Valor - URV, aplicar a inflação de fevereiro de 1994, medida em Cruzeiro Real, de 39,67% na moeda de transição para o Real (ou seja, na moeda estável denominada de Unidade Real de Valor - URV), numa Remuneração Mensal (Salário-Real-de-Contribuição) paga/recebida no último dia de cada mês representará aumentar praticamente em 40% o poder aquisitivo dessa Remuneração Mensal, daí por diante, já que, com a vigência de uma moeda estável como a URV (na transição para o Real) e como o Real (moeda em vigor desde julho de 1994), os valores das Remunerações Mensais (Salários-Reais de-Contribuição), pagas/recebidas antecipadamente no início de cada mês ou postecipadamente no final de cada mês, não mais apresenta diferenças de poder aquisitivo da ordem desses 40%.

[...]

6 - Portanto, efetivamente, a aplicação do IRSM de 39,67% na atualização dos Salários-Reais-de-Contribuição no cálculo do Salário Real de Benefício, na forma descrita no numeral 4 anterior, gera um aumento real (aumento no nível real do poder aquisitivo) dos Salários-Reais-de-Contribuição, que entram na Média atualizada correspondente ao Salário-Real-de-Benefício, já que a partir de março de 1994 as Remunerações Mensais deixaram de ser pagas na moeda Cruzeiro Real (que perdia mensalmente um poder aquisitivo da ordem de 40%) e passaram a ser pagas numa moeda estável como a Unidade Real de valor (URV), posteriormente convertida diretamente (1 URV = 1,00 Real) em Real (que praticamente não perdia poder aquisitivo entre o início e o fim de cada mês), enfatizando que, na conversão das Remunerações mensais (salários-Reais-de-Contribuição) de Cruzeiro Real para Unidade Real de Valor (URV) foi aplicado o princípio do real poder aquisitivo das remunerações mensais no dia exato dos respectivos pagamentos nos meses de novembro de 1993 / dezembro de 1993 / janeiro de 1994 / fevereiro de 1994.

7 - Tal aumento real na média das Remunerações Mensais (Salários-Reais-de-Contribuição) atualizadas, que correspondem ao Salário-Real-de-Benefício, que, para os que entraram em gozo de benefício complementar no mês de fevereiro de 1994, chega praticamente a 40%, não é compatível com os níveis contributivos praticados na vigência das moedas nada estáveis (Cruzeiro e Cruzeiro Real) e, conseqüentemente, sua adoção gerará insuficiência de cobertura de Reservas (provisões) Matemáticas, indispensáveis para o financiamento dos benefícios a serem pagos pela Previdência Complementar Fechada.

8 - Deve-se ressaltar, o que é mais negativo na questão, é que, se aplicado o IRSM em questão, aqueles que não requererem benefícios complementares do Plano, no período de 36 meses contados de fevereiro de 1994, não serão favorecidos com qualquer aumento real, enquanto que aqueles que requereram benefício em fevereiro de 1994 serão favorecidos por um aumento real da ordem de 40%, reduzindo-se esse percentual de aumento real (da ordem de 40%) de algo como 1/36 (um trinta e seis avos) por mês até terem decorridos 36 meses, sendo que, caso a aplicação desses

ganhos reais sejam efetivados, a insuficiência atuarial decorrente de sua adoção será assumida por todos os participantes (favorecidos ou não com esse ganho real) [...].

Cumprе rememorar que, por ocasião do julgamento do REsp 1.414.672/MG, este Colegiado perfilhou o entendimento de que, em havendo expressa anuência do órgão público fiscalizador - que tem atribuição legal de supervisão -, quanto à impossibilidade de se assegurar aumento real ao beneficiário, por não haver fonte de custeio específica no plano de benefícios, não é possível ao Judiciário a excepcional intervenção na relação contratual, promovendo solução individualizada discrepante da uniforme oriunda do órgão fiscalizador; ensejando, sem constatação de ilegalidade, que assistidos em situação idêntica tenham tratamento diferenciado, além de manifesto desequilíbrio atuarial.

O precedente, cuja *ratio decidendi* se amolda como uma luva ao caso em julgamento, tem a seguinte ementa:

Recurso especial. Plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência privada. Omissão. Inexistência. *Previsão no regulamento de plano de benefícios estabelecendo a paridade entre os reajustes dos benefícios suplementares e os concedidos pela previdência oficial. Possibilidade, com a anuência do órgão público fiscalizador, de não contemplar os aumentos reais.* A previdência privada busca - sem descuidar do equilíbrio atuarial, que deve ser observado durante todo o decorrer da relação jurídica contratual - propiciar ao participante a manutenção de padrão de vida semelhante ao que dispunha na ocasião em que passa a ser assistido. *Embora a legislação de regência garanta a irredutibilidade dos benefícios, não assegura, em prejuízo do equilíbrio atuarial, a obtenção de ganhos reais ao assistido. Ausência de ilegalidade na determinação do órgão público federal com atribuição legal de fiscalizar e supervisionar as entidades de previdência privada, vedando a extensão de ganhos reais, por não haver fonte de custeio da despesa. Descabimento da excepcional intervenção do Poder Judiciário na relação contratual.*

1. *Os planos de previdência complementar são de adesão facultativa, devendo ser elaborados com base em cálculos atuariais que, conforme o artigo 43 da abrogada Lei n. 6.435/1977 e o artigo 23 da Lei Complementar 109/2001, ao final de cada exercício, devem ser reavaliados atuarialmente, de modo a prevenir ou mitigar prejuízos aos participantes e beneficiários do plano*

2. *Embora as entidades de previdência privada administrem os planos, não pertence a elas o patrimônio comum, que deve ser estruturado com o objetivo de constituir reservas que possam, efetivamente, assegurar os benefícios contratados num período de longo prazo, por isso o reajustamento dos benefícios não prescinde dos respectivos cálculos atuariais que o embasem.*

3. *Os valores alocados ao fundo comum obtido pelo plano de benefícios, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito*

mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes, não sendo possível a destinação de recursos para um terceiro que não sejam os próprios participantes e assistidos dos planos de benefícios, incumbindo aos órgãos públicos de regulação e fiscalização determinar padrões mínimos para os planos, assegurando a liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial em uma perspectiva de longo prazo. Por isso, se o Judiciário defere ao assistido mais do que o previsto nos cálculos matemáticos (atuariais) efetuados por ocasião da elaboração do regulamento do plano, resultará em lesão aos demais beneficiários e participantes.

4. *A legislação de regência em diversos dispositivos deixa nítido o dever do Estado de velar os interesses dos participantes e beneficiários dos planos de benefícios - verdadeiros detentores do fundo formado - garantindo a irredutibilidade do benefício, mas não a concessão, em prejuízo do equilíbrio atuarial, de ganhos reais ao assistido, que já goza de situação privilegiada com relação aos participantes que, a teor do art. 21, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 poderão, em caso de desequilíbrio atuarial, ver reduzidos os benefícios a conceder.*

5. *Por um lado, o art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001 deixa límpido que, caso necessário e com anuência do órgão fiscalizador, os planos de benefícios podem sofrer até mesmo alterações. Por outro lado, guardadas as devidas proporções, o parágrafo único do art. 3º da Lei Complementar 108/2001, ao estabelecer ser vedado o repasse de ganhos de produtividade para os reajustes dos benefícios em manutenção, evidencia que o objetivo primacial do sistema de previdência completar não é mesmo propiciar ganho real ao trabalhador aposentado, mas a manutenção do equilíbrio atuarial do plano de benefícios e de padrão de vida para o assistido, semelhante ao que desfrutava em atividade.*

6. *Com efeito, em havendo expressa anuência/determinação do órgão público fiscalizador - que tem atribuição legal de supervisão - quanto à impossibilidade de se assegurar aumento real ao beneficiário, por não haver fonte de custeio específica no plano de benefícios, não é possível ao Judiciário a excepcional intervenção na relação contratual, promovendo solução individualizada discrepante da uniforme oriunda do órgão fiscalizador; ensejando, sem constatação de ilegalidade, que assistidos em situação idêntica tenham tratamento diferenciado, além de manifesto desequilíbrio atuarial.*

7. *Recurso especial provido para restabelecer a sentença.*

(REsp 1.414.672/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 03/02/2014)

Ademais, a legislação própria estabelece - em nítido prestígio ao regime de capitalização, que constitui pilar da previdência privada - a única fórmula possível para eventual aumento real de benefício que acaso delibere o Conselho Deliberativo da entidade (Órgão administrativo máximo das entidades fechadas,

previsto no art. 35 da LC n. 109/2001), contida na regra prevista no art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001.

O mencionado art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que é pela formação de reservas, propiciada por fatores variados, que, constituído eventual resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas - ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos -, será destinado à constituição de reserva de contingência, para a garantia de benefícios, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes, será estabelecida reserva especial para a revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios - que poderá ser feita das mais diversas formas.

Menciona-se tese sufragada em precedente vinculante (recurso repetitivo), pela Segunda Seção:

Recurso especial representativo de controvérsia. *Previdência complementar fechada. Previdência privada e Regime Geral de Previdência Social. Regimes jurídicos distintos e autônomos. A previdência complementar tem por pilar o regime financeiro de capitalização, que pressupõe a formação de reservas para assegurar o custeio do benefício contratado. Exegese dos arts. 202, caput, da CF e 1º e 18 da Lei Complementar n. 109/2001. Reajuste do benefício suplementar. Previsão regulamentar de paridade com os índices da previdência oficial. Extensão de aumentos reais. Inviabilidade.*

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: “Nos planos de benefícios de previdência complementar administrados por entidade fechada, a previsão regulamentar de reajuste, com base nos mesmos índices adotados pelo Regime Geral de Previdência Social, não inclui a parte correspondente a aumentos reais”.

2. No caso concreto, recurso especial provido.

(REsp 1.564.070/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/03/2017, DJe 18/04/2017)

Nesse mencionado precedente, foi consignado que a “legislação de regência, em diversos dispositivos, deixa nítido o dever de o Estado velar os interesses dos participantes e beneficiários dos planos - verdadeiros detentores do fundo formado -, **garantindo a irredutibilidade do benefício, mas não a concessão, em prejuízo do equilíbrio atuarial, de ganhos reais aos assistidos**, que já gozam de situação privilegiada com relação aos participantes - que poderão, em caso de

desequilíbrio atuarial, ver reduzidos os benefícios a conceder (art. 21, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001)”.

Com efeito, como o fundo formado pertence aos participantes e assistidos, o dirigismo contratual procedido pelo Tribunal de origem, *data venia*, é incompatível com o art. 3º, VI, da Lei Complementar n. 109/2001, que ostenta norma de caráter público e dispõe que a ação do Estado será exercida com o objetivo de proteger os interesses de todos os participantes e assistidos dos planos de benefícios.

7. Ademais, segundo entendo, o artigo 85 do Código Civil de 1916, vigente na época dos fatos, dispunha que, *nas declarações de vontade, atender-se-ia mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*. E, no mesmo diapasão, o art. 112 do CC/2002 estabelece que, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Outrossim, os artigos 130 a 132 do Código Comercial, que vigiam quando da pactuação, apresentam critérios para interpretação contratual que, embora voltados às relações mercantis, são razoáveis e equânimes, podendo, na espécie, ser aplicados por analogia:

Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

É o que também propugna Arnaldo Wald:

No Código Civil encontramos tão-somente o princípio do respeito à intenção das partes (art. 85) e da interpretação restritiva dos contratos benéficos em geral (art. 1.090) e da fiança em particular (art. 1.843).

As disposições do Código Comercial são mais amplas, cabendo a sua aplicação análogica aos contratos de direito civil de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

É o Código Comercial que manda atender aos costumes locais (art. 130), estabelecendo que se obedeça aos princípios da boa fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato (art. 131, I), que deverão prevalecer sobre a rigorosa e restrita significação das palavras.

[...]

*Faltando cláusulas necessárias para a complementação do sentido do contrato, o juiz poderá suprir as falhas existentes recorrendo à prática existente no comércio. (WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 160 e 161)*

Com efeito, tendo em vista que é universal a utilização do regime financeiro de capitalização para a previdência complementar e que desde sempre houve a previsão legal cogente de haver prévia formação de reservas matemáticas que garantisse o benefício contratual (suporte do custeio), mesmo sendo incontroversa a previsão regulamentar de paridade de fórmula com o regime de previdência social, entendo que a disposição contratual deve ser interpretada utilizando não o seu sentido literal, mas sobretudo a inteligência que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato - contrato previdenciário, prevendo benefício necessariamente assentado em prévia formação de reservas de custeio, e não aleatório -, que prevalecerão sobre a rigorosa e restrita significação das palavras.

O critério objetivo de interpretação contratual pauta-se pela consideração do que é sensato e razoável e tem em vista, sempre que possível, a conservação do contrato. “*O contrato deve ser interpretado restritivamente. As expressões empregadas no contrato, por mais gerais que sejam, devem ser tomadas no sentido que esteja em estrita relação com os fins para os quais as partes se propuseram contratar*”. (LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. São Paulo: Método, 2007, p. 448-449)

Nessa linha de intelecção, como bem pontuado pela Previc e pela Abrapp, por expressa disposição legal, ao final de cada exercício anual, durante a

formação das reservas matemáticas, *à luz da realidade e do ordenamento jurídico daquele momento, é que as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e realizar novas avaliações atuariais de cada plano de benefícios, por pessoa jurídica ou profissional legalmente habilitado, devendo os resultados ser encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador e divulgados aos participantes e aos assistidos.*

A previdência complementar (*rectius*, suplementar), embora seja relação contratual de direito civil autônoma, está disciplinada no art. 202, integrante topograficamente do Título VIII, relativo à ordem social. *O fundo é formado com finalidade protetivo-previdenciária e não de fortuito enriquecimento em detrimento da coletividade do plano de benefícios, sendo a solidariedade “princípio jurídico e instrumental técnico, essência e razão de ser da Previdência Social, básica ou complementar”.* (MARTINEZ, Waldimir Novaes. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTR, 1996, p. 38 e 39).

Dessarte, renovada as vênias, a par de o regulamento do plano de benefícios não estar acima das regras constitucional e infraconstitucionais cogentes de regência da previdência complementar, *não vejo como a disposição regulamentar que remete à fórmula de cálculo do regime geral de previdência social devesse ser interpretada como a possibilidade de, por fato imprevisível oriundo da edição de superveniente lei determinando ao INSS que modificasse os critérios que adotou durante todo o período de formação das reservas matemáticas do ora recorrido, propiciasse a revisão do ato jurídico perfeito e acabado da implementação do benefício contratual.*

De fato, *mutatis mutandis*, o art. 478 do CC dispõe que, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. E o art. 479 estabelece que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Nesse sentido, leciona a doutrina que *“o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico”.* (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234)

“Nesse contexto, eventual modificação, a posteriori, dos critérios de cálculo do valor dos benefícios (aí incluindo o índice de atualização monetária das quantias que compõem a reserva de poupança) implica inegável desequilíbrio do fundo de pensão, o que prejudica a universalidade dos participantes e assistidos, em face da solidariedade inerente ao regime da previdência complementar”. (REsp 1.516.142/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 20/10/2017)

É consabido que a boa-fé objetiva tem por escopo resguardar as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade e crença, aplicando-se a ambos os contratantes.

Deveras, o princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, ainda que de forma implícita, deveres de conduta a serem observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir.

Nesse particular, a moderna doutrina civilista, ao adotar a concepção do vínculo obrigacional como relação dinâmica, revela o reconhecimento de deveres secundários, ou anexos, que incidem de forma direta nas relações obrigacionais, prescindindo da manifestação de vontade dos participantes e impondo às partes o dever de zelar pelo cumprimento satisfatório dos interesses da outra parte, vista no direito moderno como parceria contratual.

A pretensão do autor, como bem demonstrado pelos *amici curiae* e se extrai da própria legislação de regência que estabelece que a formação da reserva matemática é prévia, resulta em recebimento de verba para a qual não houve o oportuno e correspondente pagamento de contribuições, e a boa-fé objetiva restringe o exercício abusivo de direitos, impondo que as partes colaborem mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato, e também encontra a sua vinculação e limitação na função econômica e social do contrato, visando a fazer com que os legítimos interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos moldes pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados. (TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38-39)

Nesse ponto, convém registrar, também, o magistério de Cláudia Lima Marques, para quem a “boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, *respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis*, seus direitos, agindo com lealdade, *sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações*: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I, p. 106-107.)

Ademais, o art. 187 do Código Civil estabelece que 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.

Dessarte, o enunciado n. 414, aprovado da V Jornada de Direito Civil do CJF, propugna que “[a] cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito”.

Mutatis mutandis, cai como uma luva um dos fundamentos alinhavados em precedente deste Colegiado, assim ementado:

Previdência privada e Direito Civil. Recurso especial. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Pleito, após a aposentação e prazo prescricional quinquenal, de revisão de benefício, ao fundamento de que houve superveniente reconhecimento, pelo Juízo Federal, de tempo de serviço, no tocante ao benefício da previdência pública. Inviabilidade. A previdência privada, por expressa disposição constitucional, é regime contratual autônomo. O regime de previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a formação de reservas para assegurar o custeio do benefício contratado. Recolhimento da contribuição concernente ao período de serviço, reconhecido na relação estatutária da previdência oficial. Solução manifestamente descabida, em se tratando de previdência privada. É incompatível o tempo de serviço ficto da previdência oficial com as regras próprias do regime jurídico de natureza diversa (contratual), o da previdência complementar. Ademais, como houve migração de plano de benefícios mediante pactuação de transação, não há falar em anulação apenas das cláusulas que envolvem concessões feitas pelo participante ou assistido do plano de benefícios.

[...]

5. No tocante à prescrição, o art. 75 da Lei Complementar n. 109/2001 prestigia o entendimento consolidado no âmbito do STJ, à luz do ordenamento jurídico anterior à sua vigência, estabelecendo que prescreve em 5 (cinco) anos o direito

às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil. Com efeito, está caracterizada a prescrição, pois, *no período de formação das reservas de benefício a conceder ao autor* - muito embora afirme que teria direito à incorporação de tempo de serviço em condições especiais -, *é certo que ele se quedou inerte, sendo incompatível com a boa-fé objetiva o pleito, eis que o autor pretende se locupletar, recebendo benefício para o qual não recolheu oportunamente as correspondentes contribuições.*

6. Impende ainda assinalar, mesmo que não fosse pela prescrição, o pedido seria improcedente, pois o autor pretende obter benefício sem a prévia e correspondente formação de reservas - a própria determinação, feita pela Corte local, de recolhimento de contribuição relativa ao período deixa límpido que não há prévio custeio para a verba vindicada -, valendo-se de tempo ficto, previsto na relação estatutária da previdência oficial. É dizer, pretende que sua situação peculiar reflita sobre o fundo comum formado pelo plano de benefícios de previdência complementar, de modo que a verba vindicada seja arcada por toda coletividade de participantes e beneficiários.

[...]

8. Recurso especial da entidade de previdência privada parcialmente provido. Prejudicado o recurso do autor.

(REsp 1.351.785/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015)

8. Assim, o surgimento de jurisprudência e, em virtude disso, a edição de lei quase 10 anos após a aposentação do autor, estabelecendo novos critérios para o cálculo do benefício do regime geral de previdência social, é hipótese imprevisível, a caracterizar fato do príncipe. E a adoção dessa nova fórmula legal específica do regime estatutário e geral de previdência social ao caso concreto tem o condão de ocasionar manifesta insegurança jurídica no âmbito do regime contratual e próprio da previdência complementar.

Ora, o art. 68, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 bem esclarece que os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para a elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

No abalizado escólio de José Afonso da Silva, o princípio da irretroatividade da lei, “não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. *Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam [...]*,”

resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas evidentemente”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 435)

Dessarte, a doutrina especializada propugna que, sob pena de ofensa à segurança jurídica, à autonomia do contrato civil previdenciário e ao preceito da capitalização, é forçoso reconhecer que a entidade de previdência não pode ficar vulnerável à reabertura, em caráter perpétuo, de cálculos de benefícios já concedidos, em que, portanto, o direito previdenciário complementar está plenamente formado, adquirido e concedido, conforme preceitua o art. 68, § 1º, da LC 109/2001:

O regime financeiro de capitalização pressupõe, portanto, a prévia formação de reservas, sendo certo que “[...] para cada benefício concedido, o beneficiário haja contribuído para formação da respectiva fonte de custeio [...]”. *Além de ser uma questão técnica (atuarial) e jurídica (comando legal), é uma questão de justiça: somente pode receber benefício aquele que contribuiu para a formação da respectiva reserva.*

No regime financeiro de capitalização, o custeio é formado a partir de contribuições efetuadas pelos participantes e assistidos, pelos aportes dos patrocinadores e pelo resultado dos investimentos realizados com essas contribuições;

[...]

Assim, o financiamento de um benefício previdenciário pela entidade fechada de previdência complementar leva em consideração, mediante a efetivação de complexos cálculos atuariais, todo o período em que foi realizada a capitalização das reservas (formação do custeio) [...].

Frise-se que o planejamento atuarial deve ser realizado para cada plano de benefícios individualmente considerado, o qual se expressará por meio do plano de custeio que deverá: (i) ser produzido com periodicidade mínima anual, exatamente diante dessa necessidade de constante avaliação e adequação das variáveis que impactam o plano de benefícios; e (ii) estabelecer o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulado e fiscalizador:

Segundo Newton Conde e Ivan Ernandes:

Avaliar atuarialmente um Plano de Benefícios é detectar os recursos que devem ser arrecadados para manutenção futura dos benefícios, ou seja, quais as contribuições que o Plano deve arrecadar dos participantes (associados e/ou empresa) para que seja garantido o pagamento dos benefícios.

[...]

Vale observar que nos planos previdenciários com componente atuarial, o plano de custeio é formatado com base em hipóteses atuariais.

[...]

Por esse motivo, os cálculos atuariais são geralmente hipotéticos e periodicamente refeitos, de modo a verificar a sua aderência à realidade daquela massa de participantes do plano.

[...]

Por ser a previdência complementar baseada no regime de capitalização, não pode o plano de previdência complementar, quando todos os cálculos atuariais para a concessão do benefício já foram realizados e o participante já está efetivamente em gozo da aposentadoria, ser surpreendido com uma imputação de obrigação para a qual não houve o prévio custeio.

[...]

Desse modo, eventuais alterações da base remuneratória obtidas posteriormente à concessão da aposentadoria não podem impactar no benefício já concedido, uma vez que tal variável não foi considerada, para fins de cálculo atuarial, no período de formação das reservas matemáticas, não tendo sido vertidas, portanto, as contribuições necessárias para lastrear qualquer majoração futura.

[...]

*Sob pena de ofensa à segurança jurídica, à autonomia do contrato civil previdenciário e ao preceito da capitalização, é forçoso reconhecer que a entidade de previdência não pode ficar vulnerável à reabertura, em caráter perpétuo, de cálculos de benefícios já concedidos, em que, portanto, o direito previdenciário complementar está plenamente formado, adquirido e concedido, conforme preceitua o art. 68 da LC 109/2001. (REIS, Adacir; BRESCIANI, Lara Corrêa Sabino; MENDES, Ana Carolina Ribeiro de Oliveira. *Previdência complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50-53 e 124-125)*

Nesse diapasão, o art. 6º, II, da LINDB esclarece que se consideram adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

*O direito que se integrou ao patrimônio jurídico de uma pessoa terá que ser respeitado pelas normas que surjam futuramente e eventualmente disciplinem de maneira diferente o assunto ou matéria, pois a sucessão de normas no tempo não afeta o direito que se incorporou ao patrimônio jurídico (COELHO, Fábio Alexandre. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro comentada*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 120-122).*

Para a aferição da presença do direito adquirido, é necessário que: a) tenha ocorrido um ato ou fato jurídico com o condão de produzir consequências jurídicas e levado a pessoa a adquirir um direito, que passa a integrar seu patrimônio jurídico; b) evidentemente, ainda não tenha sido exercitado, pois isso faria desaparecer o direito adquirido, que passa a ser qualificado como consumado, efetivado ou implementado (COELHO, Fábio Alexandre. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro comentada*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 121).

Consoante o abalizado escólio doutrinário, a garantia estabelecida no art. 6º da LINDB impõe a intangibilidade do direito adquirido, impedindo a retroeficácia da norma nova:

A garantia inscrita no art. 6º da LINDB foi incorporada ao texto das Constituições brasileiras e presentemente está reproduzida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal [...]. *O tema é correlato à irretroatividade da lei.*

Note-se que a garantia em questão não proíbe a retroação. A noção de irretroatividade é dirigida ao intérprete. Em princípio não se interpreta uma lei de modo a que se aplique a fatos pretéritos, salvo se ela for expressa nesse sentido. Ao retroagir, porém, a lei deve pôr a salvo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Então o mandamento constante da LINDB e da Constituição Federal significa que a lei, nas hipóteses em que retroaja, deve respeitar as mencionadas balizas. A retroação, por conseguinte, é exceção e não regra; mesmo quando excepcionalmente se materialize, encontra óbice no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada.

[...]

A retroatividade é um problema que se põe no plano da eficácia da lei. Considerados os três planos, da existência, validade e eficácia, a retroatividade ligar-se-á a este último. A projeção de efeitos para o passado é chamada de retroeficácia; e a manutenção de efeitos após a revogação é conhecida como ultratividade. Então as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada podem ser entendidas de duas maneiras: uma, como impedimento à retroeficácia da lei; a outra, como fundamentos de sua ultratividade. No direito adquirido, a lei revogada continua a viver, isto é, projeta efeitos mesmo depois do fim de sua vigência. (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100-101)

O ato jurídico perfeito e a coisa julgada podem ser reconduzidos ao conceito de direito adquirido, que abrange os outros dois institutos.

[...]

Gabba, mestre italiano, professor da Universidade de Pisa, no seu livro clássico, que influenciou muitas gerações de juristas, *teoria della retroattività delle leggi* [...] dá a sua definição de direito adquirido [...] o que podemos traduzir para: “é adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idônea para produzi-lo, em virtude da lei e do tempo em que o fato foi realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.

[...]

De minha parte, entendo que o princípio da irretroatividade das leis significa princípio da intangibilidade do direito adquirido.

[...]

A lei é irretroativa no sentido de que não pode voltar-se para o tempo anterior e reger casos pretéritos que já estejam acobertados pelo direito adquirido.

[...]

A lei que entra em vigor tem efeito imediato e geral, regulando, em princípio, somente os casos futuros.

[...]

O princípio de que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, sem poder reger os fatos passados que representem direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, caput), é absoluto, e se opõe a qualquer caso de retroatividade, seja máxima, média ou mínima. Como diz Washington de Barros Monteiro: “Todos esses casos são de retroatividade injusta, porque com ela se verifica lesão, maior ou menor, a direitos individuais”. (VELOSO, Zeno. Comentários à lei de introdução ao código civil. 2 ed. Belém: Unama, 2006, p. 131-137)

Desse modo, sob pena de violação ao direito adquirido, penso que não se pode admitir o entendimento ***acerca de a norma poder retroagir para ensejar ou atingir pretensão de direito material concernente à relação jurídica [benefício que se implementou, caracterizando ato jurídico perfeito e acabado]*** anterior à sua vigência (RE 205.999, Relator(a): Min. *Moreira Alves*, Primeira Turma, julgado em 16/11/1999, DJ 3/3/2000 pp-00089 Ement vol-01981-05 pp-00991).

Dessarte, segundo entendo, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso o mesmo raciocínio jurídico sufragado pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do EDcl no REsp 1.135.796/RS, relatora p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti. Nesse precedente, Sua Excelência alinhou:

Dessa forma, os direitos não podem ***ser considerados adquiridos*** com a mera adesão ao contrato de previdência privada, segundo o regulamento da época da

adesão, mas apenas quando formada a reserva financeira para o pagamento do benefício, após o adimplemento de todas contribuições necessárias, na forma do regulamento em vigor e alterações legais e regulamentares que forem ditando a forma de cálculo das contribuições, até o **momento em que cada assistido se torne elegível ao benefício**. (Grifou-se)

Com efeito, não pode norma nova incidir sobre a relação contratual, atingindo direito adquirido das partes (entidade previdenciária e assistidos). Dessarte, a título de reforço de argumento, caso hipoteticamente, em virtude de jurisprudência ensejando a superveniente edição de lei estabelecendo que o INSS devesse adotar fórmula de cálculo que resultaria, de alguma forma, em redução de benefícios, em homenagem ao direito adquirido e à autonomia do regime próprio da previdência complementar, essa regra não poderia afetar os interesses do ora recorrido, visto que os cálculos atuariais, inclusive as revisões anuais para a formação da reserva matemática, já teriam contemplado o benefício nos moldes em que fora implementado, resultando em desequilíbrio contratual em desfavor do assistido a revisão desses critérios.

9. Diante de todos os fundamentos expostos, dou parcial provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado na exordial, invertidos os ônus sucumbenciais, observada eventual gratuidade de justiça.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Anoto que a Quarta Turma, ao examinar matéria absolutamente idêntica à discutida nos presentes autos, no julgamento do RESP 1.073.263/PR, concluído em 23.6.2015, de que fui a Relatora, decidi que é devida a aplicação do índice de 39,67%, correspondente ao IRSM de fevereiro de 1994, nos casos em que (1) a contribuição desse mês de competência tiver sido utilizada no cálculo do salário real de benefício e (2) o benefício de complementação de aposentadoria tiver sido concedido após 1º de março de 1994, conforme sumariado na seguinte ementa:

Recurso especial. Previdência privada. Renda mensal inicial. Revisão do cálculo. IRSM. Fevereiro de 1994 (39,67%). Aplicação. Violação 535. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Honorários advocatícios. Súmula 7/STJ.

1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. Tratando-se de pedido de revisão do benefício de complementação de aposentadoria, mediante a correção dos salários de contribuição utilizados para o cálculo do salário real de benefício, a prescrição não atinge o fundo de direito, mas apenas as prestações vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação.

3. Concedido o benefício de complementação de aposentadoria após 1º de março de 1994, e havendo previsão no plano de benefícios de utilização dos mesmos critérios adotados pelo INSS, é devida a revisão do salário de contribuição com a aplicação do índice de 39,67%, correspondente do IRSM de fevereiro de 1994, na hipótese de a contribuição desse mês de competência ter sido computada no cálculo do salário real de benefício.

4. Dissídio jurisprudencial não configurado diante da ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e os paradigmas.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(DJ 17.12.2015).

Extraio do voto condutor do acórdão os seguintes fundamentos, que se amoldam ao caso ora em julgamento:

No mérito propriamente dito, verifico que a pretensão do autor da ação tem por origem a Lei 8.880/94 - que instituiu o programa de estabilização econômica denominado "Plano Real" - e, em seus arts. 20, incs. I e II e 21, § 1º, determinou que os benefícios já concedidos pelo INSS até 1º.3.1994 fossem, naquela data, convertidos em Unidade Real de Valor - URV, segundo critérios estabelecidos na norma. Quanto aos benefícios com início a partir de 1º.3.1994, deveriam ser definidos na forma prevista no art. 29, da Lei 8.213/91, destacando-se que os salários de contribuição (base de cálculo do benefício) referentes às competências anteriores a março de 1994 deveriam ser corrigidos pelos índices previstos no art. 31 da Lei 8.213/91, com as alterações da Lei 8.542/92, e convertidos na URV de 28.2.1994.

Com efeito, os mencionados dispositivos da Lei 8.880/94 têm a seguinte redação:

Art. 20 - Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

(...)

Art. 21 - Nos benefícios concedidos com base na Lei n. 8.213, de 1991, com data de início a partir de 1º de março de 1994, o salário-de-benefício será calculado nos termos do art. 29 da referida Lei, tomando-se os salários-de-contribuição expressos em URV.

§ 1º - Para os fins do disposto neste artigo, os salários-de-contribuição referentes às competências anteriores a março de 1994 serão corrigidos, monetariamente, até o mês de fevereiro de 1994, pelos índices previstos no art. 31 da Lei n. 8.213, de 1991, com as alterações da Lei n. 8.542, de 1992, e convertidos em URV, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do dia 28 de fevereiro de 1994.

Os dispositivos das Leis 8.213/91 e 8.542/92, na época dos fatos, encontravam-se assim redigidos:

Lei 8.213/91

Art. 29. O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

Art. 31. Todos os salários-de-contribuição computados no cálculo do valor do benefício serão ajustados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao período decorrido a partir da data de competência do salário-de-contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais

Lei 8.542/92

Art. 9º A partir de maio de 1993, inclusive, os benefícios de prestação continuada da Previdência Social terão reajuste quadrimestral pela variação acumulada do IRSM, sempre nos meses de janeiro, maio e setembro.

§ 1º Os benefícios com data de início posterior a 31 de janeiro de 1993 terão seu primeiro reajuste calculado pela variação acumulada do IRSM entre o mês de início, inclusive, e o mês imediatamente anterior ao do referido reajuste.

§ 2º A partir da referência janeiro de 1993, o IRSM substitui o INPC para todos os fins previstos nas Leis n. 8.212, e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.

É certo que as referidas normas legais estabeleceram critério específico para o cálculo do valor dos benefícios administrados pelo INSS, que, em princípio, não teriam relação alguma com as complementações de aposentadoria contratadas perante as entidades fechadas de previdência privada, em razão da clara distinção entre os regimes geral de previdência social e o privado.

Ocorre, porém, que, no caso em exame, não há controvérsia quanto à circunstância de que a média aritmética dos salários de contribuição dos filiados da ELOS, quantia a ser considerada no cálculo do salário real de benefício de seus assistidos, deve ter por base idêntico período e ser corrigida pelos mesmos índices utilizados pelo INSS, nos termos do art. 23 do plano de benefícios, confira-se (fl. 64):

Artigo 23 - O Salário Real de Benefício é o valor correspondente a média aritmética dos Salários de Contribuição, tomados em igual período e corrigidos pelos mesmos índices que a Previdência Social utilizar para o cálculo do seu Salário de Benefício.

Anoto, de outra parte, que as instâncias de origem, a partir da análise das provas dos autos, insusceptíveis de reexame do âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ), delinearam que o autor da ação teve o benefício de complementação concedido após 1º de março de 1994 e que o salário de contribuição relativo à competência do mês de fevereiro de 1994 integrou o período base de cálculo de seu salário real de benefício, como se observa na seguinte passagem da sentença (fl. 510):

Conforme se extrai dos documentos acostados aos autos, a aposentadoria do Autor se deu em 26.10.95. Assim, como a aposentadoria do Autor se deu em data posterior a março de 1994 e, tendo este mês sido utilizado no período básico de cálculo, a correção pelo IRSM referente ao mês de fevereiro de 1994 deve incidir sobre o cálculo de atualização do salário de contribuição utilizados para cálculo de benefício.

Observo que, no caso presente, não tem incidência a orientação da 2ª Seção, no sentido de que não se admite a concessão de benefício algum, repasse de vantagens ou reajuste aos proventos de complementação de aposentadoria, mediante a utilização de critério diverso do previsto no contrato, restrição que decorre da ausência de previsão de fonte de custeio para o correspondente pagamento, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001).

E isso porque a regra do regulamento do plano de benefícios da recorrente acima transcrita demonstra a previsão de fonte de custeio, de forma que os cálculos atuariais do plano de benefícios ao qual vinculado o autor da ação foram realizados levando em conta que o valor do benefício de complementação de aposentadoria seria mensurado a partir do salário de contribuição atualizado segundo os mesmos critérios (período e índice de reajuste) adotados pelo INSS.

Diante disso e demonstrado que o ora recorrido atende aos requisitos estabelecidos no art. 21 da Lei 8.880/94, tem ele direito à aplicação do índice de 39,67%, correspondente ao IRSM de fevereiro de 1994, na correção dos salários de contribuição utilizados no cálculo de seu benefício de complementação de aposentadoria.

Nesse mesmo sentido, consolidou-se a jurisprudência da 3ª Seção, e agora da 1ª Seção, à qual foi transferida a competência interna, ao interpretar a aplicação dos dispositivos legais mencionados aos benefícios mantidos pelo INSS, podendo ser citados, entre muitos outros, os seguintes precedentes:

Pedido de uniformização de jurisprudência. Previdenciário. Renda mensal inicial. Atualização do salário de contribuição. IRSM de fevereiro de 1994. Período básico de cálculo que não contempla a aludida competência. Percentual de 39,67%. Não incidência.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, não abrangida a competência de fevereiro de 1994 no período básico de cálculo do benefício, o índice de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro/94, não terá incidência sobre a Renda Mensal Inicial - RMI. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.313.470/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 08/02/2013; AgRg no REsp 1.231.660/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 05/03/2012; REsp 1.016.678/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 26.5.2008.

2. Pedido de uniformização de jurisprudência procedente.

(PET 10.216/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJ 1.9.2014).

Agravo regimental em agravo de instrumento. Previdenciário. IRSM de 1994. Índice de 39,67%. Inclusão na renda mensal inicial de benefício concedido após março de 1994. Cabimento. Argumento que ataca evidência expressa nos autos. Manifesta improcedência da pretensão.

1. A decisão impugnada por meio de agravo regimental, ao negar provimento ao recurso especial manejado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, confirmou acórdão que reconheceu correta a inclusão do IRSM de fevereiro/1994 (39,67%), antes da conversão em URV, na atualização dos salários de contribuição do benefício concedido ao autor em agosto de 1994, entendimento que se evidencia em absoluta sintonia com a jurisprudência deste Tribunal.

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AG 970.305/SP, 5ª Turma, Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJ 26.2.2013)

Previdenciário. IRSM integral de fevereiro de 1994. Correção dos salários-de-contribuição. Benefício concedido após março de 1994. Inclusão. Cabimento (precedentes).

1. Conforme jurisprudência desta Corte, é devida a inclusão do IRSM de fevereiro de 1994, antes da conversão em URV, na atualização dos salários-de-contribuição de benefício concedido após março do referido ano.

2. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(AgRg no REsp 642.904/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJSP), DJ 2.5.2011)

Previdenciário. Salário-contribuição. Atualização monetária. IRSM 39,67%. Fevereiro de 1994. Benefício concedido após março/1994. Cabimento. Precedentes. Prescrição quinquenal. Parcelas anteriores ao ajuizamento da ação. Sobrestamento. Correção monetária. Juros de mora.

1. É devida a inclusão do IRSM de fevereiro/1994, antes da conversão em URV, na atualização dos salários de contribuição de benefício concedido após março/1994, sendo indiferente a existência, ou não, de salário de contribuição na competência fevereiro/1994.

(...)

Agravo regimental do INSS parcialmente provido; Agravo regimental de *Otilia Vitória Brito Corrêa* improvido.

(AgRg no REsp 1.389.277/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes Martins, DJ 21.11.2013)

Ademais, a Medida Provisória 201, de 23.7.2004, convertida na Lei 10.999/2004, autorizou "a revisão dos benefícios previdenciários concedidos e com data de início posterior a fevereiro de 1994, recalculando-se o salário-de-benefício original, mediante a inclusão, no fator de correção dos salários de contribuição anteriores a março de 1994, do percentual de 39,67% (trinta e nove inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), referente ao índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM do mês de fevereiro de 1994" (art. 1º)."

Assim como no precedente acima transcrito, no caso ora em apreciação consta do acórdão recorrido que, nos termos do regulamento da Fundação CEEE de Seguridade Social - ELETROCEEE, ora embargada, os salários de

contribuição a serem considerados no cálculo do salário real de benefício devem ser reajustados pelos mesmos índices utilizados pelo INSS, como se observa na seguinte passagem do voto condutor (fl. 231):

Com efeito, determina o artigo 15 “caput” do regulamento de 1994, aplicável ao caso por se tratar de pedido de complementação de aposentadoria por tempo de serviço, que:

Salário-real-de-benefício é o valor correspondente à média aritmética simples dos salários-reais-de-contribuição do participante, nos 36 (trinta e seis) últimos meses anteriores ao pedido de complementação de Aposentadoria por Tempo de Serviço ou Idade, corrigidos do mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pela previdência Social, ficando, em qualquer caso, excluído o 132 salário.

Verifico, de outro modo, que as instâncias de origem também pontuaram que o autor da ação é assistido da Eletroceee desde 29.11.1995, conforme narrado na petição inicial (fl. 4) e afirmado na sentença (fl. 169), motivo pelo qual o salário de contribuição relativo à competência do mês de fevereiro de 1994 integrou o período base (36 últimos meses) do cálculo de seu salário real de benefício.

Diante disso e demonstrado que o ora recorrido atende aos requisitos estabelecidos no art. 21 da Lei 8.880/94, tem ele direito, data vênua, à aplicação do índice de 39,67%, correspondente ao IRSM de fevereiro de 1994, na correção dos salários de contribuição utilizados no cálculo de seu benefício de complementação de aposentadoria.

Compartilho das premissas básicas do voto do eminente Ministro Luís Felipe Salomão - amparadas em sólida jurisprudência deste Tribunal e também na Nota Técnica 8/2018 da Superintendência Nacional de Previdência Complementar e manifestações da Procuradoria Federal junto à PREVIC e da ABRAP - Associação Brasileira das Entidades de Previdência Complementar, colhidas nos presentes autos - no sentido de que o regime de previdência complementar é organizado de forma autônoma, e se distingue do regime geral de previdência oficial, notadamente, por sua base contratual, seu regime financeiro de capitalização e a necessária consequência de que não pode ser concedido benefício sem a correspondente e prévia fonte de custeio (CF, art. 202).

Foram precisamente essas premissas que nortearam o julgamento, pela 2ª Seção, dos REsp's 1.207.071/RS e 1.425.326/RS em que se decidiu, com

efeito repetitivo (CPC 73, art. 543-C), que auxílio-alimentação, vale cesta e quaisquer abonos, pactuados em convenção coletiva de trabalho como verbas não integrantes do salário e, portanto, sobre as quais não foi recolhida contribuição para a entidade de previdência complementar, não integram o salário de contribuição, base de cálculo do benefício complementar.

Na mesma linha, inúmeros outros acórdãos da 2ª Seção e das Turmas que a integram consolidaram o entendimento de que, no regime fechado de previdência privada, não se admite a extensão, de forma direta e automática, aos proventos de complementação de aposentadoria de vantagem pecuniária alguma, seja de natureza salarial ou indenizatória, alteração de critério de contagem de tempo de serviço, reajustes salariais concedidos aos empregados de uma empresa ou categoria profissional ou mesmo inclusão de verbas salariais reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem a prévia formação da fonte de custeio, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial nos correspondentes planos de benefícios, conforme sustentei em inúmeros votos que proferi na Quarta Turma e Segunda Seção sobre o tema.

No julgamento do REsp 1.410.173/SC, ressaltei que não satisfaz a necessidade de recomposição da reserva matemática necessária à concessão e manutenção do benefício o mero recolhimento, a posteriori, pelo participante e pelo patrocinador, do valor corrigido das contribuições que deveriam ter incidido, na época própria, sobre o acréscimo salarial anos mais tarde reconhecido pela Justiça do Trabalho. Isso porque as contribuições de participantes e assistidos são acumuladas, sob o regime de capitalização, ao longo de toda a relação contratual, a fim de lastrear o pagamento dos benefícios contratados, não havendo, pois, como determinar o pagamento das obrigações assumidas, sem o prévio aporte desses recursos.

Nesse sentido, a Constituição estabelece, como princípio basilar, a independência entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar (CF, art. 202, § 2º).

Há que se fazer a diferença, entretanto, entre o prévio e necessário custeio - no sentido de aporte individual de recursos, por cada participante e pelo patrocinador (referido a cada participante), o qual ocorre a cada mês, tendo por base o salário de contribuição, calculado segundo as regras do regulamento, valor este a ser capitalizado durante a longa relação contratual para formar a reserva matemática individual que, no futuro, vai custear o benefício de cada participante - e o Plano de Custeio, propriamente dito, da entidade de previdência complementar.

O Plano de Custeio de qualquer entidade de previdência privada deve ser atualizado e dimensionado, com base em cálculos atuariais complexos, periodicamente, no mínimo a cada ano, nos termos do art. 18 da LC 109/2001.

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Conforme se extrai da Nota Técnica 8/2018/PREVIC, “o plano de custeio leva em consideração uma série de premissas (crescimento salarial, retorno dos investimentos, composição familiar, expectativa de sobrevivência, tempo de contribuição etc) para melhor definir como os benefícios previdenciários serão financiados, isto é, a forma de custeio mostra de onde e em que montante devem vir os recursos para pagar os futuros benefícios” (e-STJ, fl. 429).

Os inúmeros precedentes deste Tribunal invocados no voto do Ministro Salomão e nas manifestações dos *amici curiae* dizem respeito ao custeio individual, no sentido de aporte prévio de recursos pelos participantes e patrocinador, valores que serão capitalizados ao longo dos anos, para a constituição da reserva matemática de benefício de cada futuro assistido. O valor desse necessário custeio é obtido mediante cálculos atuariais, obviamente prévios à cobrança, levando em consideração o tipo de benefício (benefício definido, contribuição definida, contribuição variável), o seu valor, o tempo de contribuição, conforme as regras estabelecidas no regulamento de entidade de previdência fechada.

Dessa forma, se a contribuição incidiu apenas sobre uma parte da remuneração ao longo dos anos da relação contratual, não é compatível com o sistema da LC 109/2001 seja determinado o automático aumento do benefício

de previdência complementar porque a Justiça do Trabalho reconheceu o caráter salarial de determinada parcela. Se não houve recolhimento de contribuição sobre essa parcela, não houve o necessário e prévio custeio a ela referente, e, portanto, não é possível a alteração do benefício de previdência complementar.

Esse é o sentido dos reiterados precedentes desse Tribunal.

O Plano de Custeio da entidade, periodicamente reformulado, por outro lado, deve levar em consideração não apenas o valor das contribuições a cargo de participantes e patrocinador, e o valor dos benefícios futuros a serem pagos, tudo nos termos do regulamento, mas também outras variáveis, como o retorno dos investimentos e eventuais prejuízos extraordinários.

Resultados favoráveis nos investimentos podem levar ao decréscimo das contribuições futuras, assim como revezes financeiros, decorrentes da conjuntura econômica nacional ou da incúria dos administradores, podem ter como consequência o rateio dos prejuízos, por meio de contribuições extraordinárias. É o que se depreende do art. 19 da LC 109/2001:

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

O desequilíbrio do custeio da entidade de previdência privada, a ser necessariamente recomposto no Plano de Custeio do ano seguinte, pode, portanto, decorrer de circunstâncias sem relação com custeio normal, feito mediante as contribuições dos participantes e patrocinadores, calculadas segundo o regulamento vigente à época de cada contribuição.

Naturalmente, se decisões judiciais determinam o acréscimo ao benefício de parcelas remuneratórias sobre as quais não incidiu a necessária contribuição, isso levará ao desequilíbrio do custeio da entidade, em proveito do autor da ação, que não contribuiu, não fez, ao longo da relação contratual, o custeio necessário à integração daquela parcela ao seu benefício de complementação de aposentadoria. Foi dessa situação que cuidaram os precedentes tão reiteradamente mencionados.

Não foi o que ocorreu no caso dos autos.

O autor não postulou a inclusão, na base de cálculo de seu benefício, de valor sobre o qual não tenham incidido contribuições à entidade ao longo do período de relação contratual que a tornou elegível à concessão do benefício.

Não alega a entidade tenha havido qualquer falha, contemporânea ao custeio, no cálculo das contribuições devidas, segundo o regulamento e a legislação da época. Igualmente não se alega que as contribuições não tenham sido vertidas pelo autor e pela patrocinadora.

A discussão não tem relação alguma, portanto, com o custeio do benefício a cargo do autor e do patrocinador, custeio este, naturalmente, anterior à data em que o autor se tornou elegível ao benefício.

A controvérsia diz respeito ao critério de correção do salário de contribuição do mês de fevereiro de 1994, mês que integrou o período de trinta e seis meses levados em conta, segundo o regulamento da entidade da época, para o cálculo do salário real de benefício.

O modo de correção e o respectivo índice, dos salários de contribuição dos trinta e seis meses, para efeito de cálculo do salário real de benefício, nos termos do regulamento da entidade de previdência privada, era o mesmo adotado pelo INSS. Poderia o regulamento haver estabelecido como índice de correção o mesmo da caderneta de poupança ou outro índice qualquer. O índice previsto no regulamento e, portanto, levado em conta para a elaboração periódica do Plano de Custeio da entidade era o previsto em lei para os benefícios da previdência oficial.

Certamente, não qualquer índice que a autoridade administrativa previdenciária, a seu próprio critério, eventualmente resolvesse adotar em determinado mês, mas o índice legalmente previsto para tal finalidade.

A questão debatida nos autos diz respeito ao critério de correção na transição entre o Cruzeiro Real e a URV, a partir de 1.3.1994.

A MP 482/94, convertida na Lei 8.880/1994, criou a URV como moeda de transição entre o Cruzeiro Real e o Real, no período de 1.3.94 a 1.7.94, tendo sido estabelecido que o Banco Central, até a emissão do Real, fixaria a paridade diária entre o Cruzeiro Real e a URV, tomando por base a perda do poder aquisitivo do Cruzeiro Real (art. 4^a).

O art. 18 da Lei 8.880/94 determinou a conversão do salário mínimo em URV no dia 1.3.94, da seguinte forma: dividindo-se o valor nominal, vigente

nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV *do último dia desses meses*; extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes.

Quanto aos benefícios da Previdência Social, o art. 20 da Lei 8.880/94, de forma análoga, estabeleceu:

Art. 20 - Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV *do último dia desses meses*, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

(...)

Para os benefícios concedidos a partir de 1.3.94, a regra foi a seguinte:

Art. 21 - Nos benefícios concedidos com base na Lei n. 8.213, de 1991, com data de início a partir de 1º de março de 1994, o salário-de-benefício será calculado nos termos do art. 29 da referida Lei, tomando-se os salários-de-contribuição expressos em URV.

§ 1º - Para os fins do disposto neste artigo, os salários-de-contribuição referentes às competências anteriores a março de 1994 serão corrigidos, monetariamente, até o mês de fevereiro de 1994, pelos índices previstos no art. 31 da Lei n. 8.213, de 1991, com as alterações da Lei n. 8.542, de 1992, e convertidos em URV, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do dia 28 de fevereiro de 1994.

No caso de benefícios anteriores a 1.3.1994, não havia que se falar, naturalmente, em correção dos 36 salários de contribuição para cálculo do salário de benefício. Esta operação já havia sido feita na época do Cruzeiro Real. Determinou o art. 20 da Lei 8.880/94, como visto, fossem convertidos em URV os valores dos benefícios dos últimos quatro meses, extraída a média, para que se chegasse ao valor do benefício em URV. O IRSM de fevereiro/94 foi, portanto, considerado nessa média de quatro meses, uma vez que, nos termos do art. 9º da Lei 8.542/92 era este o índice de correção aplicável à previdência oficial desde 1993.

No caso de benefícios com data de início a partir de 1.3.1994 - caso do autor da ação - o art. 21 estabeleceu como deveriam ser atualizados os salários de

contribuição no período anterior à criação da URV, remetendo à Lei 8.542/92, segundo a qual o índice a partir de maio de 1993 era o IRSM.

O INSS, todavia, não utilizou o IRSM para atualizar o salário de contribuição do mês de fevereiro de 1994 e assim também não o fez a entidade de previdência complementar.

Após muitas derrotas no Poder Judiciário, tendo-se pacificado a jurisprudência das Turmas da Seção de Direito Público deste Tribunal no sentido de que o IRSM de fevereiro de 1994 deveria ter sido utilizado para corrigir o salário de contribuição daquele período, precedentes esses já mencionados em meu voto, foi editada a Lei 10.999/2004, “autorizando a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994 e o pagamento dos valores atrasados nas condições que especifica.”

Não se tratou, pois, da criação de um direito, mas do reconhecimento do direito existente desde 1994, com o pagamento de atrasados, desde que o credor aceitasse os termos de transação judicial detalhados na citada lei.

Sem consistência alguma, portanto, a assertiva constante da Nota Técnica 8/2018/PREVIC de que “não haveria possibilidade de os aumentos concedidos por meio da Lei 10.999/2004 terem sido considerados no cálculo do benefício do participante, uma vez que ele entrou em gozo do benefício em dezembro de 1994”.

O custeio a cargo do autor foi, como é incontroverso, recolhido sobre todo o salário de contribuição, na época própria. Ou seja, a controvérsia nada tem a ver com o custeio feito pelo participante. Certamente houve equívoco no Plano de Custeio, que se seguiu à criação da URV e à implantação do Plano Real e nos subsequentes, porque os responsáveis por sua elaboração não deram a correta interpretação à Lei 8.880/94, incidindo no mesmo erro das autoridades do INSS, adotando índice equivocado para a correção de salário de contribuição integrante 36 salários de contribuição considerados no cálculo do salário real de benefício da autora e dos demais participantes na mesma situação.

Esse erro de interpretação da Lei 8.880/94 violou direito do autor da ação e de outros participantes do mesmo plano de previdência privada, assim como o de milhares de beneficiários da Previdência Social.

Merece registro a grave falha jurídica da manifestação do Instituto Brasileiro de Atuária, nos autos do REsp 1.691.075/RS, ao partir da premissa de que “a remuneração mensal (ou o Salário-Real-de-Contribuição)” tivesse

sido convertida em URV “tomando por base *a data efetiva de seu pagamento realizado a cada mês*” (grifo não constante do original), para concluir que em uma economia com a inflação da época, da ordem de 40%, a diferença entre uma remuneração mensal paga no início do mês de competência, ou no meio de cada mês de competência, ou no final de cada mês de competência, em termos de poder aquisitivo, apresentava níveis de poderes aquisitivos totalmente distintos, de forma que a incidência do IRSM de fevereiro de 1994 causaria aumento real na média das remunerações mensais de cerca de 40%, incompatível com o equilíbrio atuarial do plano de benefícios, em proveito apenas dos participantes que o requeressem.

Tal raciocínio seria correto para os salários dos trabalhadores em geral, os quais, por força da literalidade do art. 19 da Lei 8.880/94, foram convertidos em URV, dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV *na data do efetivo pagamento*; extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes.

Mas a regra para a previdência oficial - aplicável segundo o regulamento da entidade de previdência privada - era a do art. 20, acima transcrito, que ordenava fosse tomado em consideração “o último dia desses meses.”

Observo que a realidade inflacionária da época - de conhecimento geral, especialmente por profissionais responsáveis por investimentos e cálculos atuariais - tinha duas faces: corroía os salários e benefícios, mas também indexava as aplicações e investimentos dos ativos da entidade de previdência.

Assim, não é possível se afirmar que teria havido desequilíbrio do Plano de Custeio da época com a incidência desse percentual para a correção do salário de contribuição do mês de fevereiro de 1994.

O autor sofreu lesão de direito, teve os proventos calculados em valor inferior ao devido, conforme a Lei 8.880/94. Se em face de erro de premissa jurídica dos responsáveis pela entidade isso vier a causar desequilíbrio no Plano de Custeio atual da entidade, tal desequilíbrio haverá de ser sanado no próximo Plano de Custeio, até mesmo, se necessário, mediante o aporte de contribuições extraordinárias (art. 19 da LC 109/2001). Isso porque não se cuidou de déficit de contribuição, na época própria, a cargo do instituidor do benefício, mas de cálculo equivocado e pagamento a menor do benefício a que faz jus, em detrimento do participante, sendo a diferença integrada ao patrimônio da entidade ao longo de todos esses anos.

Verifico, por fim, que a Eletroceee alterou o regulamento do plano de benefícios, a fim de desvincular o período e reajustes dos salários de contribuição de seus participantes, das regras aplicadas pelo INSS, procedimento, todavia, efetivado somente em 2002, conforme cópia do regulamento por ela juntada aos autos do REsp 1.365.633/RS, em que foi examinado tema absolutamente idêntico. (fls. 95-98 daqueles autos).

Ocorre, porém, que tais alterações não se aplicam ao autor da ação, sendo certo que preencheu os requisitos necessários muito antes disso. É incontroverso que ele é beneficiário de proventos de complementação de aposentadoria pagos pela Eletroceee desde 29.11.1995 (fls. 4 e 169), motivo pelo qual o salário de contribuição relativo à competência do mês de fevereiro de 1994 integrou o período base (36 últimos meses) do cálculo de seu salário real de benefício.

Em face do exposto, com a devida vênia, divirjo do Relator, para negar provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Fundação CEEE de Seguridade Social ELETROCEEE*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na origem, *João Souza de Belo* ajuizou ação de revisão de complementação de aposentadoria contra a entidade de previdência objetivando o pagamento de diferenças sobre a renda mensal inicial, levando-se em consideração a aplicação do Índice Real do Salário Mínimo – IRSM (39,67%) ao salário-real-de-contribuição do mês de fevereiro de 1994, pois conforme o artigo 15 do regulamento do plano de benefícios, para o cálculo do salário-real-de-benefício é considerada a média dos últimos 36 salários-reais-de-contribuição, corrigidos pelos mesmo índices de correção adotados pelo INSS.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para “condenar a requerida em recalcular, desde o início, o benefício de complementação de aposentadoria do autor, com inclusão do IRSM de Fevereiro/94 na ordem de 39,67%”, e ao pagamento “das diferenças das parcelas vencidas, corrigidas monetariamente pelo IGP-M desde cada vencimento e acrescidas de juros legais de 1% ao mês, a contar da citação, com os descontos previdenciários e fiscais pertinentes, observando-se

a prescrição quinquenal quanto às mensalidades pretéritas”, bem assim “*das parcelas vincendas, com correção pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês desde cada vencimento*”.

Interposto recurso pela entidade de previdência, o Tribunal *a quo* manteve integralmente a sentença, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa:

Apelação cível. Previdência privada. ELETROCEEE. Complementação de aposentadoria. Aplicação do IRSM de 39,67% de fevereiro de 1994 para a apuração do salário-real-de-benefício. Possibilidade.

Apelo desprovido.

Opostos aclaratórios por ambas as partes, foram esses rejeitados pelos acórdãos de fls. 250-256, 257-263 e 273-276.

Sobreveio recurso especial da demandada, no qual aduz, em síntese: a) inexistir custeio para fazer frente aos valores pretendidos, uma vez que a formação das reservas necessárias ao pagamento do benefício deve ser prévia à sua concessão, sendo de responsabilidade tanto do patrocinador como dos participantes/assistidos; ii) o entendimento perfilhado na origem enseja o desequilíbrio atuarial que compromete o plano de benefícios em prejuízo a toda a massa de participantes que dele dependem para o sustento próprio e de suas famílias.

O reclamo ascendeu a esta Corte Superior, oportunidade na qual o e. relator Ministro Luis Felipe Salomão, em razão da constatação da existência de divergência no âmbito do colegiado da Quarta Turma acerca da questão controvertida e da multiplicidade de recursos envolvendo a mesma temática, oportunizou a participação, na qualidade de *amici curiae*, de entidades com representatividade adequada.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 493-501 pelo desprovimento do reclamo.

O e. relator em seu judicioso voto, ultrapassada a alegada negativa de prestação jurisdicional e necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, dá parcial provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, invertendo os ônus sucumbenciais, observada a eventual gratuidade de justiça, porquanto entende ter ocorrido uma superação de entendimento nesta Corte Superior (*overruling*), haja vista ser assente a não concessão de verba sem a prévia constituição de reserva matemática por afetar o equilíbrio atuarial do plano de custeio do regime de benefícios.

Aduz, ainda, que “nos planos de benefício de previdência complementar administrados por entidade fechada, a previsão regulamentar de reajuste, com base nos mesmos índices adotados pelo Regime Geral de Previdência Social, não inclui a parte correspondente a aumentos reais”.

Assevera, por fim que “a par de o regulamento do plano de benefícios não estar acima das regras constitucional e infraconstitucionais cogentes de regência da previdência complementar, não vejo como a disposição regulamentar que remete à fórmula de cálculo do regime geral de previdência social devesse ser interpretada como a possibilidade de , pro fato imprevisível oriundo da edição de superveniente lei determinando ao INSS que modificasse os critérios que adotou durante todo o período de formação das reservas matemáticas do ora recorrido, propiciasse a revisão do ato jurídico perfeito e acabado da implementação do benefício contratual”.

A e. Ministra Isabel Gallotti inaugurou divergência para negar provimento ao recurso especial, haja vista que o demandante teve o benefício de complementação concedido após 1º de março de 1994, tendo o salário de contribuição relativo à competência do mês de fevereiro de 1994 integrado o período base de cálculo (36 últimos meses) de seu salário-real-de-benefício, ou seja, consoante a regra do plano de benefício do demandante, os cálculos atuariais levaram em conta o valor do benefício de complementação de aposentadoria mensurado a partir do salário de contribuição atualizado segundo os mesmos critérios (período e índice de reajuste) adotados pelo INSS, motivo pelo qual faz jus à aplicação do índice de 39,67% correspondente ao IRSM de fevereiro de 1994, na correção dos salários de contribuição utilizados no cálculos de seu benefício de complementação de aposentadoria.

Afirmou, ainda, entender pela inexistência do alegado *overruling* acerca da questão controvertida, pois aqui não se trata de inclusão, no cálculo do benefício de previdência complementar, de parcelas salariais sobre as quais não incidiu contribuição ao plano.

Ante os debates travados, pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia.

É o relatório.

Voto

1. Com a devida vênia ao relator, ultrapassadas as matérias preliminares atinentes à negativa de prestação jurisdicional e necessidade de participação da

patrocinadora em litisconsórcio passivo necessário, acompanho a divergência inaugurada pela e. Ministra Isabel Gallotti quanto ao *mérito* da questão controvertida que diz respeito ao *direito à revisão da renda mensal inicial do benefício de complementação de aposentadoria, levando-se em consideração a aplicação do Índice Real do Salário Mínimo – IRSM (39,67%) ao salário real de contribuição do mês de fevereiro de 1994.*

O autor fundamenta sua pretensão na Lei n. 10.999/2004, a qual autorizou a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, com o recálculo do salário-de-contribuição original mediante a inclusão, no fator de correção dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, do percentual de 39,67 (trinta e nove inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), referente ao Índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM do mês de fevereiro de 1994.

A fim de dirimir a controvérsia em tela, cumpre ressaltar o artigo 15 do regulamento do plano de benefícios vigente à época da aposentação (29/11/1995), o qual estabelecia que a média aritmética dos salários de contribuição dos filiados da ELETROCEEE (quantia a ser considerada no cálculo do salário real de benefício de seus assistidos) deveria ter como base o mesmo período e ser atualizado pelos mesmos índices utilizados pelo INSS.

Artigo 15º - Salário-real-de-benefício é o valor correspondente à média aritmética simples dos salários-reais-de-contribuição do participante, nos 36 (trinta e seis) últimos meses anteriores ao pedido de complementação de Aposentadoria por Tempo de Serviço ou Idade, corrigidos do mesmo modo e pelos mesmos índices de correção adotados pela Previdência Social, ficando em qualquer caso, excluído o 13º Salário.

Como se vê, embora o regime de previdência complementar seja bastante distinto daquele geral de previdência social, na hipótese dos autos, o regulamento do plano previa a adoção da mesma regra de cálculo dos benefícios administrados pelo INSS, motivo pelo qual, considerando que o autor da ação teve o benefício de complementação concedido após 1º de março de 1994 e que o salário de contribuição relativo à competência do mês de fevereiro de 1994 foi computado no cálculo de seu salário real de benefício, visto que engloba a média dos últimos 36 meses anteriores ao pedido de complementação de aposentadoria, forçoso reconhecer seu direito à revisão do benefício, a fim de que seja observada a correção pelo IRSM referente ao mês de fevereiro de 1994.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte Superior:

Previdenciário. Embargos de declaração no recurso especial recebido como agravo regimental. Fungibilidade recursal. Renda mensal inicial. Atualização do salário de contribuição. Índice de Reajuste do Salário Mínimo-IRSM. Fevereiro de 1994. Período básico de cálculo que não contempla a aludida competência, impossibilitando a aplicação do índice. Agravo regimental a que se nega provimento. (...)

2. É firme a orientação desta Corte de que só é devida a revisão do salário de contribuição com a aplicação do índice de 39,67%, correspondente do IRSM de fevereiro de 1994, na hipótese de a contribuição desse mês de competência ter sido computada no cálculo do salário real de benefício. (...)

6. Agravo Regimental do Segurado a que se nega provimento.

(EDcl no REsp 1.347.211/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 03/02/2017)

Recurso especial. Previdência privada. Renda mensal inicial. Revisão do cálculo. IRSM. Fevereiro de 1994 (39,67%). Aplicação. Violação 535. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Honorários advocatícios. Súmula 7/STJ. (...)

3. Concedido o benefício de complementação de aposentadoria após 1º de março de 1994, e havendo previsão no plano de benefícios de utilização dos mesmos critérios adotados pelo INSS, é devida a revisão do salário de contribuição com a aplicação do índice de 39,67%, correspondente do IRSM de fevereiro de 1994, na hipótese de a contribuição desse mês de competência ter sido computada no cálculo do salário real de benefício.

4. Dissídio jurisprudencial não configurado diante da ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e os paradigmas.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.073.263/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 17/12/2015)

Previdenciário. IRSM integral de fevereiro de 1994. Correção dos salários-de-contribuição. Benefício concedido após março de 1994. Inclusão. Cabimento (precedentes).

1. Conforme jurisprudência desta Corte, é devida a inclusão do IRSM de fevereiro de 1994, antes da conversão em URV, na atualização dos salários-de-contribuição de benefício concedido após março do referido ano.

2. Agravo interno ao qual se nega provimento.

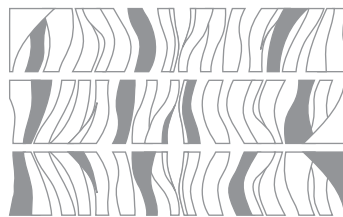
(AgRg no REsp 642.904/SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 02/05/2011)

Imprescindível ressaltar, tal como fez a e. Ministra Isabel Gallotti no voto divergente que apresentou, não ser aplicável o entendimento jurisprudencial vigente nesta Corte Superior segundo qual inviável a concessão de benefício, repasse de vantagens ou reajuste de proventos de complementação de aposentadoria, por meio da utilização de critérios diversos daqueles previstos no contrato; orientação essa pautada na restrição que decorre da ausência de previsão de fonte de custeio para o respectivo ajuste, ferindo o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios.

Isso porque, efetivamente, a norma inserta no regulamento do plano de benefícios da ELETROCEEE (recorrente), revela a previsão de fonte de custeio, de forma que os cálculos atuariais do plano de benefícios ao qual vinculado o autor da ação foram realizados levando-se em consideração que o valor do benefício de complementação da aposentadoria seria mensurado a partir do salário de contribuição atualizado segundo os mesmos critérios (período e índice de reajuste) da Previdência Social (INSS).

2. Do exposto, com a devida vênia do relator, acompanho a divergência inaugurada pela e. Ministra Isabel Gallotti, para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.



Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 160.748-SP (2018/0230961-5)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Suscitante: Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo

Suscitado: Juízo de Direito do Foro Central Criminal Barra Funda - DIPO 4 - São Paulo - SP

Interes.: Justiça Pública

Interes.: Em Apuração

EMENTA

Conflito negativo de competência. Inquérito policial. Justiça Federal e Justiça Estadual. Contrabando de cigarros. Dissenso acerca da necessidade de indícios de transnacionalidade na conduta do agente para fins de fixação da competência da Justiça Federal. Desnecessidade. Súmula 151/STJ. Orientação que deve prevalecer, a par de precedentes recentes em sentido diverso. Crime que tutela interesse da União.

1. A jurisprudência desta Corte orientava para a competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes de contrabando e descaminho (Súmula 151/STJ), até que julgado (CC n. 149.750/MS, de 26/4/2017), fundado em conflito que debateu crime diverso (violação de direito autoral), modificou a orientação sedimentada, para limitar a competência federal, no caso de contrabando, às hipóteses em que for constatada a existência de indícios de transnacionalidade na conduta do agente.

2. Consolidada a nova compreensão, sobreveio o julgamento do CC n. 159.680/MG (realizado em 8/8/2018), no qual a Terceira Seção entendeu pela competência federal para o julgamento do crime de descaminho, ainda que inexistentes indícios de transnacionalidade na conduta.

3. Tal orientação, no sentido da desnecessidade de indícios de transnacionalidade, deve prevalecer não só para o crime de descaminho, como também para o delito de contrabando, pois resguarda a segurança

jurídica, na medida em que restabelece a jurisprudência tradicional; além do que o crime de contrabando, tal como o delito de descaminho, tutela prioritariamente interesse da União, que é a quem compete privativamente (arts. 21, XXII e 22, VII, ambos da CF) definir os produtos de ingresso proibido no país, além de exercer a fiscalização aduaneira e de fronteira.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitante, Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Sustentou oralmente o Exmo. Sr. Dr. SPGR Haroldo Ferraz da Nóbrega pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 4.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o *Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo*, o suscitante, e o *Juízo de Direito do Foro Central Criminal Barra Funda (DIPO 4) de São Paulo/SP*, o suscitado.

Versam os autos acerca de inquérito policial instaurado no âmbito da Polícia Civil de São Paulo, com vistas a apurar a suposta prática do crime

tipificado no art. 334-A do Código Penal, pois, consoante auto de prisão em flagrante, Domingos Raimundo de Souza foi surpreendido enquanto expunha à venda, em um bar, 275 maços de cigarro de origem estrangeira (Paraguai).

Recebendo o procedimento inquisitivo, o Ministério Público de São Paulo representou pelo envio dos autos à Justiça Federal, por vislumbrar interesse da União no crime sob apuração (fl. 49).

Na comarca de São Paulo/SP, o inquérito foi autuado sob o n. 0094711-51.2017.8.26.0050 e distribuído ao Juízo do Foro Central Criminal Barra Funda (DIPO 4), que acolheu a representação ministerial e declinou da competência para processar o feito em favor da Justiça Federal (fl. 51).

Com a remessa dos autos à Justiça Federal de São Paulo – SJ/SP, o procedimento foi reautuado sob o n. 0007664-17.2018.403.6181 e distribuído ao Juízo Federal da 4ª Vara Criminal local, que suscitou o conflito, aduzindo que inexistem indícios de transnacionalidade na conduta perpetrada pelo indiciado, circunstância essa que afastaria a competência da Justiça Federal para o processamento do crime sob apuração, na esteira de precedentes recentes desta Corte (fls. 59/66):

[...]

Trata-se de inquérito policial instaurando com o intuito de apurar a possível prática do crime tipificado no artigo 334-A do Código Penal, cometido, em tese, por *Domingos Raimundo de Souza*.

Consta dos autos que, em 19 de outubro de 2017, policiais civis apreenderam 275 (duzentos e setenta e cinco) maços de cigarro de origem estrangeira (Paraguai), os quais estavam expostos à venda no bar “Rotisserie Kauan”, sem documentação fiscal que comprovasse sua regular importação.

Após ser preso em flagrante, *Domingos*, gerente do estabelecimento, indicou *Lucivaldo de Oliveira Piancó* como proprietário do referido bar, objeto da apreensão.

Por sua vez, *Lucivaldo* relatou ter comprado os cigarros de vendedor ambulante, na região do Brás, nesta capital (fl. 26).

Em atendimento a manifestação do Ministério Público de São Paulo, houve declínio de competência em favor da Justiça Federal fls. 43/45).

O Ministério Público Federal apresentou manifestação, requerendo o declínio da competência para o juízo estadual, sob a alegação de que a mercadoria apreendida foi encontrada já internalizada, sem qualquer evidência mínima de ter eventualmente o investigado tenha concorrido de qualquer forma, direta ou indireta, à efetiva importação regular dos cigarros.

Assim, concluiu que se configurava comércio interno, cujo juízo competência para julgar seria o Estadual (Fls. 48/49);

É o relatório.

Decido.

Assiste razão ao ilustre representante do Ministério Público Federal de São Paulo.

Isto porque nos termos do art. 109 da Constituição Federal somente se afirma a competência da Justiça Federal, quando o crime afeta diretamente bens, serviços, interesses da União ou suas autarquias ou empresas públicas.

Na espécie, conforme bem pontou o *parqueti*, trata-se de investigado que foi flagrado expondo a venda 275 (duzentos e setenta e (cinco) maços, de origem estrangeira, desacompanhados de regular documentação fiscal.

Todavia, não há nos autos qualquer indício de que o investigado tenha realizado a importação fraudulenta da mencionada mercadoria com o intuito de suposta sonegação tributária.

Destarte, no caso em tela, assevero que o simples fato do produto mantido em depósito ter origem estrangeira não é suficiente, por si só, para atrair a competência da Justiça Federal.

Isto porquanto é necessária a constatação de que o próprio investigado tenha participado de forma direta ou indireta da importação das mercadorias apreendidas e que, por conseguinte, teria iludido o pagamento de imposto de natureza federal, fato que atrairia a competência para este juízo federal.

Com efeito, no caso dos autos a mercadoria foi encontrada em posse do investigado, já internalizada, e diante da ausência de elementos que indicam que o próprio teria realizado a importação fraudulenta, é forçoso concluir que se trata de suposto delito de competência do juízo estadual.

O Superior Tribunal de Justiça em recentes decisões alinhou o entendimento neste sentido, conforme julgados que transcrevo a seguir;

Conflito de Competência n. 156.159 - SP (2017/0335772-0) Relator: Ministro Felix Fischer Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara de São Joaquim da Barra - SP Suscitado: Juízo Federal da 6ª Vara de Ribeirão Preto - SJ/SP Interes.: Justiça Pública Interes.: em apuração Decisão Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Joaquim da Barra - SP em face do Juízo Federal da 6ª Vara de Ribeirão Preto - SJ/SP, relativamente ao inquérito policial instaurado para apurar a suposta prática do crime de descaminho, previsto no artigo 334 do Código Penal. O retrospecto foi bem delineado no parecer do Ministério Público Federal, às fls. 146-149, do qual extraio o seguinte excerto: "Consta dos autos que foi instaurado inquérito policial para apurar a prática do crime

de descaminho, atribuído à Luciana Luiz de Souza, já que policiais civis, em operação, localizaram no bar de propriedade da investigada 369 maços de cigarros de origem estrangeira, sem a competente documentação fiscal. O Juízo da Comarca de São Joaquim da Barra/SP, declarou-se incompetente para o processamento do feito, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal, ao entendimento de que Segundo a Súmula 151/STJ, a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens (fl. 53). O Juízo Federal da 6ª Vara de Ribeirão Preto/SP, acolhendo a manifestação ministerial no sentido de que os cigarros foram adquiridos naquela cidade e de que não existem indícios de transnacionalidade do delito, determinou a redistribuição do feito à Justiça Estadual (fl. 72). O Juízo da 2ª Vara de São Joaquim da Barra/SP, por sua vez, suscitou o presente conflito de competência, ao entendimento de que existem indícios acerca da transnacionalidade dos cigarros apreendidos, o que caracteriza lesão a bens ou serviços da União. (fl. 85).” Opinou, ao final, pelo reconhecimento da competência do d. Juízo Estadual, o suscitante. É o relatório. Decido. O conflito de competência ocorre quando duas ou mais autoridades se julgam competentes (positivo), incompetentes (negativo), ou quando houver divergência sobre a junção de processos, nos termos do artigo 114 do Código de Processo Penal. Nos termos do artigo 105, I, d da Constituição Federal, é da competência desta Corte Superior decidir o presente conflito de competência entre Juízo Federal e Juízo de Direito. É pacífica a jurisprudência no âmbito desta Corte Superior no sentido de que, havendo indícios da transnacionalidade da conduta, demonstrados pelo contexto fático, compete à Justiça Federal o processamento e julgamento do feito, nos termos do art. 109, V, da Constituição Federal. No entanto, fazendo uma análise da documentação apresentada nos presentes autos, não se verifica a presença de indícios concretos, capazes de concluir pela transnacionalidade. Conforme muito bem ressaltou o Ministério Público Federal (fls. 146-149), as conclusões atingidas pelo Juízo Suscitado acerca de sua incompetência, em razão de não ter sido concretamente constatada a sustentada transnacionalidade em relação aos fatos imputados à investigada merecem acolhida, eis que o único elemento que poderia inferir a transnacionalidade seria apenas a circunstância de ser de procedência estrangeira a mercadoria apreendida. Além disso, conforme declarações da investigada em sede policial, os cigarros teriam sido comprados na cidade de São Joaquim da Barra - SP, de um vendedor que teria passado em seu estabelecimento oferecendo a mercadoria, vendedor este que a investigada não sabe precisar quem seja, eis que informou não possui qualquer contato do mesmo. Assim, o entendimento desta Terceira Seção é pela fixação competência da justiça estadual para processo e julgamento do feito. Vejamos: *“Penal e Processo Penal. Conflito negativo de competência. Contrabando. Apreensão de cigarros de origem estrangeira.*

Ausência de indícios de internacionalidade. Competência da Justiça Estadual. Precedentes. 1. O simples fato do bem apreendido ser de origem estrangeira não justifica, por si só, a fixação da competência na Justiça Federal, sendo necessário, para tanto, ao menos indícios da transnacionalidade do delito. 2. Nos casos em que a única demonstração da internacionalidade da conduta delituosa é a declaração do réu quando da arguição da tese de incompetência do juízo, por serem os produtos apreendidos oriundos do Paraguai -, a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que à Justiça Federal não cabe a persecução penal em que não comprovada a transnacionalidade do iter criminoso, sendo insuficiente para essa aferição a confissão do acusado. Precedente do STJ (STJ, CC 107.001/PR, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, Terceira Seção, DJe de 18/11/2009). 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Única da Comarca de Angélica - MS, ora suscitado." (CC 149.750/MS, Terceira Seção, Rel. Min. *Nefi Cordeiro*, DJe 03/05/2017) "*Penal e Processo Penal. Conflito negativo de competência. Justiça Estadual x Justiça Federal. 1. Crime de transporte de agrotóxicos de origem estrangeira. Art. 15 da Lei n. 7.802/1989. Inexistência de processo para investigar suposto contrabando. Ausência de afronta a bens, serviços ou interesse da União. 2. Ausência de elementos que comprovem transnacionalidade da conduta. Procedência estrangeira do agrotóxico. Fato que não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal. 3. Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Estadual, a suscitante.* 1. Cuidando-se de crime de transporte de agrotóxico de origem estrangeira, sem que se tenha instaurado processo por contrabando e sem que se demonstre a transnacionalidade da conduta, não se verifica o preenchimento das hipóteses constitucionais de competência da Justiça Federal. 2. Admitir, de forma peremptória, que todo crime que tenha relação com produtos trazidos de outro país seja da competência da Justiça Federal, independentemente da vulneração imediata, e não meramente reflexa, de bens, serviços e interesses da União, e sem que efetivamente se verifique a transnacionalidade da conduta, desvirtuaria a competência fixada constitucionalmente. 3. Conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR, o suscitante." (CC 125.263/PR, Terceira Seção, Rel. Min. *Walter de Almeida Guilherme* (Desemb. convocado do TJ/SP), DJe 30/10/2014) Ante o exposto, conheço do conflito de competência, e declaro competente o Juízo de Direito da Segunda Vara da Comarca de São Joaquim da Barra - SP, ora suscitante. P. e I. Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2018. Ministro *Felix Fischer* Relator (STJ - CC: 156.159 SP 2017/0335772-0, Relator: Ministro *Felix Fischer*, Data de Publicação: DJ 19/02/2018).

No mesmo sentido são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça; (STJ, CC 107.001/PR, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, Terceira Seção, DJe de 18/11/2009). (CC 149.750/MS, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Terceira Seção, julgado

em 26/04/2017, DJe 03/05/2017) e (STJ - CC 155.950 AL 2017/0324621-1, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Publicação: DJ 13/03/2018).

Assim, compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento do crime eventualmente cometido, visto que não demonstrada a ocorrência de qualquer possibilidade de lesão a bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

Por tais razões, e em função de se referir à incompetência absoluta, suscito o presente conflito negativo de competência, a ser dirimido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal, para onde estes autos deverão ser encaminhados, com as nossas homenagens e cautelas de estilo.

[...]

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela competência do Juízo estadual, o suscitado (fl. 77):

Penal e Processual Penal. Conflito negativo de competência. Juízos Federal e Comum Estadual. Crime de contrabando (art. 334-A, § 1º, incs. I e IV, CPB). Apreensão na residência e no bar do acusado de 97 pacotes de cigarro de origem estrangeira. Ausência de indícios de que o réu tenha introduzido em território nacional os cigarros. A origem estrangeira não justifica, por si só, a fixação da competência na Justiça Federal, sendo necessário, para tanto, ao menos indícios da transnacionalidade do delito. Parecer para que seja declarada a competência do Juízo Estadual, ora suscitado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A questão, aqui, cinge-se a estabelecer a competência para o julgamento do crime de contrabando, mais especificamente definir se o referido crime só será de competência federal quando verificados indícios de transnacionalidade na conduta.

É certo que o tema já foi objeto de inúmeros julgados desta Corte, a maioria decidido monocraticamente, o que, em princípio, indicaria uma posição pacificada sobre a questão.

Ocorre que julgados recentes têm exteriorizado posições antagônicas, o que indica a necessidade de submeter novamente o tema à deliberação do órgão colegiado.

Em breve retrospecto, recordo que a jurisprudência desta Corte, até recentemente, exteriorizava a compreensão de que era da Justiça Federal a competência para o julgamento dos crimes de contrabando e descaminho, nem sequer cogitando da necessidade de indícios de transnacionalidade na conduta.

Nesse linha, confira-se:

Penal. Competência. Contrabando ou descaminho. Justiça Federal. - E da Justiça Federal a competência para o processo e julgamento dos crimes capitulados no art. 334, do Código Penal.

(CC n. 1.078/MG, Ministro William Patterson, Terceira Seção, DJ 7/5/1990, p. 3.825)

Ao que consta, a compreensão até então firmada era de que a União sempre teria interesse em tais casos.

De fato, nos conflitos de competência que aqui aportavam, relacionados ao crime de contrabando ou descaminho, usualmente se discutia a competência territorial, ou seja, qual, entre os Juízes Federais, seria o competente para processar o crime, o que deu ensejo a edição do enunciado Sumular 151/STJ:

*A competência para o processo e julgamento por crime de **contrabando** ou **descaminho** define-se pela **prevenção do Juízo Federal** do lugar da apreensão dos bens.*

Veja-se que a própria dicção do enunciado já parte da premissa de que os crimes (contrabando e descaminho) são federais, tratando apenas de esclarecer qual o Juízo Federal seria o competente.

Ocorre que, no julgamento do CC n. 149.750/MS, realizado em 26/4/2017, a Terceira Seção *modificou a orientação então predominante*, passando a compreender que o crime de contrabando só seria de competência federal quando presentes indícios de transnacionalidade na conduta do agente:

Penal e Processo Penal. Conflito negativo de competência. Contrabando. Apreensão de cigarros de origem estrangeira. Ausência de indícios de internacionalidade. Competência da Justiça Estadual. Precedentes.

1. *O simples fato do bem apreendido ser de origem estrangeira não justifica, por si só, a fixação da competência na Justiça Federal, sendo necessário, para tanto, ao menos indícios da transnacionalidade do delito.*

2. *Nos casos em que a única demonstração da internacionalidade da conduta delituosa é a declaração do réu quando da arguição da tese de incompetência do*

juízo, por serem os produtos apreendidos oriundos do Paraguai -, a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que à Justiça Federal não cabe a persecução penal em que não comprovada a transnacionalidade do iter criminoso, sendo insuficiente para essa aferição a confissão do acusado. Precedente do STJ (STJ, CC 107.001/PR, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Terceira Seção*, DJe de 18/11/2009).

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Única da Comarca de Angélica - MS, ora suscitado.

(CC n. 149.750/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, DJe 3/5/2017)

O voto condutor firma tal conclusão a partir de uma decisão monocrática, de minha relatoria:

[...]

A definição da competência para processar e julgar o o delito de contrabando passa pela análise dos indícios da transnacionalidade do delito, de forma atrair, ou não, competência da Justiça Federal, na forma da jurisprudência desta Corte (STJ, CC 122.388/PR, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, *Decisão monocrática*, DJe de 22/6/2012).

[...]

No entanto, a decisão referenciada (CC n. 122.388/PR) versa acerca de *crime distinto* (*violação de direito autoral*), no qual a fixação da competência federal decorre da hipótese do *art. 109, V, da Constituição Federal* (crime que o Brasil se obrigou a reprimir em tratado internacional), hipótese na qual se exige efetivamente indícios de transnacionalidade para a competência federal, como se extrai do seguinte precedente:

Conflito negativo de competência. Inquérito policial. CD's e DVD's adquiridos no Paraguai e introduzidos clandestinamente no país. Violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP). Transnacionalidade da conduta. Competência da Justiça Federal (art. 109, V, da CF/88).

1. O art. 109, V, da CF/88 estabelece dois requisitos concomitantes e necessários para que se afete à Justiça Federal a competência para o julgamento do delito: a) a existência de tratado ou convenção internacional à qual o Brasil tenha aderido, que proteja o bem jurídico em questão; e b) a transnacionalidade da conduta, que se configura quando a execução do delito tenha se iniciado no país e o resultado ocorrido (ou que devesse ocorrer, na hipótese de tentativa) no estrangeiro, ou reciprocamente.

2. Em se tratando de direitos autorais, o Brasil é signatário da Convenção de Berna/1886, da Convenção Interamericana/1946 e da Convenção Universal dos Direitos do Autor/1952.

3. Comprovado nos autos que o investigado transportava CD's e DVD's gravados, falsificados, adquiridos no Paraguai e introduzidos irregularmente no País, configura-se a transnacionalidade da conduta.

4. A despeito de o crime de violação de direito autoral infringir, em regra, apenas o interesse particular, presente a nota de transnacionalidade na conduta, é de se reconhecer a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do crime, com base no art. 109, V, da CF/88.

5. Conflito conhecido, para declarar competente para a condução do presente inquérito policial o Juízo Federal da 2ª Vara de Cascavel, Seção Judiciária do Paraná, o suscitado.

(CC n. 144.072/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2015)

Com efeito, *a modificação não decorreu de um novo debate, mas da aplicação equivocada de um precedente referente a crime distinto.*

Fato é que, sinalizada a alteração de entendimento, inúmeros Juízes Federais passaram a suscitar conflitos, aludindo ao julgado, o que ensejou decisões monocráticas na mesma linha. Entre inúmeros julgados, cito apenas os mais recentes: CC n. 160.593/SP, Ministro Felix Fischer, DJe 11/9/2018; CC n. 159.019/SP, Ministro Joel Ilan Parcionik, DJe 4/9/2018; CC n. 158.376/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 4/9/2018.

Sobreveio também outro acórdão, oriundo também da Terceira Seção, que faz referência ao julgado anterior:

[...]

2. A Terceira Seção desta Corte Superior já se pronunciou no sentido de que para, a configuração do delito contrabando, é indispensável a demonstração de indícios da transnacionalidade da conduta delitiva do agente, sendo a confissão insuficiente para a comprovação da introdução da mercadoria estrangeira no território nacional. Precedente.

[...]

(CC n. 157.803/SP, Ministro Joel Ilan Parcionik, Terceira Seção, DJe 6/6/2018)

Com efeito, a nova compreensão ficou consolidada, até que, no julgamento do CC n. 159.680/MG (realizado em 8/8/2018), a Terceira Seção acolheu o

voto proferido pelo Relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no sentido da competência federal para o julgamento do crime de descaminho, ainda que inexistentes indícios de transnacionalidade na conduta:

Conflito negativo de competência. Justiça Federal x Justiça Estadual. Inquérito policial. Descaminho. Venda de cigarros estrangeiros cuja importação é permitida pela Anvisa, mas que não têm nota fiscal. Conduta anterior à Lei 13.008/2014. Art. 334, § 1º, alínea “d”, do CP. Desnecessidade de participação do investigado no processo de introdução irregular da mercadoria no país. Competência da Justiça Federal.

1. Situação em que o investigado foi flagrado expondo à venda, em sua barraca de comércio informal, cigarros de importação permitida pela ANVISA, sem nota fiscal e sem comprovação de pagamento de imposto de importação.

2. “Embora arrolado no CP entre os crimes contra a administração pública, (o descaminho) atenta contra a ordem tributária, na medida em que se configura pela ilusão do direito ou imposto devido por entrada, saída ou consumo de mercadoria, configurando uma infração penal tributária aduaneira. Em verdade, então, o descaminho é o mais antigo dos crimes contra a ordem tributária” (Baltazar Júnior, José Paulo. Crimes Federais. 10ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 355).

3. “O descaminho, além de causar prejuízos ao erário, afeta de forma substancial as ordens econômica e financeira do País em seus princípios basilares, tais como o da livre concorrência. Por certo que o agente que introduz no mercado bens descaminhados terá larga e ilícita vantagem concorrencial sobre os comerciantes que cumprem integralmente com suas obrigações legais” (Paulsen, Leandro. Crimes Federais. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 352).

4. Para que se configure a modalidade de descaminho descrita no *caput* do art. 334 do Código Penal (iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria) é necessário identificar indícios de que o agente de alguma forma, dolosamente, aderiu e/ou participou do processo de introdução do bem no país sem o recolhimento dos tributos devidos.

5. Entretanto, a lei também equipara ao descaminho a conduta descrita no § 1º, IV, do Código Penal, que atribui a mesma pena a quem “adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos” (Incluído pela Lei n. 4.729, de 14.7.1965). De se ressaltar que a mesma figura foi mantida nos mesmos termos após a alteração trazida pela Lei 13.008/2014.

No caso concreto, a despeito de não haver, nos autos, indícios de que o investigado tenha participado da importação da mercadoria e do não recolhimento deliberado dos tributos de importação, o fato de ter sido flagrado, em seu estabelecimento comercial (ainda que informal), vendendo cigarros de origem estrangeira sem nota fiscal pode, em tese, ser equiparado pela lei ao descaminho.

6. Como o descaminho tutela prioritariamente interesses da União, é de se reconhecer a competência da Justiça Federal para conduzir o inquérito policial e, eventualmente, caso seja oferecida denúncia, julgar a ação penal, aplicando-se à hipótese dos autos o disposto no enunciado n. 151 da Súmula desta Corte.

7. Conflito conhecido, a fim de declarar competente para conduzir o presente Inquérito Policial o Juízo suscitante, da Justiça Federal.

(CC n. 159.680/MG, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 20/8/2018)

Embora o referido precedente verse acerca de figura penal distinta (descaminho), entendo que o entendimento ali acolhido deve prevalecer também para o crime de contrabando.

Primeiro, porque o crime de contrabando, tal como o delito de descaminho, tutela prioritariamente interesse da União, que é a quem compete privativamente (arts. 21, XXII e 22, VII, ambos da CF) definir os produtos de ingresso proibido no país, além de exercer a fiscalização aduaneira e das fronteiras, mediante atuação da Receita Federal e Polícia Federal.

Segundo, para preservar a segurança jurídica.

Ora, como circunstanciado acima, a jurisprudência desta Corte, na esteira do entendimento firmado na Súmula 151/STJ, tradicionalmente sinalizava que a competência para o julgamento de tais delitos seria da Justiça Federal, afigurando-se desarrazoada a adoção de entendimento diverso, notadamente sem um motivo jurídico relevante para tanto.

Assim, lastreado em tais fundamentos, entendo que o crime de contrabando, tal como o delito de descaminho, é de competência federal, independentemente da existência de indícios de transnacionalidade na conduta.

Ante o exposto, *conheço* do conflito para *declarar* a competência do Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitante.

HABEAS CORPUS N. 323.409-RJ (2015/0109047-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Relator para o acórdão: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Claudio Luis Nogueira

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Homicídio qualificado. Juri. Decisão absolutória dos jurados. Apelação interposta pelo Ministério Público. Art. 593, III, 'd', do CPP. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Cassação da sentença. Possibilidade. Inexistência de contrariedade ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. Ilegalidade não verificada. Revisão do material fático-probatório. Impossibilidade nesta via. Ordem não conhecida.

I – O Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II – A anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença, manifestamente contrária à prova dos autos, pelo Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal), não viola a soberania dos veredictos.

III – *Negar ao Ministério Público o direito ao recurso nas hipóteses de manifesto descompasso entre o veredicto popular e a prova dos autos implicaria violação à garantia do devido processo legal, que contempla, dentre outros elementos indispensáveis a sua configuração, o direito à igualdade entre as partes.* (STF - HC 111.207, Segunda Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, SJe 17/12/2012).

IV – Inviável, na esfera do *habeas corpus*, o reexame da matéria fático-probatória.

Ordem não conhecida.

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, retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do *habeas corpus*, concedendo a ordem de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro, e os votos dos Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Nefi Cordeiro, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Felix Fischer, não conhecendo do *habeas corpus*, sem conceder a ordem de ofício por entender não ter havido ofensa à soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, por maioria, não conhecer do *habeas corpus*, sem conceder a ordem de ofício por entender não ter havido ofensa à soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão.

Vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (Relator), Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior, que não conheciam do *habeas corpus* e concediam a ordem de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri. Votaram vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (Relator), Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior.

Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Claudio Luis Nogueira* apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado e pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, e no art. 344, ambos do Código Penal, tendo, entretanto, sido absolvido pelo Tribunal do Júri. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, afirmando que a absolvição estaria em manifesta contradição com a prova dos autos. O recurso foi provido, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 43):

Homicídio duplamente qualificado. Art. 121, parágrafo 2º, incisos I, e IV, e 344, ambos do Código Penal. Apelação ministerial objetivando novo julgamento, em considerando a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, III, “d”). Oitiva das testemunhas que conduzem ao tópico recursal volvido quanto à contrariedade da mostra probatória. Tese defensiva que remete à negativa da autoria e princípio do in dúbio pro reo. Recurso conhecido e provido. A unanimidade de votos, foi provido o apelo ministerial.

No presente *mandamus*, assevera a impetrante que “o reconhecimento da materialidade e da autoria pelos jurados não impede a absolvição pelo quesito previsto no artigo 483, § 2º, Código de Processo Penal, cuja obrigatoriedade o desvincula de teses jurídicas”. Aduz, outrossim, que, ao reformar a sentença de primeiro grau, a Corte ofendeu a soberania das decisões no âmbito do Tribunal do Júri. Afirma, por fim, que o terceiro quesito obrigatório não está vinculado a qualquer tese jurídica previamente exposta pela defesa, pois cabe ao Conselho de Sentença decidir de acordo com as provas dos autos.

Pede, liminarmente, a suspensão do curso do processo para impedir novo julgamento pelo Tribunal do Júri e, no mérito, a anulação do acórdão e o restabelecimento da sentença de absolvição.

A liminar foi indeferida, às e-STJ fls. 71/73, pelo então Relator, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE) e mantido seu indeferido às e-STJ fls. 107/108 e 121/125. As informações foram prestadas às e-STJ fls. 87/89 e 96/105, e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 159/160, pelo não conhecimento do *mandamus*.

Por fim, consigno que o Supremo Tribunal Federal deferiu a liminar no *Habeas Corpus* n. 130.501/RJ, manejado pelo ora paciente contra o indeferimento da liminar no presente *mandamus*, nos seguintes termos:

Habeas Corpus. Absolvição. Apelação provida com fundamento no art. 593, inc. III, alínea d, do CPP (contrariedade a prova dos autos). Novo julgamento agendado para 26/10/2015. Requerimento liminar da suspensão. Indeferimento no STJ. Questão não restrita a reexame de fatos e provas, como afirmado na decisão impugnada. Necessidade de verificar, no mérito, se há duas teses sustentáveis. Possibilidade de afronta à soberania do veredicto do júri. *Periculum in mora*: inocuidade de eventual decisão favorável no mérito, caso proferida após a realização do - júri. Constrangimento ilegal evidenciado. Liminar deferida para suspender a sessão do Tribunal do Júri da Comarca de Seropédica/RJ, designada para o dia 26/10/2015, até o julgamento definitivo do HC n. 323.409 pelo Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Visa a impetrante, em síntese, anular o acórdão do Tribunal de Justiça, para restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri, que absolveu o paciente com fundamento no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal.

De plano, esclareço que o tema do presente *mandamus* se refere à compatibilidade entre a absolvição do réu pelo Conselho de Sentença, com fundamento no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, e a interposição

de recurso de apelação com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. Ou seja, perquire-se se a denominada absolvição por clemência pode ser desconstituída pelo Tribunal de Justiça em virtude de a absolvição ser manifestamente contrária à prova dos autos.

No ponto, destaco que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça iniciou o debate do tema, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 350.895/RJ. Contudo, a matéria foi desafetada e o julgamento retornou à Sexta Turma. Naquele órgão fracionário, prevaleceu o voto do Ministro Sebastião Reis Júnior, concedendo a ordem em benefício do paciente. Referido *decisum* teve a seguinte ementa:

Habeas corpus. Penal. Tribunal do Júri. Homicídio. Autoria e materialidade. Reconhecimento. Quesito absolutório genérico. Acolhimento. Possibilidade. Absolvição. Clemência. Cabimento. Contrariedade à prova dos autos. Demonstração concreta. Necessidade. Anulação. Presunção de julgamento contrário à prova dos autos. Ilegalidade configurada.

1. O entendimento de que o Júri não poderia absolver o acusado, quando reconhecesse a materialidade e autoria, é diretamente contrário às determinações do art. 483 do Código de Processo Penal, pois, conforme seus §§ 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.

3. É possível ao Tribunal de Apelação, por uma única vez, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri que absolve o acusado, apesar de reconhecer a autoria e a materialidade, sob o argumento de ser contrário à prova dos autos, desde que o faça a partir de fundamentação idônea, lastreada em elementos probatórios concretos colhidos ao longo da instrução processual e não em mera presunção.

4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria.

5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não

encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão.

6. O Tribunal de origem, no caso, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, não evidenciou concretamente que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o pedido de clemência e seu acolhimento estariam desamparados de lastro fático mínimo. Na verdade, concluiu que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de mera presunção decorrente da absolvição após o reconhecimento da materialidade e da autoria, o que constitui ilegalidade.

7. Ordem concedida para cassar o acórdão da apelação e restabelecer a absolvição proferida pelo Tribunal do Júri (HC 350.895/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 17/05/2017).

Como é cediço, com o advento da Lei n. 11.689/2008, ocorreu significativa alteração na sistemática de quesitação no Tribunal do Júri, com a finalidade de facilitar o julgamento e reduzir as chances de ocorrerem nulidades. Essa simplificação erradicou o excesso de formalismo e racionalizou a forma de elaborar os quesitos. A principal alteração diz respeito ao quesito trazido no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, que deverá ser formulado após a resposta relativa à materialidade e à autoria delitiva e, mesmo sendo afirmativa, imprescindível questionar se “o jurado absolve o acusado”.

Nesse encadeamento de ideias, considerando-se a obrigatoriedade do quesito mesmo após o reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, passou a se questionar a possibilidade de desconstituição da absolvição pelo Tribunal de origem, sob o fundamento de que se trataria de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Cuidando-se de absolvição por clemência, é possível desconstituir a decisão por contrariedade à prova dos autos ou não seria cabível recurso sob referido fundamento?

Por oportuno, registro que a absolvição por clemência somente se verifica quando reconhecidas a materialidade e a autoria. Dessa forma, nessas hipóteses, sempre haverá contradição, o que já remete de pronto ao provimento do recurso para submissão a novo Tribunal do Júri. Contudo, entendo não ser este o entendimento que melhor se compatibiliza com as garantias do Tribunal do Júri e com as novas disposições trazidas pela edição da Lei n. 11.689/2008.

Independentemente das críticas doutrinárias à Instituição do Júri, certo é que está inserido pela Constituição Federal entre os direitos e garantias

individuais – art. 5º, inciso XXXVIII, da CF –, protetor do direito à liberdade, e, como tal, constitui uma cláusula pétrea expressa – art. 60, § 4º, inciso IV, da CF –, sendo uma decorrência do princípio democrático.

O art. 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, assegura ao Júri Popular a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A plenitude de defesa técnica e de autodefesa conferem a possibilidade tanto ao advogado quanto ao réu de convencerem os jurados por argumentos extrajurídicos e não meramente técnicos, podendo, inclusive, ser colacionados fundamentos de ordem moral, religiosa etc.

Ainda sobre as garantias do Tribunal do Júri, o sigilo das votações é meio de se assegurar a imparcialidade dos julgadores leigos a fim de que não se tenha conhecimento em qual sentido votou um ou outro jurado, adotando o ordenamento jurídico pátrio, excepcionalmente, nessa Instituição, o sistema da íntima convicção, o qual possibilita ao órgão julgador decidir com fundamento nas provas dos autos, sem correspondência à prova dos autos ou até mesmo em contrariedade a elas.

Comentando referidas garantias, afirma a doutrina:

a) plenitude de defesa técnica: o advogado de defesa não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal etc. (...)

b) plenitude de autodefesa: ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, a qual também não precisa ser exclusivamente técnica, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais conveniente a seus interesses.

4.1 Sistema da íntima convicção do magistrado.

De acordo com o sistema da íntima convicção, (...), o juiz é livre para valorar as provas, inclusive aquelas que não se encontram nos autos, não sendo obrigado a fundamentar seu convencimento. (...)

A decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, o que permite, em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos. (...)

A despeito da regra constante da Constituição Federal, não se pode negar que referido sistema tenha sido adotado em relação às decisões dos jurados no Tribunal do Júri, as quais não precisam ser motivadas. (...)

Como se vê, no âmbito do Júri, até mesmo pela desnecessidade de fundamentação da decisão dos jurados, o Conselho de Sentença não está necessariamente vinculado às provas constantes dos autos, podendo formar sua convicção a partir de critérios subjetivos, sendo possível que venha a decidir em desacordo com os elementos probatórios coligidos. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 603 e 1.314).

Por fim, pela garantia da soberania dos veredictos, o Tribunal formado por juízes togados não está autorizado a modificar, no mérito, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, o que, contudo, não é sinônimo de irrecurribilidade de suas decisões. Ao contrário, as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença são passíveis de recursos, podendo o Tribunal *ad quem* cassá-los e determinar a realização de novo julgamento. E, aqui reside o ponto fulcral de análise do presente *mandamus*.

O art. 484 do CPP, em sua redação original, assim dispunha:

Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

I - o primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo;

II - se entender que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que esta possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários;

III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude;

IV - se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o Juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;

V - se forem um ou mais réus, o juiz formulará tantas séries de quesitos quantos forem eles. Também serão formuladas séries distintas, quando diversos os pontos de acusação.

VI - quando o juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza.

Antes da reforma realizada no Código de Processo Penal pela Lei n. 11.689/2008, todas as teses defensivas apresentadas deveriam ser objeto de

questos específicos, razão pela qual era possível ter conhecimento da *ratio decidendi* de eventual absolvição pelo Conselho de Sentença.

Contudo, com a alteração legislativa, houve modificação na formulação dos quesitos perante o Júri Popular, pois, após a formulação de quesitação quanto à materialidade (art. 483, I, do CPP) e da autoria delitiva (art. 483, II, do CPP), deve ser elaborado quesito obrigatório genérico acerca da absolvição do acusado (art. 483, III, do CPP), e, caso respondido negativamente por mais de 3 (três) jurados a esse quesito, prossegue-se a votação quanto a eventuais causas de diminuição (art. 483, IV, do CPP), qualificadoras e causas de aumento (art. 483, V, do CPP).

O quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, abarca toda e qualquer tese defensiva que não esteja relacionada à materialidade e autoria delitivas. Aliás, sua formulação é obrigatória independentemente das teses defensivas expostas durante todo o procedimento bifásico do Júri, sob pena de nulidade absoluta.

Esse entendimento já encontra amplo respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...). Homicídio qualificado e corrupção de menores. Tribunal do Júri. Ausência de formulação de quesito referente à absolvição do acusado. Obrigatoriedade. Inteligência do artigo 483 do Código de Processo Penal. Constrangimento ilegal evidenciado. Concessão da ordem de ofício. 1. Com o advento da Lei 11.689/2008, modificou-se a forma de elaboração dos quesitos de defesa, concentrando-se em um único questionamento - o que indaga se os jurados absolvem o réu - todas as teses sustentadas pelo acusado e por seu patrono em Plenário. 2. Nos termos do § 2º do artigo 483 do Código de Processo Penal, sendo respondidos afirmativamente os quesitos referentes à materialidade e à autoria ou participação, passa-se ao questionamento relativo à absolvição do réu. 3. O quesito referente à absolvição é obrigatório, devendo ser elaborado mesmo quando a defesa se limite a negar a autoria ou a participação do acusado nos fatos narrados na denúncia. Doutrina. Precedentes. 4. No caso dos autos, o quesito referente à absolvição do paciente foi julgado prejudicado, tendo a Corte Estadual consignado a sua dispensabilidade, na espécie, ante a resposta afirmativa dos jurados aos dois primeiros itens do questionário, entendimento que, como visto, contraria o artigo 483 do Código de Processo Penal. 5. Demonstrada a ausência de elaboração de quesito obrigatório, imperioso o reconhecimento da nulidade do julgamento, consoante o disposto no verbete 156 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 6. Inviável a determinação de expedição de alvará de soltura em favor do paciente, pois sua prisão não decorreu do julgamento que ora se anula, encontrando-se segregado desde antes da decisão de pronúncia. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem

concedida de ofício, para anular o julgamento do paciente realizado pelo Tribunal do Júri, determinando-se que outro se realize com a formulação do quesito obrigatório previsto no artigo 483, inciso III e § 2º, do Código de Processo Penal, estendendo-se os efeitos desta decisão ao corréu Arenilson Pereira dos Santos. (HC 352.330/PB, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Habeas corpus. Writ substitutivo de recurso próprio. Desvirtuamento. Homicídio qualificado. Quesito genérico de absolvição. Acolhimento. Soberania dos veredictos. Segunda votação. Nulidade configurada. Manifesto constrangimento ilegal evidenciado. 1. Com o advento da Lei n. 11.689/2008, foi determinada a obrigatoriedade de formulação do quesito genérico acerca da absolvição do agente, independentemente da tese defensiva sustentada em plenário. Trata-se de quesito obrigatório que deve ser elaborado e submetido a votação, ainda que a única tese defensiva seja a de negativa de autoria, não se revelando esta contraditória com o reconhecimento da autoria e da materialidade do crime. Precedentes. 2. No caso, não poderia o magistrado ter determinado a realização de uma segunda votação, sob o único fundamento de que, tendo os jurados respondido afirmativamente ao primeiro e ao segundo quesitos, a respeito da autoria e da materialidade do delito, a decisão estaria contraditória, haja vista o princípio constitucional da soberania dos veredictos. 3. Tão logo determinada a realização de uma segunda votação, a defesa protestou, determinando que a insurgência fosse consignada na respectiva ata, o que evidencia que a nulidade, a par de ser absoluta, foi arguida tempestivamente. 4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para cassar o acórdão impugnado e a segunda votação realizada pelo juiz de primeiro grau, determinando que o Juízo do 1º Tribunal do Júri da Capital/SP conclua a sentença com base na primeira votação (Processo n. 052.03.002823-1). (HC 154.700/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014).

Reitero que, após a inovação legislativa, todas as teses defensivas passaram a ser objeto de um único quesito obrigatório, buscando-se com tal providência impedir que os jurados sejam indagados sobre aspectos técnicos, até porque em sua maioria, os componentes do Conselho de Sentença são destituídos de conhecimentos técnicos sobre os debates realizados entre as partes, sendo que o próprio art. 482 do Código de Processo Penal estabelece que os jurados não serão indagados acerca de questões jurídicas.

Assim, diante desta unificação, possível a absolvição do réu por qualquer tese defensiva, ainda que não amparada em substratos fáticos nos autos, dentre elas, a *clemência*, porquanto possível que os jurados, a despeito de formar sua convicção pelo reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, estejam convencidos da desnecessidade ou injustiça de eventual pena a ser imposta, resolvendo, pois, absolver o acusado.

Como bem esclarecido pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento, pela Quinta Turma desta Corte, do Recurso Especial 1.245.480/DF:

Na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o Conselho de Sentença absolver com base na íntima convicção. *A partir da reforma, a meu sentir, não há nenhum limite.* (...) . A meu ver, o equívoco dessa interpretação - de não obrigatoriedade do quesito - consiste na desconsideração de outro princípio constitucional de igual envergadura à soberania dos veredictos, qual seja, *a plenitude de defesa.* *De efeito, a absolvição pelos jurados, fundada em tese não sustentada pela defesa, é corolário não só da soberania dos veredictos como também da plenitude de defesa.* (...). Consagra-se, assim, a plenitude de defesa, ainda que a defesa técnica não suscite tese alternativa.

A doutrina, igualmente, encampa a possibilidade de absolvição do réu pelo Conselho de Sentença, ainda que por clemência, sendo esta a forma de concretizar as garantias de plenitude de defesa e da íntima convicção:

(...) a principal inovação, introduzida na Lei 11.689/2008, no contexto do questionário, diz respeito à concentração em uma única indagação, em relação às teses de defesa. Não mais é necessário que o juiz presidente colha das alegações expostas em plenário pelo defensor as várias teses levantadas, transformando-as em quesitos a serem submetidos aos jurados. O defensor continuará a expor suas variadas teses, muitas delas alternativas, outras subsidiárias, mas todas voltadas à absolvição do réu. Porém, essa exposição destina-se ao Conselho de Sentença, unicamente. *O juiz presidente cuidará de indagar dos jurados apenas o seguinte: "o jurado absolve o acusado?" A resposta afirmativa leva à absolvição;* a negativa, por óbvio, conduz à condenação por homicídio (ou pelo crime já reconhecido nos quesitos anteriores). Entretanto, a razão pela qual os jurados absolveram o réu, se for positiva a resposta, torna-se imponderável. É possível que tenham acolhido a tese principal da defesa (por exemplo, a legítima defesa), mas também se torna viável que tenham preferido a subsidiária (por exemplo, a legítima defesa putativa). *Pode ocorrer, ainda, que o Conselho de Sentença tenha resolvido absolver o réu por pura clemência, sem apegos a qualquer das teses defensivas. Em suma, da maneira como o quesito será encaminhado aos jurados, serão eles, realmente, soberanos para dar o veredicto, sem que os juízes e tribunais togados devam imiscuir-se no mérito da solução de absolvição* (...). (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 959/960).

Absolvição. O quesito obrigatório *ex lege*: o jurado absolve o acusado? Essa é uma das grandes novidades insertas no novo procedimento, *por congregarem em um único quesito todas as teses de improcedência* alvitadas pelo réu em seu

interrogatório e pela defesa em plenário. *Atente-se: as teses defensivas não mais são desdobradas em quesitos. Bastará um único questionamento para todas as postulações defensivas.* Suponha-se que a defesa e o réu alvitaram quatro teses defensivas: negativa de autoria, legítima defesa, inexigibilidade de conduta diversa e estado de necessidade. Podia ser erro de tipo, erro de proibição etc. *Se, dos sete jurados, quatro acataram, cada qual, uma tese distinta, o réu estará absolvido. Mesmo que, dos sete, um ou mais decidiram absolver por clemência, é indiferente.* (FREITAS, Jayme Walmer de; SILVA, Marco Antonio Marques da. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 705).

A quesitação genérica potencializou o sistema da íntima convicção e da plenitude de defesa no Tribunal do Júri diante da possibilidade de absolvição por qualquer fundamento, pouco importando a razão que motivou os jurados, até mesmo porque estes não se encontram adstritos a qualquer tese defensiva articulada.

Com isso, os jurados podem proferir decreto absolutório de acordo com o senso de justiça, por causas supraleais de exclusão da culpabilidade, por razões humanitárias e por clemência – perdão –, ainda que tenham, anteriormente, reconhecido a materialidade e autoria delitivas. Aliás, como bem ressaltado pelo Excelentíssimo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, no voto-vista proferido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 350.895/RJ:

(...) o perdão se concede aos possíveis culpados, pois aos inocentes se faz justiça. (...). Quem ostenta circunstâncias que conduzem à absolvição não precisa de perdão (clemência), mas sim aqueles que não as têm, mas despertam no colegiado popular o sentimento de merecimento de indulgência, pelo sentido de equidade, da justificativa moral, filosófica ou religiosa para adoção da conduta incriminada, apesar de antijurídica.

No mesmo diapasão, esclarecedora é a sempre brilhante argumentação do eminente Ministro Celso de Mello, nos autos do RHC 117.076/DF:

(...) As recentes reformas realizadas no Código de Processo Penal, ainda, vieram para reforçar ainda mais a soberania dos 'veredicta'. É por isso que, por ocasião do Recurso Extraordinário aviado, a defesa fez questão de aludir à atual redação do art. 483, 'caput', III e seu § 2º. Mencionado preceito, ao definir a obrigatoriedade e até mesmo a redação (O jurado absolve o acusado?) do principal quesito a ser respondido, eximiu os jurados da compreensão das intrincadas teses jurídicas. Doravante se pergunta aos jurados apenas se absolvem ou não, desimportando as razões pelas quais o fazem. Dessa forma, além de juridicamente impossível, fica também improvável, no campo fenomenológico, que o Tribunal tenha condições

de syndicar se a deliberação do Júri está em conformidade ou não com o material probatório constante dos autos. *Parece cuidar-se de uma impossibilidade meditada pelo legislador, apontando, quiçá, para reconhecer razão aos que enxergavam ser impossível censurar a decisão do Júri. Pois a soberania, mesmo que não absolutizada, não deve contas à interpretação mais ou menos elaborada, consentânea ou não com o que a dogmática jurídica, por exemplo, tem compreendido.* Nesse sentido, reconhecer, como fez o Tribunal 'a quo', que a tese da inexigibilidade de conduta diversa não encontra eco nos autos, é algo que beira a irrelevância. Pois se eventual contraste entre o material de convicção encartado e a deliberação do Júri pode até ser observado e, nesse sentido, censurado, tal não se afigura possível em relação às teses jurídicas debatidas. *Em suma, com toda sinceridade, a derrogação do art. 593, III, 'd', pelo art. 483, 'caput', III e seu § 2º não está descartada.*" (grifei) Em petição protocolada, nesta Corte, sob n. 32782/2013, a parte ora recorrente informa que a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Maringá/PR designou "novo julgamento pelo Tribunal do Júri de Maringá para o próximo dia 19 de setembro" (grifei), razão pela qual requer seja concedida "medida cautelar direcionada a sustar a tramitação processual do feito originário, em especial, a fim de impedir a realização de novo julgamento pelo Conselho de Sentença, pelo menos até o julgamento definitivo desta insurgência recursal" (grifei). Sendo esse o contexto, passo a apreciar o pedido de medida cautelar formulado pelo ora recorrente. *E, ao fazê-lo, entendo plausível, em sede de estrita deliberação, a pretensão cautelar em exame, no ponto em que se sustenta, com base no art. 483, III e § 2º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.689/2008, que não mais se revelaria viável a utilização, pelo órgão da acusação – como meio de impugnação às decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com apoio em referidos preceitos normativos –, do recurso de apelação a que alude o art. 593, III, "d", do CPP. Com efeito, não se pode ignorar a existência de expressiva orientação jurisprudencial no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.689/2008, os jurados teriam passado a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos, em sua razão de decidir, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica (Apelação n. 0008366-51.2007.8.26.0400, Rel. Des. **Newton Neves**, TJSP – Apelação-Crime n. 70034122390, Rel. Des. **Marco Antônio Ribeiro de Oliveira**, TJRS – Apelação Criminal n. 2004.01.1.085323- -9, Rel. p/ o acórdão Des. **João Timóteo de Oliveira**, TJDFT – Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70049995897, Rel. p/ o acórdão Des. **Marcel Esquivel Hoppe**, TJRS – HC 200.440/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, STJ): "Apelação criminal. Homicídio simples. Júri. Alegação de decisão dos jurados contrária à prova dos autos. Inocorrência. Quesitação alterada após a Lei n. 11.689/08. Absolvição sem estar adstrita às teses defensivas do Plenário. Possibilidade. Recurso não provido. I - A partir da nova redação do art. 483 do CPP, após a Lei n. 11.689/08, é admitida a absolvição do réu por motivos desconhecidos e até mesmo por clemência. II - Se a nova formulação dos quesitos alargou as possibilidades de absolvição, fica, de fato, ao alvedrio dos jurados decidir pela não condenação do réu por motivos até alheios*

à sustentação defensiva. III - Na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção. A partir da reforma, não há nenhum limite. IV - Recurso não provido." (Apelação Criminal n. 1.0024.00.092182-5/002, Rel. Des. *Eduardo Brum*, TJMG – grifei) Considerado esse entendimento – que merecerá, em momento oportuno, detida reflexão por parte desta Corte –, *revelar-se-ia, aparentemente, inadmissível, por incongruente com a recente reforma introduzida no procedimento penal do júri, o controle judicial das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com fundamento no art. 483, III e § 2º, do CPP, quer pelo fato, pragmaticamente relevante, de que os fundamentos efetivamente acolhidos pelo Conselho de Sentença restariam desconhecidos, quer pelo fato, não menos importante, de que a fundamentação adotada pelos jurados poderia, ao menos virtualmente, extrapolar os próprios limites da razão jurídica. Essa visão em torno do tema em exame – vale registrar – tem sido perfilhada por alguns autores na doutrina processual penal (GUILHERME MADI REZENDE, "Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento", "in" Boletim IBCCRIM, Ano 17, n. 207, 2010), valendo destacar, em face da pertinência de que se reveste, o magistério de ADEL EL TASSE e de LUIZ FLÁVIO GOMES ("Processo Penal IV: júri", p. 161/165, item n. 1.d., 2012, Saraiva): "A Lei n. 11.689/2008, ao regulamentar o modelo de quesitação que atualmente deve ser adotado, produziu reflexo direto na matéria da apelação das decisões do Tribunal do Júri, não sendo mais aceita a continuidade no emprego da vetusta interpretação da matéria, que passa a representar evidente ausência de lógica do sistema. Parece indiscutível, sendo qualquer resistência em verificar esta situação totalmente desprovida de sentido técnico mínimo, que, com a alteração não só dos procedimentos, mas verdadeiramente da estrutura do Tribunal do Júri brasileiro, produzida em 2008, pela entrada em vigor da Lei n. 11.689, a apelação com base na manifesta contrariedade às provas dos autos passou a ser recurso exclusivo da defesa. O atual modelo de quesitação existente, pelo qual o Conselho de Sentença decide sobre a absolvição com total distanciamento de questionamentos técnico-jurídicos, mas atuando em acordo com o livre convencimento íntimo de forma plena, respondendo a quesito geral sobre se o acusado deve ser absolvido ou condenado, faz com que a decisão absolutória não seja passível de qualquer tipo de controle recursal pela acusação, pois insuscetível de análise quanto aos seus fundamentos, que podem, inclusive, decorrer do perdão social pelo fato praticado. Em outras palavras, não há qualquer suporte lógico para que possa a acusação recorrer para atacar o veredicto absolutório, argumentando que este ocorreu em contrariedade à prova dos autos, pois a absolvição deve atender a um único critério, qual seja, a livre convicção plena do juiz de fato, formada com imparcialidade após a apresentação das provas e dos debates pelas partes. O dado essencial é que a estrutura democrática do Tribunal do Júri garante que os jurados possam atuar para absolver além dos limites impostos pela lei ao juiz togado, não havendo dúvidas de que este aspecto democrático encontra-se, no caso brasileiro, expressamente refletido no modelo de quesitação adotado.*

.....A
Lei n. 11.689/2008, ao reformar o modelo de Tribunal do Júri existente no Brasil, reconstruiu o pacto democrático, ao dotar o jurado da garantia de imparcialidade e da possibilidade de formar a sua íntima convicção sem ficar submetido a mecanismos de controle autoritário. A quesitação hoje existente, em que uma única pergunta sobre se o réu deve ser absolvido resolve a causa, garante ao jurado a possibilidade de absolver com base no mais amplo juízo de íntima convicção e, por via de consequência, tacitamente revogou em parte o art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal, pois passou a ser absolutamente carente de lógica sistêmica debater em grau de apelação quais os critérios de absolvição do cidadão jurado, vedando-se, assim, o recurso de apelação pela acusação com base no fundamento de que o julgamento foi manifestamente contrário às provas dos autos.

.....
Dessa forma, a atual redação do Código de Processo Penal, na disciplina do Tribunal do Júri, fixando a viabilidade absolutória com base na livre convicção íntima de forma plena, impede a utilização do recurso de apelação com base no art. 593, III, 'd', contra a decisão absolutória, sendo este recurso, em consequência, exclusivo da defesa para atacar decisão condenatória." (grifei) Registre-se, finalmente, que essa matéria tem constituído objeto de apreciação por parte de Tribunais judiciais, como resulta claro, p. ex., de decisão emanada da colenda Primeira Câmara Criminal do E. Tribunal Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e consubstanciada em acórdão assim ementado: "(...) Quanto a um dos acusados, restou absolvido em razão da resposta negativa oferecida pelos jurados ao terceiro quesito, assim escrito: 'O jurado absolve o réu (...)?' Ou seja, como referido no acórdão, mesmo entendendo que tal imputado desferiu tiros contra a vítima (resposta positiva ao segundo quesito), os juízes de fato optaram pela sua absolvição. Logo, se os juízes de fato, mesmo entendendo que a conduta injusta denunciada foi praticada sem estar abarcada por qualquer excludente de ilicitude e culpabilidade, mas atendendo à sua íntima convicção concluíram que o denunciado, por determinada razão, é merecedor de perdão, não sendo necessária à sociedade a punição de seu comportamento, não há como esta Corte examinar se tal decisão foi ou não manifestamente contrária á prova dos autos, pois de caráter subjetivo dos jurados. Não se trata, como alegou o órgão ministerial em seus embargos declaratórios, simplesmente de quebrar-se ou não o princípio constitucional da soberania dos veredictos, pois consabido que tal soberania é relativa. Cuida-se, na verdade, da impossibilidade de o órgão ministerial apelar fazendo uso da alínea 'd' do inciso III do art. 593 da Lei Processual Penal, quando o acusado resta absolvido com base no quesito genérico de absolvição, trazido pela Lei 11.689/2008 (...)." (Apelação Criminal n. 70036400778-EDcl, Rel. Des. **Marco Antônio Ribeiro de Oliveira** – grifei) Sendo assim, em juízo de sumária cognição, e sem prejuízo de ulterior reapreciação da matéria, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento da presente causa, o curso do Processo-crime n. 2006.0003364-6, instaurado, contra Ettore Santo Sacon, perante a 1ª Vara Criminal da comarca de Maringá/PR, sustentando-

se, em consequência, a realização do julgamento do paciente em questão pelo Júri. Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 235.651/PR), ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Apelação Criminal n. 614.652-5) e à MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Maringá/PR (Processo-crime n. 2006.0003364-6). Publique-se. Brasília, 16 de setembro de 2013. Ministro *Celso de Mello* Relator.

Em outro *writ*, o Ministro Marco Aurélio é, igualmente, de clareza meridiana:

.....

Surge relevante o pedido de implemento de liminar. *Os jurados reconheceram, por maioria, a autoria e materialidade delitivas. A seguir, questionados se absolviam os acusados, nos termos do que dispõe o artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal – “respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: o jurado absolve o acusado?” –, responderam afirmativamente. O quesito versado no dispositivo tem natureza genérica, não guardando compromisso com a prova obtida no processo. Decorre da essência do Júri, segundo a qual o jurado pode absolver o réu embasado na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais.* 3. Defiro a liminar pleiteada, suspendendo, até a decisão final deste *habeas corpus*, o trâmite do processo n. 0000737-83.2012.8.26.0001, da Segunda Vara do Júri do Foro Regional I de Santana/SP, no qual designada sessão de julgamento para 10 de maio de 2017. 4. O curso deste *habeas* não prejudica o de n. 397.651/SP, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça. Remetam cópia desta decisão, com as homenagens merecidas, ao relator, ministro Antonio Saldanha Palheiro. 5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República. 5. Publiquem. Brasília, 9 de maio de 2017. Ministro Marco Aurélio Relator (HC 143.595 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 09/05/2017, publicado em Processo Eletrônico DJe-098 divulg 10/05/2017 public 11/05/2017)

Se assim não fosse, não haveria sentido na obrigatoriedade do quesito genérico quando a única tese defensiva fosse a negativa de autoria e respondidos afirmativamente à quesitação acerca da materialidade e autoria delitivas. Contudo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, ainda que a única tese defensiva seja a negativa de autoria, obrigatória a formulação do quesito previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, situação a confirmar que a quesitação genérica de absolvição pode ser realizada por qualquer argumento jurídico ou extrajurídico, amparado nos autos, sem respaldo em provas dos autos ou até mesmo em contrariedade a elas, como forma de concretização do sistema da íntima convicção dos jurados.

Como forma de confirmar a possibilidade de absolvição por qualquer argumento extrajurídico na quesitação genérica, imaginemos uma situação em que o réu é confesso quanto à prática do fato típico, ilícito e culpável a si imputado, e sua defesa técnica não tenha ventilado nenhuma tese contrária a tais elementos, limitando-se a sustentar a incidência de causas de diminuição de pena. Ainda assim será obrigatória a formulação do quesito genérico, e os jurados – ainda que não haja nenhuma outra prova contrária ao reconhecimento da materialidade, da autoria do delito, à confissão do réu – poderão responder ao quesito como melhor lhe aprouverem.

E, tendo os jurados proferido decisão absolutória, ainda que não encontre esta nenhum respaldo em elemento probatório dos autos, inviável recurso de apelação por contrariedade manifesta, pois tal providência jurídica implicaria violação frontal da soberania dos veredictos e, principalmente, à íntima convicção dos jurados, até mesmo porque, não conhecedor das razões do decreto absolutório, o Tribunal *ad quem* estaria, por via reflexa, tentando adentrar as razões meritórias de convicção do Conselho de Sentença, criando, como bem ponderado pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, em seu voto-vista “um paradoxo insuperável de, por um lado, autorizar a absolvição direta e sem motivação, e, por outro, permitir o reexame da deliberação porque não suportada no conjunto probatório”.

Nos termos do art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, caberá recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. São objeto de provas as afirmações acerca de um fato que interesse à solução do processo. “O objeto de prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial” (LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.* p. 582).

Assim, para que seja possível a interposição do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, necessária que a decisão proferida pelos jurados seja contrária às provas dos autos. Contudo, como já ressaltado acima, especificamente quanto à quesitação genérica do art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, o *decisum* absolutório proferido pelo Conselho de Sentença não está atrelado aos elementos probatórios constantes dos autos.

De fato, reitero que nem sempre o juízo de absolvição terá como amparo fatos, podendo ser respaldado, como já explanado anteriormente, em razões de

convicção íntima, subjetiva, de equidade, justiça, clemência, e, não se referindo a fatos, não se refere, conseqüentemente, a provas, e, não se referindo a provas, não há que se falar em julgamento contrário às provas dos autos. Portanto, inviável a interposição do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, porque nele não encontra amparo legal.

Referido entendimento não viola o direito ao recurso ou ao princípio do duplo grau de jurisdição que, independentemente dos questionamentos acerca de sua previsão constitucional implícita, deve guardar compatibilidade com as garantias previstas no art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a” (plenitude de defesa), “b” (sigilo das votações) e “c” (soberania dos veredictos), da Constituição Federal.

De igual forma, a utilização da via recursal deve guardar observância à disciplina dos próprios arts. 483, inciso III, e 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, ainda que, para tanto, possa sofrer limitações quanto às hipóteses de interposição, já que sua interposição requer uma interpretação sistemática de toda a conjuntura processual e, principalmente, das garantias do Júri Popular.

Por relevante, consigno que persistem as hipóteses de interposição do recurso de apelação com fulcro no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. De fato, para a prolação de um decreto condenatório, nas respostas aos quesitos da materialidade e autoria delitivas, causas de diminuição e de aumento, bem como para o reconhecimento de qualificadoras, a decisão dos jurados deverá encontrar guarida nas provas dos autos, já que estas se referem, obrigatoriamente, a fatos e estes sim são objeto de prova no processo criminal, razão pela qual, encontrando-se divergências entre elas, possível será a interposição de apelação nos termos do art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal.

Situação diversa se verifica na hipótese de absolvição decorrente do quesito genérico, no qual o jurado está livre para absolver em razão de fatos ou de qualquer outro fundamento, até mesmo de ordem puramente subjetiva, extraprocessual, não estando vinculado a qualquer tese jurídica. Decidindo pelo sistema da íntima convicção, inviável o conhecimento acerca da *ratio decidendi* do decreto absolutório, se em razão dos fatos ou por mero sentimentalismo, razão que impede a interposição do recurso de apelação nos termos do art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, neste pormenor, sob pena de malferição ao sistema da íntima convicção, da plenitude de defesa e da soberania dos veredictos.

Ademais, o comando normativo do art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal, no sentido de que somente será formulado o quesito genérico da absolvição quando respondidos afirmativamente aos quesitos descritos nos incisos I (materialidade) e II (autoria) delitivas, uma vez que, do contrário, já restará o réu absolvido, demonstra que não há contrariedade no reconhecimento pelos jurados quanto à materialidade e autoria do crime e posterior absolvição no quesito genérico, porquanto, neste quesito, os jurados não negam nenhum fato comprovado e não afirmam fatos cuja ocorrência não ficou demonstrada, mas apenas limitam-se a responder sem vinculação a qualquer fato ou tese jurídica, se o réu deve ou não ser absolvido.

Em caso de absolvição, não pode a decisão ser tida como contrária às provas dos autos, por não ser possível se perquirir se os jurados absolveram-no pelas provas ou teses jurídicas expostas ou por causas supraleais, humanitárias, clemência, etc., o que somente seria possível se o Tribunal *ad quem* pudesse, com convicção, saber se a motivação da absolvição era decorrente de fatos ou não, o que, contudo, não se mostra juridicamente possível diante do sistema da íntima convicção pelas quais as razões subjacentes à decisão são desconhecidas e assim devem ser mantidas.

Não sendo possível se perquirir acerca da contrariedade manifesta às provas dos autos, a decisão absolutória dos jurados fundada no quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, não está sujeita ao recurso de apelação descrito no art. 593, inciso III, alínea “d”, do mesmo Diploma Processual, ocorrendo, portanto, uma limitação, mas não exclusão, do direito de recurso neste pormenor, nos termos já acima expostos, compatibilizando-se as garantias do Júri Popular previstas na Constituição Federal com o direito de recurso – art. 5º, LV, da CF –, em observância aos princípios da unidade da Constituição e da convivência das liberdades públicas.

No caso dos autos, constata-se da ata de julgamento que a defesa pugnou pela absolvição do acusado pela negativa de autoria ou pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo* (e-STJ fl. 25). Os jurados responderam afirmativamente aos quesitos da autoria e da materialidade e votaram, igualmente, de forma positiva ao quesito da absolvição, demonstrando, assim, que a despeito do reconhecimento da materialidade e de autoria delitivas, formaram sua convicção pela absolvição do paciente, por razões de clemência – perdão (e-STJ fl. 39).

Nada obstante, considerou o Tribunal de origem que “a materialidade do delito está comprovada, através do Auto de Exame Cadavérico, que se encontra

às fls. 17. A autoria é indicada pela oitiva de testemunhas, apesar do denunciado ter exercido o direito de permanecer em silêncio, fls. 480. (...) Assim, há, no vertente, causa que remeta a novo Júri, em tendo sido o julgamento absolutório, manifestamente contrário à prova dos autos” (e-STJ fls. 45/48).

Contudo, a absolvição, na hipótese, não se refere a qualquer elemento probatório acostado aos autos, mas, ao contrário, encontra amparo em razões de foro íntimo, de indulgência e, como acima ressaltado, tais motivações não se referem a fatos e, conseqüentemente, não se reportam às provas dos autos. Por conseguinte, não enseja interposição do recurso de apelação com fulcro no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, por não se verificar contrariedade manifesta aos elementos probatórios dos autos, porque a eles não se refere.

Portanto, não se conseguindo perquirir se o decreto absolutório proferido pelos jurados se refere às provas dos autos ou a razões de foro íntimo, inviável a interposição do recurso de apelação por contrariedade manifesta aos elementos probatórios presentes no processo criminal, sob pena de violação da soberania dos veredictos, da plenitude de defesa e do sistema da íntima convicção do julgamento proferido pelo Conselho de Sentença.

Em suma:

Penal. *Habeas corpus*. 1. Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. 2. Tribunal do Júri. Lei n. 11.689/2008. Art. 483, III, do CPP. “O jurado absolve o acusado?”. Quesito obrigatório. 3. Absolvição por clemência. Possibilidade. Sistema da íntima convicção. Soberania dos veredictos e plenitude de defesa. 4. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Art. 593, III, d, do CPP. Recurso de apelação. Não cabimento. 5. Ausência de violação do duplo grau. Princípio da unidade da Constituição. Compatibilização entre os princípios recursais e do júri. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Após a inovação legislativa trazida pela Lei n. 11.689/2008, todas as teses defensivas que não estejam relacionadas à materialidade e autoria delitivas passaram a ser objeto de um único quesito genérico obrigatório, previsto no art. 483, inciso III, do CPP. Sua formulação é obrigatória independentemente das teses defensivas expostas durante todo o procedimento bifásico do Júri, sob pena de nulidade absoluta. Precedentes do STJ.

3. Diante desta unificação, possível a absolvição do réu por qualquer tese defensiva, ainda que não amparada em substratos fáticos nos autos, dentre elas, a *clemência*, porquanto possível que os jurados, a despeito de formar sua convicção pelo reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, estejam convencidos da desnecessidade ou injustiça de eventual pena a ser imposta, resolvendo, pois, absolver o acusado. A quesitação genérica potencializou o sistema da íntima convicção e da plenitude de defesa no Tribunal do Júri diante da possibilidade de absolvição por qualquer fundamento, pouco importando a razão que motivou os jurados, até mesmo porque estes não se encontram adstritos a qualquer tese defensiva articulada. Com isso, os jurados podem proferir decreto absolutório de acordo com o senso de justiça, por causas supralegais de exclusão da culpabilidade, por razões humanitárias e por clemência – perdão –, ainda que tenham, anteriormente, reconhecido a materialidade e autoria delitivas.

4. O édito absolutório proferido pelo Conselho de Sentença com fundamento na resposta ao quesito do art. 483, inciso III, do CPP, não está atrelado aos elementos probatórios constantes dos autos, mas sim a razões de convicção íntima, subjetiva, de equidade, justiça, clemência, e, não se referindo a fatos, não se refere, conseqüentemente, a provas, e, não se referindo a provas, não há que se falar em julgamento contrário às provas dos autos. Portanto, inviável a interposição do recurso de apelação previsto no art. 593, III, “d”, do CPP.

5. Não sendo possível se perquirir acerca da contrariedade manifesta às provas dos autos, a decisão absolutória dos jurados fundada no quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do CPP, não está sujeita ao recurso de apelação descrito no art. 593, III, “d”, do CPP, ocorrendo, portanto, uma limitação, mas não exclusão, do direito de recurso neste pormenor, compatibilizando-se as garantias do Júri Popular previstas na Constituição Federal com o direito de recurso – art. 5º, LV, da CF –, em observância aos princípios da unidade da Constituição e da convivência das liberdades públicas.

6. *Habeas corpus* não conhecido. *Ordem concedida de ofício*, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri.

Ante o exposto, *não conheço do mandamus*. Porém, *concedo ordem de ofício*, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri de Seropédica nos autos da Ação Penal n. 2007.077.002626-9.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **Claudio Luis**

Nogueira, tendo como autoridade coatora a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado e pronunciado como incurso no *art. 121, § 2º, incisos I e IV (homicídio qualificado por motivo torpe, e por emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima)*, e no *art. 344 (coação no curso do processo)*, ambos do Código Penal, sendo posteriormente submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri de Seropédica/RJ, oportunidade em que foi absolvido pelo Conselho de Sentença, que respondeu afirmativamente ao *quesito absolutório genérico (art. 483, inc. III, do Código de Processo Penal)*.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, tendo como lastro o que dispõe o *art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal*, ao fundamento de se encontrar a decisão absolutória edificada em premissas contrárias às provas colacionadas ao procedimento, o que restou acolhido pelo Tribunal de origem.

Por oportuno, transcrevo a respectiva ementa (fl. 43):

Homicídio duplamente qualificado. Art. 121, parágrafo 2º, incisos I, e IV, e 344, ambos do Código Penal. Apelação ministerial objetivando novo julgamento, em considerando a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, III, "d"). Oitiva das testemunhas que conduzem ao tópico recursal volvido quanto à contrariedade da mostra probatória. Tese defensiva que remete à negativa da autoria e princípio do in dubio pro reo. Recurso conhecido e provido. À unanimidade de votos, foi provido o apelo ministerial.

Ressai das argumentações do *writ*, que o reconhecimento dos quesitos relacionados à materialidade e autoria delitivas, não obsta o prosseguimento na análise do questionário e nem mesmo impede a absolvição pelo quesito previsto no artigo 483, § 2º, Código de Processo Penal, cuja obrigatoriedade o desvincularia do tecnicismo afeto às teses eminentemente jurídicas.

Pondera que a reforma da decisão prolatada pelo corpo de jurados vulnera normas de estatura constitucional, indo de encontro ao princípio vetor da soberania dos veredictos e destaca, ademais, que a melhor exegese a ser empregada ao quesito obrigatório segue desatrelada de qualquer tese porventura desenvolvida pela defesa, vinculando-se, unicamente, aos elementos de cognição do feito.

Em sede *liminar*, postulou a suspensão do trâmite procedimental até a decisão final do *mandamus* e, no *mérito*, bateu pela anulação do acórdão

objurgado, com a repristinação da sentença absolutória então proferida pelo Tribunal do Júri.

Indeferida a liminar pleiteada nesta Corte de Justiça (fls. 71/73), sobreveio comunicação do Supremo Tribunal Federal (fls. 134/155), nos autos da Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 13.0501, suspendendo a sessão de julgamento designada para dia 26/10/2015, até o julgamento definitivo do presente writ.

Instado a se manifestar, opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do remédio heroico (fls. 159/160).

O ilustre Ministro Relator, Reynaldo Soares da Fonseca, por sua vez, não conheceu do mandamus, porém, votou pela concessão da ordem de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri de Seropédica/RJ, nos autos da Ação Penal n. 2007.077.002626-9, cuja ementa a seguir transcrevo:

Processo Penal. Habeas corpus. 1. Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. 2. Tribunal do Júri. Lei n. 11.689/2008. Art. 483, III, do CPP. "O jurado absolve o acusado?". Quesito obrigatório. 3. Absolvição por clemência. Possibilidade. Sistema da íntima convicção. Soberania dos veredictos e plenitude de defesa. 4. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Art. 593, III, d, do CPP. Recurso de apelação. Não cabimento. 5. Ausência de violação do duplo grau. Princípio da unidade da constituição. Compatibilização entre os princípios recursais e do júri. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Após a inovação legislativa trazida pela Lei n. 11.689/2008, todas as teses defensivas que não estejam relacionadas à materialidade e autoria delitivas passaram a ser objeto de um único quesito genérico obrigatório, previsto no art. 483, inciso III, do CPP. Sua formulação é obrigatória independentemente das teses defensivas expostas durante todo o procedimento bifásico do Júri, sob pena de nulidade absoluta. Precedentes do STJ.

3. Diante desta unificação, possível a absolvição do réu por qualquer tese defensiva, ainda que não amparada em substratos fáticos nos autos, dentre elas, a clemência, porquanto possível que os jurados, a despeito de formar sua convicção pelo reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, estejam convencidos da desnecessidade ou injustiça de eventual pena a ser imposta, resolvendo, pois, absolver o acusado. A quesitação genérica potencializou o

sistema da íntima convicção e da plenitude de defesa no Tribunal do Júri diante da possibilidade de absolvição por qualquer fundamento, pouco importando a razão que motivou os jurados, até mesmo porque estes não se encontram adstritos a qualquer tese defensiva articulada. Com isso, os jurados podem proferir decreto absolutório de acordo com o senso de justiça, por causas supralegais de exclusão da culpabilidade, por razões humanitárias e por clemência – perdão –, ainda que tenham, anteriormente, reconhecido a materialidade e autoria delitivas.

4. O éditto absolutório proferido pelo Conselho de Sentença com fundamento na resposta ao quesito do art. 483, inciso III, do CPP, não está atrelado aos elementos probatórios constantes dos autos, mas sim a razões de convicção íntima, subjetiva, de equidade, justiça, clemência, e, não se referindo a fatos, não se refere, conseqüentemente, a provas, e, não se referindo a provas, não há que se falar em julgamento contrário às provas dos autos. Portanto, inviável a interposição do recurso de apelação previsto no art. 593, III, “d”, do CPP.

5. Não sendo possível se perquirir acerca da contrariedade manifesta às provas dos autos, a decisão absolutória dos jurados fundada no quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do CPP, não está sujeita ao recurso de apelação descrito no art. 593, III, “d”, do CPP, ocorrendo, portanto, uma limitação, mas não exclusão, do direito de recurso neste pormenor, compatibilizando-se as garantias do Júri Popular previstas na Constituição Federal com o direito de recurso – art. 5º, LV, da CF –, em observância aos princípios da unidade da Constituição e da convivência das liberdades públicas.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri.

É o relatório.

Preliminarmente, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e desta própria Corte de Justiça, impende salientar que na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, *prima facie*, não merece ser conhecida a respectiva impetração, registrando-se, todavia, que não se está vedando a utilização do remédio constitucional, mas, unicamente, vinculando a extensão do seu âmbito de cognição à regularidade da via eleita, atrelando-se, diretamente, à presença ou não de coação ilegal.

Pois bem. Compulsando as brilhantes premissas que edificaram o voto do e. Ministro Relator, denota-se que se pretende a concessão de ofício do *mandamus*, para, na mesma esteira da pretensão inicial, cassar v. acórdão *a quo* e restabelecer a sentença que absolveu o paciente na sessão plenária, com o reconhecimento, pelos jurados, do quesito genérico estampado no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal.

A fim de se delimitar a controvérsia, ressaltou o eminente Relator que tema do presente habeas corpus “*se refere à compatibilidade entre a absolvição do réu pelo Conselho de Sentença, com fundamento no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, e a interposição de recurso de apelação com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. Ou seja, perquire-se se a denominada absolvição por clemência pode ser desconstituída pelo Tribunal de Justiça em virtude de a absolvição ser manifestamente contrária à prova dos autos*”.

Sob tais paradigmas, aduz que após a inovação legislativa trazida pela Lei n. 11.689/08, todas as teses defensivas passaram a ser objeto de um único quesito obrigatório, sendo possível, assim, a absolvição do réu por qualquer uma daquelas apresentadas, *ainda que desamparada de substratos fáticos apresentados pelos elementos de prova, seja pelo reconhecimento de argumentos jurídicos ou extrajurídicos, viabilizando-se aos jurados, a despeito de formar sua convicção com o reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, convencerem-se da desnecessidade ou injustiça de eventual pena a ser imposta*, resolvendo, nessa toada, até mesmo por absolver o acusado.

Consigna, no compasso, que em não sendo possível se perquirir acerca da contrariedade manifesta às provas dos autos, a decisão absolutória dos jurados fundada no quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do CPP, não está sujeita ao recurso de apelação descrito no art. 593, III, “d”, do CPP, ocorrendo, portanto, uma limitação, mas não exclusão, do direito de recurso neste pormenor, compatibilizando-se as garantias do Júri Popular previstas na Constituição Federal com o direito de recurso – art. 5º, LV, da CF –, em observância aos princípios da unidade da Constituição e da convivência das liberdades públicas.

No ponto, não obstante as fundadas razões destacadas pelo eminente Relator, venho, respeitosamente, divergir, por entender que o grau de liberdade conferido ao processo de formação cognitiva e intelectual dos Jurados não será legitimado, quando seguir totalmente alheio à reprodução fática apresentada por meio da instrução probatória, sob pena de se sucumbir, em um ou outro caso, às próprias armadilhas da positivação. Vale dizer, uma vez acobertado pelo manto da soberania dos veredictos, da íntima convicção e do sigilo das votações, possibilitaria-se distorções e injustiças em decisões tendenciosas ou viciadas pelos mais diversos motivos.

É certo que os jurados votam o questionário de modo soberano, de acordo com a sua própria consciência e na avaliação (inter)subjetiva que fazem dos debates e das provas que lhe são apresentadas. Todavia, a licitude da decisão

deve se filiar a algumas das versões apresentadas *e que reflitam, em si, uma interpretação plausível dos fatos a partir de critérios racionais*.

A desnecessidade de ser considerado o material cognitivo pelos Srs. Jurados leva a desnecessidade de instrução probatória, e do formalismo processual que marca o rito do júri, culminando por afrontar o devido processo legal.

Igualmente, não se pode perder de vista que eventual absolvição pelo Conselho de Sentença *em patente contrariedade à prova dos autos*, desaguaria na manifesta vulneração da vida, um dos mais importantes direitos fundamentais e também consagrado, em meio às denominadas cláusulas pétreas, na Constituição da República (*art. 5º, caput, da Constituição Federal*).

Dessa feita, uma vez configurada a potencial colisão de princípios constitucionais, no caso, o direito à vida, de uma vertente, e a soberania dos veredictos, em flanco diverso, necessário se faz uma espécie de ponderação proporcional e razoável, exigindo-se, dentro do quadro da unidade constitucional, a submissão, no caso em mesa, da soberania da decisão emanada pelo Tribunal do Júri (*art. 5º, XXXVIII, do CF/88*), para tutela do direito à vida (*art. 5º, caput, da CF/88*) e do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (*art. 1º, III, da CF/88*).

No que se refere à ponderação de princípios de envergadura constitucional, ensina **Alexy**, que:

“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação

decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 116/118).

Bonavides, por sua vez, pondera que:

“Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. Da posição de Alexy se infere uma suposta contiguidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta, já que os princípios têm muito que ver com os valores. Teoriza Alexy na mesma direção da jurisprudência dos valores, e aqui reside a inteira contemporaneidade, bem como a importância vanguardeira de seu pensamento jurídico tocante ao valor normativo dos princípios”. (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 279).

Cabe destacar, sob esse viés, que o exercício da *soberania dos veredictos não se reveste de um poder incontestável e ilimitado*, conforme farta jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal:

Direito Penal e Processual Penal. Recurso extraordinário interposto sob a égide do CPC/1973. Tribunal do Júri. Absolvição. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Realização de novo julgamento. Violação do princípio constitucional da soberania dos veredictos. Inocorrência. Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário que não merece trânsito. Reelaboração da moldura fática. Procedimento vedado na instância extraordinária. Agravo manejado sob a vigência do CPC/1973. 1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. A decisão do Conselho de Sentença quando manifestamente divorciada do contexto probatório dos autos resulta em arbitrariedade que deve ser sanada pelo juízo recursal, nos termos do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição,

insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - ARE 786.854/ES AgR, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 06/09/2017).

Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inexistência de contrariedade ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. Submissão a novo julgamento do Tribunal do Júri. Necessidade de reexame de fatos e provas para decidir de forma diversa. Recurso ao qual se nega provimento.
1. Para concluir de forma diversa do assentado nas instâncias antecedentes e restabelecer a decisão de absolvição do Recorrente, seria necessário o reexame de fatos e provas para averiguar se esta decisão primeira no sentido da absolvição do Recorrente seria ou não contrária à prova dos autos, ao que não se presta o recurso ordinário em *habeas corpus*. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento (STF - RHC 132.321/PE, Segunda Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 1º/03/2016).

Recurso ordinário em habeas corpus. Processo Penal. Impetração não conhecida no Superior Tribunal de Justiça por inadequação da via eleita. Homicídios qualificados consumado e tentado. Tribunal do Júri. Absolvição. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Realização de novo julgamento. Não violação do princípio constitucional da soberania dos veredictos. Intimação pessoal da Defensoria Pública. Silêncio da parte por doze anos. Preclusão. Excesso de linguagem. Inocorrência.
1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte ao inadmitir o *habeas corpus* em substituição ao recurso constitucional, e ausentes manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia ensejadores, quanto ao tema de fundo, da concessão da ordem de ofício. 2. A Defensoria Pública deve ser intimada pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade, a teor do art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950 e art. 44, I, da Lei Complementar 80/1994. 3. A despeito da falta de intimação pessoal da Defensoria Pública - intimada apenas pela imprensa oficial-, para a sessão de julgamento do apelo ministerial acolhido para fins de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, e do acórdão respectivo, não há como pronunciar a arguida nulidade, uma vez operada a preclusão, transcorridos em total silêncio a respeito mais de 11 (onze) anos entre o trânsito em julgado do acórdão da Corte Estadual e o ajuizamento da segunda revisão criminal em que veio a ser suscitado o vício. 4. *A soberania dos veredictos não é princípio intangível a não admitir relativização. Decisão do Conselho de Sentença manifestamente divorciada da prova dos autos resulta em arbitrariedade a ser sanada pelo juízo recursal, a teor do art. 593, III, d, do Código de Processo Penal.* 5. Inocorrência de excesso de linguagem no acórdão da Corte Estadual que determinou a realização de novo Júri com a motivação imposta às decisões judiciais pelo art. 93, IX,

da Constituição Federal. 6. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido. (STF - RHC 124.554/PE, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 18/11/2014).

Habeas corpus. Constitucional e Processual Penal. Homicídio. Absolvição no Tribunal do Júri. Cassação do veredito popular pela Segunda Instância Estadual. Alegação de excesso de linguagem no acórdão estadual: inexistência. Precedentes. Alegação de ser o recurso para questionar a decisão dos jurados manifestamente contrário às provas dos autos exclusivo da defesa: improcedência. Ordem denegada.

1. Não se comprova nos autos a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus* pedida. 2. Ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo procurou demonstrar, tão somente, nos limites do comedimento na apreciação da prova, que não existe nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva da negativa de autoria. 3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que o princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos não é violado pela determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, pois a pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri convive com a regra da soberania dos veredictos populares. Precedentes. 4. Negar ao Ministério Público o direito ao recurso nas hipóteses de manifesto descompasso entre o veredito popular e a prova dos autos implicaria violação à garantia do devido processo legal, que contempla, dentre outros elementos indispensáveis a sua configuração, o direito à igualdade entre as partes

5. *Habeas corpus* denegado. (STF - HC 111.207, Segunda Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, SJe 17/12/2012).

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Júri. Crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, I e IV) Paciente absolvido. Apelação do Ministério Público sob fundamento de que a sentença fora manifestamente contrária à prova dos autos. Recurso provido para determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal Popular. Confissão perante autoridade policial. Retratação em juízo. Compatibilidade. Conjunto probatório. Violação à soberania dos veredictos. Inocorrência. Reexame do contexto fático-probatório. Inviabilidade. Ordem denegada. 1. O *habeas corpus* não é substitutivo de recurso extraordinário máxime quando se pretende reavaliar o contexto fático-probatório para infirmar a decisão do Tribunal de Justiça que cassa sentença absolutória proferida pelo júri por ser manifestamente contrária à prova dos autos. 2. A confissão perante a autoridade policial posteriormente retratada em juízo, quando considerada pelo juízo, se compatível com o conjunto probatório dos autos, não caracteriza teratologia. (Precedentes: HC 103.205/PR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/8/2010; HC 75.809/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 17/3/1998; HC 71.242/SP, Relator Min. Marco Aurélio, Julgamento 28/6/1994). 3.

O princípio da soberania dos veredictos não é infirmado por força da determinação legal de um novo julgamento pelo tribunal popular. (Precedentes: HC 104.301/ES, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 22/02/2011; HC 84.486-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Julgamento em 01/06/2010). 4. In casu, o paciente foi denunciado pelo crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e II; combinados com o art. 29, todos do Código Penal, por suposto cometimento do crime de homicídio qualificado, em concurso com outros dois agentes, sendo certo que o Ministério Público apontou como qualificadoras o motivo torpe caracterizado pela vingança, e utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima. 5. O Egrégio STJ concluiu que “a tese defensiva de negativa de autoria é extremamente frágil, ainda mais se verificarmos que os elementos que comprovam o dolo do acusado em praticar o delito são verdadeiramente robustos.”

6. O acórdão que acolhe a alegação de que a absolvição contraria a prova dos autos traduz juízo de cassação, e não de reforma, de modo a possibilitar que o Tribunal do Júri decida soberanamente. (Precedente: HC 94.052/PR, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 14/04/2009). 7. Ordem denegada. (STF - HC 100.693/ES, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 13/09/2011).

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Tribunal do Júri. Determinação de novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Alegação de contrariedade ao princípio constitucional da soberania do veredicto: improcedência. Necessidade de reexame de fatos e provas impróprio na via eleita. Alegação de excesso de linguagem: inexistência. 1. A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. 2. A análise da existência de material probatório que corrobore a tese sustentada pela defesa e acatada pelos jurados impõe, na espécie vertente, revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procurou demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, que não existe nos autos material probatório a corroborar a tese defensiva que foi acolhida pelos jurados. Dever constitucional de fundamentar todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da Constituição da República). Inexistência de excesso de linguagem. 4. Habeas corpus denegado. (STF - HC 102.004/ES, Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 08/02/2011).

Habeas corpus. Constitucional. Artigo 5º, inc. XXXVIII, alínea c, da Constituição de 1988. Violação da soberania dos veredictos júri. Não-ocorrência. Decisão sujeita a controle do Tribunal ad quem. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Anulação. Juízo de cassação, não de reforma. Identificação do cadáver. Matéria fático-probatória. 1. A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, não sendo absoluta, está sujeita a controle do juízo ad quem, nos termos do que prevê o artigo 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal. Resulta daí

que o Tribunal de Justiça do Paraná não violou o disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição do Brasil ao anular a decisão do Júri sob o fundamento de ter contrariado as provas coligidas nos autos, Precedentes. 2. O Tribunal local proferiu juízo de cassação, não de reforma, reservando ao Tribunal do Júri, juízo natural da causa, novo julgamento. 3. A controvérsia a respeito da identidade da vítima demanda, para seu deslinde, aprofundado reexame de fatos e provas, inviável em habeas corpus. Ordem denegada. (STF - HC 94.052/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 14/08/2009).

Nesse diapasão, vale ressaltar que o entendimento desta Corte de Justiça, não visa criar óbice ao reconhecimento da possibilidade conferida aos jurados de absolver o acusado por sentimentos altruísticos, até mesmo por clemência, ao contrário, o que se pondera é o fato de ser tal absolvição desassociada de qualquer elemento de prova e, desse modo, ilegal, injusta, arbitrária, e até mesmo inconstitucional, premissas inadmissíveis em um Estado que se diz Democrático de Direito.

A absolvição dos réus pelos jurados com base no art. 483, inc. III, do Código de Processo Penal, não constitui decisão irrecorrível, podendo o Tribunal de origem, em sede de apelação, cassá-la, ao verificar que a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença é *absolutamente dissociada das provas apresentadas no transcorrer da instrução e em plenário*. Tal hipótese (art. 593, inc. III, 'd', do CPP), apesar de excepcional, não ofende a soberania dos veredictos (*art. 5º, inc. XXXVIII, 'c', da Constituição Federal*), pois exige a submissão do caso a novo júri, e caracteriza um mínimo de controle sobre o Conselho de Sentença, como corolário do duplo grau de jurisdição, no intuito de evitar excessos e arbitrariedades.

Desse modo, só será inatacável a opção dos Jurados que não seja manifestamente contrária à prova dos autos.

A mesma conclusão é alcançada na hipótese de absolvição por clemência. Muito embora possível tal resultado em julgamento pelo Tribunal do Júri, a decisão será passível de revisão pelo Tribunal de origem quando não houver respaldo fático mínimo nos autos que dêem suporte à benesse.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Penal. Tribunal do Júri. Homicídio. Autoria e materialidade. Reconhecimento. Quesito absolutório genérico. Acolhimento. Possibilidade. Absolvição. Clemência. Cabimento. Contrariedade à prova dos autos. Demonstração concreta. Necessidade. Anulação. Presunção de julgamento contrário à prova dos autos. Ilegalidade configurada.

1. O entendimento de que o Júri não poderia absolver o acusado, quando reconhecesse a materialidade e autoria, é diretamente contrário às determinações do art. 483 do Código de Processo Penal, pois, conforme seus §§ 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.

3. *É possível ao Tribunal de Apelação, por uma única vez, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri que absolve o acusado, apesar de reconhecer a autoria e a materialidade, sob o argumento de ser contrário à prova dos autos, desde que o faça a partir de fundamentação idônea, lastreada em elementos probatórios concretos colhidos ao longo da instrução processual e não em mera presunção.*

4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria.

5. *A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão.*

6. O Tribunal de origem, no caso, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, não evidenciou concretamente que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o pedido de clemência e seu acolhimento estariam desamparados de lastro fático mínimo. Na verdade, concluiu que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de mera presunção decorrente da absolvição após o reconhecimento da materialidade e da autoria, o que constitui ilegalidade.

7. Ordem concedida para cassar o acórdão da apelação e restabelecer a absolvição proferida pelo Tribunal do Júri. (HC 350.895/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 17/05/2017, grifei).

Esse entendimento, segundo o qual a decisão que anula o julgamento do Juri, quando a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, tem sido reiteradamente firmado no âmbito desta Corte Superior. Inclusive já tive a oportunidade de me manifestar sobre o tema nos seguintes julgamentos:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não-cabimento. Homicídio. Absolvição. Apelação interposta pelo Ministério Público. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Cassação do veredicto. Possibilidade. Excesso de linguagem. Vício não configurado. Ordem não conhecida.

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. Min. 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. Min. 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. Min. 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 - *Quando a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é manifestamente contrária à prova dos autos, a sua cassação pelo eg. Tribunal de Justiça não viola a soberania dos veredictos (Precedentes).*

IV - *Uma vez admitida a cassação das decisões do júri, de forma excepcional, somente quando evidenciada a sua contrariedade manifesta com a prova dos autos, torna-se, antes de tudo, uma exigência a demonstração deste quadro, ou seja, não estar a decisão apoiada em elementos mínimos de convicção. Esta afirmação, que somente é possível a partir do exame do acervo probatório apresentado, é inevitável, sob pena de nulidade da decisão por falta de fundamentação. Em outras palavras, não há como cassar a decisão sem que se afirme sua incongruência em relação à prova amealhada.*

Habeas corpus não conhecido. (HC 322.942/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 12/11/2015, grifei).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Homicídio qualificado. Absolvição. Apelação interposta pelo Ministério Público. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Cassação do veredicto. Possibilidade. *Habeas corpus* não conhecido.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. 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 - Quando a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é manifestamente contrária à prova dos autos, a sua cassação pelo e. Tribunal de Justiça não viola a soberania dos veredictos. (Precedentes).

IV - Por decisão manifestamente contrária à prova dos autos entende-se aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, do acervo probatório.

V - No caso em exame, pelo que se depreende do acórdão reprochado, a decisão absolutória tomada pelo Conselho de Sentença não encontra qualquer apoio no conjunto probatório, estando a versão da acusada, ora paciente, isolada nos autos.

Ordem não conhecida. (HC 320.258/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 05/08/2015, grifei).

Em síntese, entendo que *a absolvição promovida pelos jurados com base no art. 483, inc. III, do Código de Processo Penal, não constitui decisão irrecurável. E mais, não ofende a soberania dos veredictos (art. 5º, inc. XXXVIII, 'c', da Constituição Federal) o acórdão de Tribunal de Justiça que, com base em elementos concretos colhidos durante a instrução do processo, conclui que a decisão do Conselho de Sentença é absolutamente dissociada das provas dos autos.*

No caso em exame, evidencia-se ter decidido a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que nenhum dos elementos colhidos nos autos apontavam no sentido da absolvição promovida pelos jurados, justificando concretamente a cassação do julgado na existência de depoimentos que atestariam que o ora paciente, juntamente com terceiro, praticou severas agressões contra a vítima (fls. 45/46 e-STJ):

‘Descreve a prova oral, os elementos que remetem ao agente a quem imputado fato penal, consoante a decisão da pronúncia que foi repisada, nos indícios de autoria no crime de homicídio, duplamente qualificado, por recurso que dificultou a defesa da vítima e por motivo torpe.

Relata a testemunha, Ana Paula, companheira da vítima, os sucessivos e múltiplos golpes, com agressão iniciada em casa, apontando os denunciados, como seus autores, inclusive a ameaça sofrida, para que nada fosse narrado às autoridades.

[...]

In casu, observa-se também, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária a prova produzida nos autos, na medida em que, há depoimento da companheira da vítima, Ana Paula Santos de Lima que narrou de forma detalhada o bárbaro crime cometido pelo Apelado, e seu correu, já falecido, imputando a ambos os golpes fatais desferidos em Reginaldo, bem como o depoimento do inspetor Nei de Souza Ferreira que participou das investigações do homicídio.’

Desse modo, configurada decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos, justificante de sua cassação pelo Tribunal de origem, para que o caso seja submetido a novo julgamento.

Além disso, havendo no acórdão impugnado exame de elementos concretos de prova, motivadores da conclusão alcançada, é defeso a esta Corte manifestar-se em sentido diverso, sob pena de indevido reexame de matéria fático-probatória, o que não se admite na esfera do *habeas corpus*. Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

Habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio. Homicídio qualificado. Absolvição pelo Conselho de Sentença por negativa de autoria. Recurso de apelação pelo artigo 593, III, d, do CPP. Possibilidade. Anulação da sentença absolutória pelo Tribunal de origem. Nulidade. Não ocorrência. Versão defensiva não amparada em provas dos autos. Reversão do julgado. Impossibilidade. Revisão do material fático e probatório. Inviabilidade. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido.

[...]

3. Quando o recurso de apelação é interposto contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, sob o fundamento desta ter sido manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão julgador é possível apenas a realização de análise acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja manifestamente contrário à prova dos autos.

4. Decisão manifestamente contrária às provas dos autos, é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, de todo o acervo probatório.

5. O recurso de apelação interposto pelo art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP, não autoriza a Corte de Justiça a promover a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, simplesmente por discordar do juízo de valor resultado da interpretação das provas.

6. A anulação da decisão do Conselho de Sentença, manifestamente contrária à prova dos autos, pelo Tribunal de Justiça, não viola a soberania dos veredictos.

7. *Inviável a modificação das conclusões do acórdão impugnado, pois, para tanto, seria imprescindível o revolvimento do material fático e probatório dos autos, providência inviável na via estreita do mandamus.*

8. *Habeas corpus* não conhecido (HC 370.802/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca DJe 15/12/2016, grifei).

Assim, uma vez inexistente flagrante ilegalidade a macular o escorreito trâmite procedimental, apta a ser reconhecida na via estreita do *writ, divirjo de relator*, para *não conhecer* do presente *habeas corpus*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Sr. Presidente, serei breve.

Inicialmente adoto o relatório presente no voto do Ministro Relator acrescentando que, na sessão do último dia 22, o Ministro Felix Fischer, em voto-vista, não conheceu do *habeas corpus* por entender não ter havido ofensa à soberania dos veredictos no Tribunal do Júri. Entendeu o Ministro Fischer ser possível o Tribunal, em recurso do Ministério Público, decidir que novo júri deve ser realizado nas hipóteses em que seu julgamento contrariou a prova dos autos.

Aqui, acompanho o Eminentíssimo Relator.

Sei que a questão é polêmica e provoca intenso debate tanto doutrinário quanto jurisprudencial. Sei ainda que em outras oportunidades tenho me manifestado de modo um pouco diferente do Eminentíssimo Relator, concluindo que [...] *o Tribunal de Apelação, para poder determinar um novo júri, deverá além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está*

desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão (HC n. 350.895, DJe 17/5/2017).

No entanto, aqui, fui convencido pelas razões apresentadas pelo Ministro Relator e o acompanhamento na íntegra. Transcrevo os trechos principais:

[...]

Antes da reforma realizada no Código de Processo Penal pela Lei n. 11.689/2008, todas as teses defensivas apresentadas deveriam ser objeto de quesitos específicos, razão pela qual era possível ter conhecimento da *ratio decidendi* de eventual absolvição pelo Conselho de Sentença.

Contudo, com a alteração legislativa, houve modificação na formulação dos quesitos perante o Júri Popular, pois, após a formulação de quesitação quanto à materialidade (art. 483, 1, do CPP) e da autoria delitiva (art. 483, n, do CPP), deve ser elaborado quesito obrigatório genérico acerca da absolvição do acusado (art. 483, III, do CPP), e, caso respondido negativamente por mais de 3 (três) jurados a esse quesito, prossegue-se a votação quanto a eventuais causas de diminuição (art. 483, IV, do CPP), qualificadoras e causas de aumento (art. 483, V, do CPP).

O quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, abarca toda e qualquer tese defensiva que não esteja relacionada à materialidade e autoria delitivas. Aliás, sua formulação é obrigatória independentemente das teses defensivas expostas durante todo o procedimento bifásico do Júri, sob pena de nulidade absoluta.

[...]

Reitero que, após a inovação legislativa, todas as teses defensivas passaram a ser objeto de um único quesito obrigatório, buscando-se com tal providência impedir que os jurados sejam indagados sobre aspectos técnicos, até porque em sua maioria, os componentes do Conselho de Sentença são destituídos de conhecimentos técnicos sobre os debates realizados entre as partes, sendo que o próprio art. 482 do Código de Processo Penal estabelece que os jurados não serão indagados acerca de questões jurídicas.

Assim, diante desta unificação, possível a absolvição do réu por qualquer tese defensiva, ainda que não amparada em substratos fáticos nos autos, dentre elas, a clemência, porquanto possível que os jurados, a despeito de formar sua convicção pelo reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, estejam convencidos da desnecessidade ou injustiça de eventual pena a ser imposta, resolvendo, pois, absolver o acusado.

[...]

A quesitação genérica potencializou o sistema da íntima convicção e da plenitude de defesa no Tribunal do Júri diante da possibilidade de absolvição por qualquer fundamento, pouco importando a razão que motivou os jurados,

até mesmo porque estes não se encontram adstritos a qualquer tese defensiva articulada.

Com isso, os jurados podem proferir decreto absolutório de acordo com o senso de justiça, por causas supralegais de exclusão da culpabilidade, por razões humanitárias e por clemência - perdão -, ainda que tenham, anteriormente, reconhecido a materialidade e autoria delitivas. Aliás, como bem ressaltado pelo Excelentíssimo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, no voto-vista proferido no julgamento do Habeas Corpus n. 350.895/RJ:

[...] o perdão se concede aos possíveis culpados, pois aos inocentes se faz justiça. (...). Quem ostenta circunstâncias que conduzem à absolvição não precisa de perdão (clemência), mas sim aqueles que não as têm, mas despertam no coélegiado popular o sentimento de merecimento de indulgência, pelo sentido de equidade, da justificativa moral, filosófica ou religiosa para adoção da conduta incriminada, apesar de antijurídica.

[...]

Se assim não fosse, não haveria sentido na obrigatoriedade do quesito genérico quando a única tese defensiva fosse a negativa de autoria e respondidos afirmativamente à quesitação acerca da materialidade e autoria delitivas. Contudo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, ainda que a única tese defensiva seja a negativa de autoria, obrigatória a formulação do quesito previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, situação a confirmar que a quesitação genérica de absolvição pode ser realizada por qualquer argumento jurídico ou extrajurídico, amparado nos autos, sem respaldo em provas dos autos ou até mesmo em contrariedade a elas, como forma de concretização do sistema da íntima convicção dos jurados.

Como forma de confirmar a possibilidade de absolvição por qualquer argumento extrajurídico na quesitação genérica, imaginemos uma situação em que o réu é confesso quanto à prática do fato típico, ilícito e culpável a si imputado, e sua defesa técnica não tenha ventilado nenhuma tese contrária a tais elementos, limitando-se a sustentar a incidência de causas de diminuição de pena. Ainda assim será obrigatória a formulação do quesito genérico, e os jurados - ainda que não haja nenhuma outra prova contrária ao reconhecimento da materialidade, da autoria do delito, à confissão do réu - poderão responder ao quesito como melhor lhe aprouverem.

E, tendo os jurados proferido decisão absolutória, ainda que não encontre esta nenhum respaldo em elemento probatório dos autos, inviável recurso de apelação por contrariedade manifesta, pois tal providência jurídica implicaria violação frontal da soberania dos veredictos e, principalmente, à íntima convicção dos jurados, até mesmo porque, não conhecedor das razões do decreto absolutório, o Tribunal *ad quem* estaria, por via reflexa, tentado adentrar as razões meritórias de

convicção do Conselho de Sentença, criando, como bem ponderado pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, em seu voto-vista “um paradoxo insuperável de, por um lado, autorizar a absolvição direta e sem motivação, e, por outro, permitir o reexame da deliberação porque não suportada no conjunto probatório”.

Nos termos do art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, caberá recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. São objeto de provas as afirmações acerca de um fato que interesse à solução do processo. “O objeto de prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial” (LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 582).

Assim, para que seja possível a interposição do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso EI, alínea “d”, do Código de Processo Penal, necessária que a decisão proferida pelos jurados seja contrária às prova dos autos. Contudo, como já ressaltado acima, especificamente quanto à quesitação genérica do art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, o *decisum* absolutório proferido pelo Conselho de Sentença não está atrelado aos elementos probatórios constantes dos autos.

De fato, reitero que nem sempre o juízo de absolvição terá como amparo fatos, podendo ser respaldado, como já explanado anteriormente, em razões de convicção íntima, subjetiva, de equidade, justiça, clemência, e, não se referindo a fatos, não se refere, consequentemente, a provas, e, não se referindo a provas, não há que se falar em julgamento contrário às provas dos autos. Portanto, inviável a interposição do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, porque nele não encontra amparo legal.

Referido entendimento não viola o direito ao recurso ou ao princípio do duplo grau de jurisdição que, independentemente dos questionamentos acerca de sua previsão constitucional implícita, deve guardar compatibilidade com as garantias previstas no art. 5º, inciso XXXV in, alíneas “a” (plenitude de defesa), “b” (sigilo das votações) e “c” (soberania dos veredictos), da Constituição Federal.

De igual forma, a utilização da via recursal deve guardar observância à disciplina dos próprios arts. 483, inciso EI, e 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, ainda que, para tanto, possa sofrer limitações quanto às hipóteses de interposição, já que sua interposição requer uma interpretação sistemática de toda a conjuntura processual e, principalmente, das garantias do Júri Popular.

Por relevante, consigno que persistem as hipóteses de interposição do recurso de apelação com fulcro no art. 593, inciso m, alínea “d”, do Código de Processo Penal. De fato, para a prolação de um decreto condenatório, nas respostas aos quesitos da materialidade e autoria delitivas, causas de diminuição e de aumento, bem como para o reconhecimento de qualificação as, a decisão dos jurados deverá encontrar guarida nas provas dos autos, já que estas se

referem, obrigatoriamente, a fatos e estes sim são objeto de prova no processo criminal, razão pela qual, encontrando-se divergências entre elas, possível será a interposição de apelação nos termos do art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal.

Situação diversa se verifica na hipótese de absolvição decorrente do quesito genérico, no qual o jurado está livre para absolver em razão de fatos ou de qualquer outro fundamento, até mesmo de ordem puramente subjetiva, extraprocessual, não estando vinculado a qualquer tese jurídica. Decidindo pelo sistema da íntima convicção, inviável o conhecimento acerca da *ratio decidendi* do decreto absolutório, se em razão dos fatos ou por mero sentimentalismo, razão que impede a interposição do recurso de apelação nos termos do art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, neste pormenor, sob pena de malferição ao sistema da íntima convicção, da plenitude de defesa e da soberania dos veredictos.

Ademais, o comando normativo do art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal, no sentido de que somente será formulado o quesito genérico da absolvição quando respondidos afirmativamente aos quesitos descritos nos incisos I (materialidade) e II (autoria delitiva), uma vez que, do contrário, já restará o réu absolvido, demonstra que não há contrariedade no reconhecimento pelos jurados quanto à materialidade e autoria do crime e posterior absolvição no quesito genérico, porquanto, neste quesito, os jurados não negam nenhum fato comprovado e não afirmam fatos cuja ocorrência não ficou demonstrada, mas apenas limitam-se a responder sem vinculação a qualquer fato ou tese jurídica, se o réu deve ou não ser absolvido.

Em caso de absolvição, não pode a decisão ser tida como contrária às provas dos autos, por não ser possível se perquirir se os jurados absolveram-no pelas provas ou teses jurídicas expostas ou por causas supralegais, humanitárias, clemência, etc., o que somente seria possível se o Tribunal *ad quem* pudesse, com convicção, saber se a motivação da absolvição era decorrente de fatos ou não, o que, contudo, não se mostra juridicamente possível diante do sistema da íntima convicção pelas quais as razões subjacentes à decisão são desconhecidas e assim devem ser mantidas.

Não sendo possível se perquirir acerca da contrariedade manifesta às provas dos autos, a decisão absolutória dos jurados fundada no quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, não está sujeita ao recurso de apelação descrito no art. 593, inciso III, alínea "d", do mesmo Diploma Processual, ocorrendo, portanto, uma limitação, mas não exclusão, do direito de recurso neste pormenor, nos termos já acima expostos, compatibilizando-se as garantias do Júri Popular previstas na Constituição Federal com o direito de recurso - art. 5º, LV, da CF -, em observância aos princípios da unidade da Constituição e da convivência das liberdades públicas.

No caso dos autos, constata-se da ata de julgamento que a defesa pugnou pela absolvição do acusado pela negativa de autoria ou pela aplicação do princípio

do em dúvida pro reo (e-STJ fl. 25). Os jurados responderam afirmativamente aos quesitos da autoria e da materialidade e votaram, igualmente, de forma positiva ao quesito da absolvição, demonstrando, assim, que a despeito do reconhecimento da materialidade e de autoria delitivas, formaram sua convicção pela absolvição do paciente, por razões de clemência – perdão (e-STJ fl. 39).

Nada obstante, considerou o Tribunal de origem que “a materialidade do delito está comprovada, através do Auto de Exame Cadavérico, que se encontra às fls. 17. A autoria é indicada pela oitiva de testemunhas, apesar do denunciado ter exercido o direito de permanecer em silêncio, fls. 480. (...) Assim, há, no vertente, causa que remeta a novo Júri, em tendo sido o julgamento absolutório, manifestamente contrário à prova dos autos” (e-STJ fls. 45/48).

Contudo, a absolvição, na hipótese, não se refere a qualquer elemento probatório acostado aos autos, mas, ao contrário, encontra amparo em razões de foro íntimo, de indulgência e, como acima ressaltado, tais motivações não se referem a fatos e, conseqüentemente, não se reportam às provas dos autos. Por conseguinte, não enseja interposição do recurso de apelação com fulcro no art. 593, inciso DI, alínea “d”, do Código de Processo Penal, por não se verificar contrariedade manifesta aos elementos probatórios dos autos, porque a eles não se refere.

Portanto, não se conseguindo perquirir se o decreto absolutório proferido pelos jurados se refere às provas dos autos ou a razões de foro íntimo, inviável a interposição do recurso de apelação por contrariedade manifesta aos elementos probatórios presentes no processo criminal, sob pena de violação da soberania dos veredictos, da plenitude de defesa e do sistema da íntima convicção do julgamento proferido pelo Conselho de Sentença.

Ante o exposto, não conheço do mandamos. Porém, concedo ordem de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri de Seropédica nos autos da Ação Penal n. 2007.077.002626-9.

Assim, pedindo vênias aos que pensam de forma diferente e adotando na íntegra as razões do Eminentíssimo Relator, *não conheço* da ordem, contudo, *concedo* a ordem, de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri de Seropédica nos autos da Ação Penal n. 2007.077.002626-9.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.096-DF (2010/0043282-0)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Impetrante: Everton dos Santos Carvalho
Advogados: Marisa Rodrigues de Almeida - RN003419
 Thais Nogueira Iahnig - SC025472
 Eduardo Pedro Nostrani Simão - SC041088
Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Policial Rodoviário Federal. Processo administrativo disciplinar. Formação insuficiente do conjunto probatório. Requerimento de produção de provas. Indeferimento pela Comissão Processante. Fundamentação inidônea. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Pena de demissão aplicada baseada na declaração pessoal e no depoimento das testemunhas de acusação. Princípio da proporcionalidade não observado. Precedentes desta Corte. Segurança concedida.

1. Hipótese em que ao impetrante foi aplicada a penalidade de demissão, em virtude do cometimento de infração disciplinar, consistente em suposto pedido de propina para não lavrar auto de infração de trânsito.

2. A pena de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar deve encontrar fundamento em provas convincentes que demonstrem a prática da infração pelo acusado, razão pela qual a falta administrativa deve ser comprovada de maneira cabal e indubitável (RMS 19.498/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 23/02/2010).

3. No caso em apreço, verifica-se que a Comissão Processante concluiu pela ocorrência da conduta ilícita do impetrante, baseada apenas no depoimento da vítima, de seus irmãos e amigo, todas suas testemunhas. Lado outro, a referida comissão indeferiu os requerimentos pleiteados pela defesa, seja de ouvida de testemunha, seja na obtenção de prova material (esclarecimentos do Núcleo de Multas e Penalidades a respeito dos Autos de Infração realizados no dia dos fatos e a cópia do auto de infração), sob o fundamento de que os sucessivos pedidos e adiamentos poderiam levar a uma iminente prescrição da pretensão punitiva.

4. A imposição da sanção máxima no serviço público fundamentada em prova isolada – declaração pessoal e depoimento das testemunhas de acusação – sem nenhuma prova documental, mostra-se desarrazoada e vicia a própria motivação do ato administrativo, sendo, portanto, passível de anulação.

5. Além disso, a apenação aplicada foi desmesurada, não pelo valor supostamente recebido a título de propina (R\$ 65,00), mas sim diante do insuficiente acervo probante exposto nos autos, que não formou evidência convincente, em face da pena imposta. Portanto, restam comprometidas a razoabilidade e proporcionalidade da referida sanção administrativa. Precedentes.

6. Cabe à Comissão Processante assegurar ao acusado ampla defesa, com a utilização de meios e recursos admitidos no direito, objetivando coletar provas de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

7. A imputação feita ao impetrante foi de solicitação e recebimento de propina no valor de R\$ 65,00, para se furtar da obrigação funcional e legal de autuar o depoente, por não portar habilitação para conduzir veículo automotor. Todavia, mostra-se controvertido se efetivamente o impetrante teria obtido proveito pessoal que denotasse a ocorrência da conduta ilícita (improbidade administrativa e corrupção passiva), uma vez que houve a lavratura do auto de infração.

8. No caso em exame, evidencia-se a ocorrência de cerceamento de defesa na recusa da Comissão Processante em não apurar se todos os autos de infração emitidos no dia 7/5/2003 foram devidamente enviados e processados no Núcleo de Multas e Penalidades da Polícia Rodoviária Federal, ou se apenas os autos emitidos pelo acusado não tiveram o correto trâmite procedimental, visto que o impetrante apresentou a 2ª via do auto de infração por ele emitido, sendo que, em nosso ordenamento jurídico, presume-se a boa-fé.

9. Cumpre à Administração Pública, que formula a acusação, provar o que alega para a correta motivação do ato demissório, pois exigir do impetrante prova de fato negativo, ou seja, de que não forjou o auto de infração para escapar de eventual penalidade, é impor o ônus da prova que não lhe cabe.

10. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz, Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

A Dra. Marisa Rodrigues de Almeida sustentou oralmente pela parte impetrante.

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

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 18.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Everton dos Santos Carvalho* contra ato praticado pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, consistente na edição da Portaria n. 4.247, de 09.12.2009, que determinou sua demissão do quadro dos servidores públicos da União.

Sustenta o impetrante que o processo administrativo disciplinar dever ser anulado, tendo em vista que: a) a denúncia foi formalizada de forma irregular; b) existem contradições na denúncia e nos depoimentos; c) o denunciante fora tratado como testemunha pela Comissão Processante; d) ocorreu violação ao art. 149 da Lei n. 8.112/90; e) não existem provas a embasar a sanção aplicada; e f) há desproporção entre o fato e a pena proposta.

Aduz, ainda, cerceamento de defesa pelos seguintes motivos: a) falta de sua intimação para audiência; b) a ausência de nomeação de defensor *ad-hoc*; c) ocorrência de intimação por edital quando encontrava-se em estabelecimento hospitalar para tratamento; e d) indeferimento de oitiva de testemunhas.

Requer, assim, a concessão da segurança para que se sejam declarados nulos os atos praticados no processo administrativo disciplinar, bem como a pena de

demissão imposta, com a sua imediata reintegração ao cargo e pagamento dos proventos suspensos.

Liminar indeferida.

Nas informações prestadas, a autoridade coatora assevera a ausência de vícios no trâmite do processo administrativo disciplinar.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem ou, alternativamente, pela conversão da pena demissória em suspensão pelo prazo máximo permitido na Lei n. 8.112/1990.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Conforme relatado, busca-se no presente *mandamus* a nulidade dos atos praticados no processo administrativo disciplinar, bem como a pena de demissão imposta, com a sua imediata reintegração ao cargo e pagamento dos proventos suspensos.

Para o exato deslinde da controvérsia, imprescindível delinear os aspectos factuais que circunstanciarão esta impetração.

Trata-se de Processo Administrativo Disciplinar n. 08.666.003.133/03 instaurado pela Portaria n. 225/2004 (e-STJ, fl. 58), a fim de apurar os fatos e definir responsabilidades dos servidores, Policiais Rodoviários Federais, Everton dos Santos Carvalho e Claudinei José Dutra, no que diz respeito à denúncia formulada pelo senhor Dimas Broering que relata os seguintes fatos:

[...] que no dia 7 de maio de 2003, deslocava-se de sua residência pela BR 101 em direção ao bairro Barreiros, quando na localidade de Palhoça, veio a se envolver em acidente de trânsito registrado sob n. 8/064852, o qual foi atendido pelos policiais rodoviários federais *E. Carvalho* e *Claudinei*. Que na data dos fatos, o primeiro policial constatou que havia uma divergência entre a categoria da sua CNH e o tipo do veículo que conduzia, que foi informado pelo policial que a CNH seria retida e que seria também multado. Que o policial o chamou até o seu veículo (Mitsubishi Pajero) questionando se a “tropa” estaria toda junta (referindo-se às testemunhas) e que não queria todas aquelas pessoas presentes à conversa. Que o declarante perguntou o que iria acontecer ao que o policial respondeu que queria R\$ 100,00 para liberar a CNH e não fazer a multa. Que abriu a sua carteira e mostrou ao policial que só tinha R\$ 20,00, que o policial disse que isso era muito pouco e que o condutor deveria arrumar a quantia com outra pessoa, Que falou

ao policial que iria arranjar o valor com seu irmão e que novamente o policial disse que seriam R\$ 100,00. Que saiu ao encontro do irmão que já estava no local e que este também não tinha dinheiro, Que seu irmão disse que se tivesse a quantia não iria dar para vagabundo. Que conseguiu R\$ 30,00 com uma pessoa identificada como Júnior, R\$ 15,00 com o Tadeu e R\$ 20,00 que estavam em sua carteira. Que entregou o dinheiro ao policial e este disfarçou para que o outro policial não percebesse. Que disse ao policial que 65,00 reais era o máximo que conseguira. Que o policial devolveu a identidade e a CNH dizendo para ficar tranqüilo que não ia acontecer nada. Que pegou seus documentos e foi liberado para ir embora. Que as testemunhas abaixo arroladas presenciaram os fatos (inclusive a entrega dos valores). Que somente fez esta declaração nesta data pois temia represália por parte do policial (e-STJ, fl. 56).

Abertos os trabalhos da Comissão, os acusados foram notificados (e-STJ, fls. 65-66 e 67-68) para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Intimadas as testemunhas para apuração dos fatos, foi colhido o termo de depoimento do senhor *Dimas Broering*, na condição de testemunha.

Finalizada a instrução processual, a Comissão Processante concluiu que o Policial Claudinei José Dutra não cometera qualquer ilícito administrativo ou penal. Contudo, o Policial Everton dos Santos Carvalho foi indiciado por ter, em tese, praticado ilícito administrativo, ao exigir vantagem pecuniária, sob o pretexto de não recolher a CNH e deixar de autuar o denunciante, por estar o mesmo conduzindo veículo incompatível com a categoria constante na sua CNH (e-STJ, fls. 335-346).

Em razão do seu indiciamento, o impetrante requereu a prorrogação do prazo para defesa, bem como a oitiva do Chefe de Equipe, responsável pela confecção do Livro Diário de apuração no Núcleo de Multas, a fim de apurar se todos os autos extraídos no dia 7.5.2003 foram devidamente cadastrados e processado no sistema (e-STJ, fls. 350-351).

A Comissão Processante indeferiu a ouvida do Chefe de Equipe, além de negar o pedido de apuração no Núcleo de Multas quanto aos Autos de Infração confeccionados no dia 7.5.2003, deferindo apenas a prorrogação do prazo para defesa (e-STJ, fl. 352).

Em novo pedido à Comissão, o ora impetrante requereu a juntada do Livro de Procedimentos Administrativos da PRF; a oitiva do Policial Rodoviário Israel; novas diligências a fim de intimar para depoimento o senhor Maurílio Edemauro Pinho, que à época não foi encontrado; acareação entre as testemunhas Dimas Broering, Jonas Broering, João Tadeu Broering e Osnildo Amorim Júnior, afirmando haver divergências entre as declarações prestadas.

A Comissão Processante, recalcitrante, deferiu parcialmente os pedidos para apenas juntar Cópia da Instrução Normativa/DG n. 02/08; trechos de páginas do Livro de Procedimentos Administrativos, a oitiva do Policial Rodoviário Federal Israel, a intimação do senhor Maurílio Edemauro Pinho. Deixando de deferir a acareação do denunciante e suas testemunhas, afirmando que não existem divergências no depoimento (e-STJ, fls. 357-359). Posteriormente, a Comissão Processante reviu seu ponto de vista e resolver intimar o Policial Rodoviário Federal Martins, Chefe de Equipe, para prestar depoimento.

Logo após, o impetrante, alegando problemas de saúde e que se encontrava em tratamento médico, sem especificar detalhes de sua convalescença, requereu adiamento dos depoimentos marcados (e-STJ, fls. 411-421), o que foi indeferido pela Comissão Processante, por considerá-lo protelatório, que determinou a citação do indiciado por edital, para a apresentação da Defesa Prévia (e-STJ, fl. 422).

Transcorrido o prazo para a apresentação de defesa prévia, a Comissão Processante declarou o indiciado revel e designou defensor dativo (e-STJ, fls. 430, 431 e 432).

Na defesa prévia apresentada, o defensor dativo requereu a oitiva do Chefe de Equipe, esclarecimentos do Núcleo de Multas e Penalidades a respeito dos Autos de Infração realizados no dia dos fatos, a nulidade da citação por edital, a deficiência probatória em desfavor do acusado, a ausência de identificação precisa do acusado, visto que o denunciante não identificou a fisionomia do acusado, e que apenas teria tecidos suas declarações em dissonância com os fatos, bem como alega que a cópia do Auto de Infração é prova de que o indiciado exerceu suas funções conforme determina os procedimentos legais, tanto é que notificou o denunciante, conforme demonstra o Auto de Infração, de forma que a acusação não se sustenta (e-STJ, fls. 433-443).

No Relatório Final, a comissão conclui que a confecção do Auto de Infração n. B03.621.517-1 foi fraudulenta, solicitando abertura de processo administrativo disciplinar para apurar os fatos, remessa dos autos à Secretaria da Receita Federal, ao Ministério Público Federal, sem, contudo, ter tomado os depoimentos do Chefe de Equipe, do Policial Rodoviário Federal Israel e da testemunha Maurílio Edemauro Pinho, anteriormente intimadas (e-STJ, fls. 447-508).

Diante desse quadro fático, entendo que razão assiste ao impetrante.

O art. 5º da Constituição Federal estabelece que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Já a Lei n. 9.784/1999 dispõe que:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

[...]

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

[...]

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Lado outro, quanto ao tema em análise, a Lei n. 8.112/1990 prevê que:

Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.

[...]

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

[...]

Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

[...]

Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.

Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

[...]

Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.

§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.

§ 2º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á à acareação entre os depoentes.

[...]

Art. 160. Quando houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado, a comissão proporá à autoridade competente que ele seja submetido a exame por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra.

[...]

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo. (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10.12.97)

§ 1º O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.

§ 2º A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV.

Art. 170. Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.

Da análise percuciente dos autos, verifica-se que a Comissão Processante basicamente se baseou em provas testemunhais, sem contudo, buscar elementos outros que poderiam fundamentar os depoimentos colhidos. Pelo contrário, a Comissão responsável se mostrou recalcitrante em deferir diligências para a produção de provas materiais aptas a servir de fundamento à pena imposta.

No relatório final da Comissão Processante às fls. 484-487 (e-STJ), destacou-se que Dimas Broering (denunciante), Jonas José Broering, João Tadeu Broering, irmãos do denunciante, e Osnildo Amorim Júnior, colega de longa data do denunciante, são uníssonos na afirmação de que o Policial Rodoviário Federal Everton dos Santos Carvalho teria exigido certa quantia em dinheiro para que não emitisse Auto de Infração ao denunciante, por supostamente não possuir habilitação veicular com categoria para dirigir o veículo envolvido no acidente (e-STJ, fls. 484-490).

Contudo, a falta administrativa deve ser comprovada de maneira cabal e indubitável. Ora, a pena de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar deve encontrar fundamento em provas convincentes que demonstrem a prática da infração pelo acusado. (RMS 19.498/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 23/02/2010).

No caso em apreço, verifica-se que a Comissão Processante concluiu pela ocorrência da conduta ilícita do impetrante, baseada apenas no depoimento da vítima, de seus irmãos e amigo, todas suas testemunhas. Lado outro, a referida comissão indeferiu os requerimentos pleiteados pela defesa, seja de ouvida de testemunha, seja na obtenção de prova material (esclarecimentos do Núcleo de Multas e Penalidades a respeito dos Autos de Infração realizados no dia dos fatos e a cópia do auto de infração), sob o fundamento de que os sucessivos pedidos e adiamentos poderiam levar a uma iminente prescrição da pretensão punitiva (e-STJ, fl. 1.111).

Assim, a imposição da sanção máxima no serviço público fundamentada em prova isolada, qual seja, declaração pessoal e testemunhas de acusação e sem nenhuma prova documental, mostra-se desarrazoada e vicia a própria motivação do ato administrativo, sendo, portanto, passível de anulação.

Além disso, entendo que a apenação aplicada foi desmesurada, não pelo valor supostamente recebido a título de propina, mas sim diante do insuficiente acervo probante exposto nos autos, que não formou evidência convincente, em face da pena imposta. Portanto, restam comprometidas a razoabilidade e proporcionalidade da referida sanção administrativa.

A corroborar tal entendimento, os seguintes julgados desta Terceira Seção:

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público aposentado. Cassação de aposentadoria. Infrações previstas nos incisos I e II do art. 116 e no inciso IX do art. 117, ambos da Lei n. 8.112/1990. Inexistência de provas. Falhas técnicas. Desproporcionalidade da pena aplicada.

1. A Comissão processante não apurou se as ações praticadas pelo impetrante lhe favoreceram ou favoreceram terceiros.

2. A aplicação das penalidades – tanto na esfera administrativa quanto na penal – deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização das penas.

3. A pena aplicada não pode ultrapassar em espécie ou quantidade o limite de culpabilidade do autor.

4. A cassação da aposentadoria é pena extrema, devendo ser aplicada somente nas hipóteses em que não exista dúvida sobre a autoria, materialidade e culpabilidade do autor.

5. Segurança concedida. (MS 15.097/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/06/2012).

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Inexistência de prova da prática da infração disciplinar. Princípio da proporcionalidade inobservado. Segurança concedida.

1. Nos termos do parágrafo único do art. 168 da Lei n. 8.112/90, “quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade”.

2. Hipótese na qual a comissão processante sugeriu que à impetrante, por transgressão aos deveres funcionais previstos no art. 116, incisos I (exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo), II (ser leal às instituições a que servir) e III (observar as normas legais e regulamentares), da Lei n. 8.112/90, fosse aplicada a pena de suspensão por sessenta dias.

3. Conclusão diversa da autoridade impetrada assentada, apenas e tão somente, na ausência de recolhimento da contribuição previdenciária em período no qual, por algum motivo (não se sabe qual), a impetrante considerou existente para fins de concessão de benefício previdenciário.

4. Ausência de prova de que a impetrante agiu com o deliberado intuito de obter proveito em benefício próprio ou de terceiro, com infringência ao art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

5. Existência de prova do restabelecimento administrativo dos benefícios previdenciários, além da efetiva constatação, pela comissão processante, de que havia sobrecarga de serviço, falta de servidores, precárias condições de trabalho, falta de treinamento e preparação dos servidores para o desempenho de suas atribuições e constantes problemas nos sistemas informatizados, que realmente colaboraram sobremaneira para as irregularidades nas concessões de aposentadorias.

6. Inexistindo prova inequívoca de que a impetrante se valeu do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, a ela não pode ser aplicada a pena de demissão, que se mostra desproporcional para um ato de desídia (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90).

7. Retroação dos efeitos funcionais à data do ato de demissão do serviço público, com efeitos financeiros a partir da impetração (Súmulas n. 269 e 271 do STF).

8. Segurança concedida. (MS 12.955/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 19/05/2015).

Ademais, a imputação feita ao impetrante foi de solicitação e recebimento de propina no valor de R\$ 65,00, para se furta da obrigação funcional e legal de autuar o depoente, por não portar habilitação para conduzir veículo automotor. Todavia, mostra-se controvertido se efetivamente o impetrante teria obtido proveito pessoal que denotasse a ocorrência da conduta ilícita (improbidade administrativa e corrupção passiva), uma vez que houve a lavratura do auto de infração.

No caso em exame, o impetrante e o Policial Rodoviário Federal Claudinei José Dutra são uníssonos ao afirmar que cada Auto de Infração é destacado e entregue ao Chefe de Equipe e relacionadas no livro de Parte Diária (e-STJ, fls. 332 e 330, respectivamente).

O impetrante então requereu a ouvida de testemunhas, que mesmo sendo deferidos pela Comissão Processante, inclusive com mandados de intimação exarados, não se realizaram, com a escusa de que “se tal auto de infração não existiu, por que trazer a luz processual documentos e testemunhas que nada acrescentariam a elucidação dos fatos” (e-STJ, fl. 498).

Caberia à Comissão Processante assegurar ao acusado ampla defesa, com a utilização de meios e recursos admitidos no direito, objetivando coletar provas de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Como bem pontuou o douto parecer ministerial “Somente com a oitiva das testemunhas arroladas pelo impetrante, poderia desaparecer a presunção da

dúvida com referência à alegada conduta criminosa do agente, contudo, disso não desincumbiu-se a comissão do procedimento administrativo disciplinar, deixando a prova carente de uma certeza para embasar o ato demissório” (e-STJ, fl. 1.136).

A propósito, o seguinte julgado:

Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Produção de prova oral requerida pelos investigados. Recusa pela Comissão Processante. Fundamentação insuficiente. Cerceamento de defesa configurado.

1. Conforme entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no processo administrativo disciplinar, o presidente da comissão deve fundamentar adequadamente a rejeição de pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo servidor (art. 156, § 1º, da Lei 8.112/90), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

2. A insuficiente fundamentação da recusa ao pleito dos impetrantes de oitiva de duas testemunhas, incluindo uma presencial, configura cerceamento de defesa, o que importa na declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar desde tal ato.

3. Segurança concedida. (MS 13.247/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 22/11/2010).

Desse modo, verifica-se a ocorrência de cerceamento de defesa na recusa da Comissão Processante em não apurar se todos os autos de infração emitidos no dia 7/5/2003 foram devidamente enviados e processados no Núcleo de Multas e Penalidades da Polícia Rodoviária Federal, ou se apenas os autos emitidos pelo acusado não tiveram o correto trâmite procedimental, visto que o impetrante apresentou a 2ª via do auto de infração por ele emitido, sendo que, em nosso ordenamento jurídico, presume-se a boa-fé.

De fato, cumpre à Administração Pública, que formula a acusação, provar o que alega para a correta motivação do ato demissório, pois exigir do impetrante prova de fato negativo, ou seja, de que não forjou o auto de infração para escapar de eventual penalidade, é impor o ônus da prova que não lhe cabe.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para declarar a nulidade do processo administrativo disciplinar a partir do ato que indeferiu os pedidos formulados na defesa prévia e, conseqüentemente, anular a Portaria 4.247 de 9/12/2009, do Ministro de Estado da Justiça, a fim de anular o decreto demissório do impetrante do cargo de Policial Rodoviário Federal. Em conseqüência, *determino*

sua imediata reintegração ao cargo, devendo os efeitos financeiros da ação mandamental, e demais vantagens, inclusive o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais, retroagirem à data da publicação do ato de demissão.

Custas na forma da lei. Sem honorários, em face da Súmula 105/STJ e da Súmula 512/STF.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.710.674-MG (2017/0306192-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Aiedicson Osorio Carvalho Santos

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso especial. Proposta de julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Execução penal. Determinação de cumprimento de pena em prisão domiciliar, quando inexistente vaga no regime de cumprimento de pena adequado ao executado ou estabelecimento prisional compatível com o previsto em lei. Inexistência de violação do art. 117 da Lei de Execuções Penais. Aplicação do novo entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320/RS.

1. *Recurso representativo de controvérsia*, para atender ao disposto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e na Resolução STJ n. 8/2008.

2. *Delimitação da controvérsia*: “(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS”.

3. *Tese*: A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não

autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE n. 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto.

4. Ao examinar a questão do cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de não existir vaga em estabelecimento adequado ao regime em que está efetivamente enquadrado o reeducando, por ocasião do julgamento do RE 641.320/RS, o Supremo Tribunal Federal assentou que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso” e que “Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”)”.

Concluiu, ainda, que, na ausência de vagas ou estabelecimento prisional adequado na localidade, o julgador deve buscar aplicar as seguintes alternativas, em ordem de preferência: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

Observou, entretanto, que, até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado e que a adoção de uma solução alternativa não é um direito do condenado.

5. Somente se considera a utilização da prisão domiciliar pouco efetiva, como alternativa à ausência de vagas no regime adequado,

quando ela restringe totalmente o direito do executado de deixar a residência, não permitindo, assim, o exercício de trabalho externo, ou quando, estando o reeducando no regime aberto, a prisão domiciliar puder ser substituída pelo cumprimento de penas alternativas e/ou estudo.

Não há óbices à concessão de prisão domiciliar com monitoração eletrônica ao sentenciado em regime semiaberto, quando não há vagas no regime específico ou quando não há estabelecimento prisional adequado ou similar na localidade em que cumpre pena.

6. Não há ilegalidade na imposição da prisão domiciliar, mesmo a pura e simples em que o executado não tem direito de deixar a residência em momento algum, em hipóteses não elencadas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, máxime quando não houver vagas suficientes para acomodar o preso no regime de cumprimento de pena adequado, tampouco estabelecimento prisional similar, e não for possível, no caso concreto, a aplicação de uma das hipóteses propostas no RE n. 641.320/RS.

7. *Caso concreto*: Situação em que o reeducando cumpria pena em regime semiaberto e obtivera, do Tribunal de Justiça, o direito de cumpri-la em prisão domiciliar, nas condições a serem fixadas pelo Juízo da execução. Entretanto, após a afetação do presente recurso especial, obteve progressão de regime para o aberto e, atualmente, cumpre pena em prisão domiciliar na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte, além de cumprir outras restrições.

8. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais provido, em parte, apenas para determinar ao Juízo da Execução que examine a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida pelo executado, no regime aberto, em pena restritiva de direitos ou estudo, em atenção ao entendimento exarado no RE 641.320/RS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, fixando a seguinte tese: “A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE n. 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto”, 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 julgavam prejudicado o recurso especial. Votaram vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

O Dr. Adilson de Oliveira Nascimento (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrente.

A Dra. Alessa Pagan Veiga (Defensora Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrida.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 3.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, fundado na alínea

“a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local que deu provimento ao agravo em execução penal da defesa, para reconhecer o direito do detento de cumprir sua pena em prisão domiciliar, até que seja disponibilizada vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

A ementa do acórdão recorrido é a seguinte (e-STJ fl. 51):

Agravo em execução penal. Regime semiaberto. Prisão domiciliar. Ausência de estabelecimento prisional adequado. Excepcionalidade da medida. Súmula 56 STF. Recurso provido.

Nos termos da súmula vinculante n. 56 do STF, a ausência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional não autoriza a manutenção do condenado em regime mais gravoso, sendo excepcionalmente permitida a prisão domiciliar. Precedentes RE 641.320.V.V. 1. As hipóteses de prisão domiciliar, elencadas no art. 117 da Lei de Execução Penal, são taxativas, e, não estando o sentenciado inserido em nenhuma nelas, inviável a concessão de tal benefício.

(Agravo em Execução Penal n. 1.0433.16.016719-6/001 ou n. 0051766-65.2017.8.13.0000, Rel. Desembargador Júlio César Lorens, 5ª Câmara Criminal do TJ/MG, maioria, julgado em 28/09/2017, DJ de 03/04/2017)

Interpostos embargos de declaração pelo MP-MG, foram rejeitados (e-STJ fls. 72/80).

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF, o *Parquet* estadual aponta violação dos artigos 112, 113, 114 e 117 da LEP e do artigo 35 do CP.

Argumenta, em síntese, que “O Tribunal mineiro, embora reconheça, expressamente, que o caso em análise não encontra guarida nas hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal, entendeu, ainda, por relativizar a referida norma legal em razão de ausência de vaga em estabelecimento penal adequado para o regime semiaberto, mantendo a concessão da prisão domiciliar ao apenado em cumprimento de pena no regime semiaberto” (e-STJ fl. 95). Teria, assim, desconsiderado o entendimento desta Corte Superior que somente admite a concessão de prisão domiciliar nas hipóteses previstas em lei. Faz alusão, no ponto, ao AgRg no HC 234.583/RS, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014.

Aduz que não foram observados os parâmetros fixados no RE 641.320/RS, que deu origem à súmula vinculante n. 56 segundo a qual “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado

em regime prisional mais gravoso, devendo- se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Tais parâmetros são os seguintes: verificar “a possibilidade da saída antecipada de condenado no regime com falta de vagas; da concessão da liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas, e, por último, do cumprimento de penas restritivas de direito e/ou de estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto” (e-STJ fl. 97).

Defende, assim, que “A prisão domiciliar não é um direito público subjetivo do réu a ser concedido de imediato. Ela pode até vir a ocorrer, mas há necessidade, primeiramente, de cumprir o escalonamento alhures mencionado, a que se refere a súmula vinculante” (e-STJ fl. 98).

Pede, portanto, o MPMG o provimento do recurso especial *para que seja cassada a decisão que concedeu a prisão domiciliar ao condenado o benefício da prisão domiciliar, sem a observância dos critérios legais e dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS, e hipóteses autorizadoras do art. 117 da LEP.*

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 105/110), o recurso especial foi admitido como representativo de controvérsia, por decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (e-STJ fl. 112).

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, este opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 124/131), em parecer assim ementado:

Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, que aponta violação aos arts. 112, 113, 114 e 117, da LEP e 35, do Código Penal.

Matéria devidamente prequestionada e que não demanda a análise fático-probatória, tendo sido preenchidos os pressupostos de admissibilidade para o conhecimento do recurso.

Impossibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ante a possibilidade de afetação do tema, delimitada a questão de direito a definir “(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE

641.320/RS” (e- STJ fl. 231/234), determinou, após manifestação do Ministério Público Federal, a distribuição do recurso.

Em sessão de julgamento de 10/04/2018, a Terceira Seção desta Corte deliberou afetar o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) e suspender o processamento de todos os recursos especiais e agravos em recurso especial, que versem acerca da questão delimitada e que tramitem no território nacional, em acórdão assim ementado:

Recurso especial. Proposta de julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Execução penal. Prisão domiciliar ante a inexistência de vaga no estabelecimento compatível com o regime imposto. Aplicação do novo entendimento do STF adotado em sede de repercussão geral (RE 641.320/RS).

1. Delimitação da controvérsia: “(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS”.

2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.

(ProAfR no REsp 1.710.674/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 10/04/2018, DJe 23/04/2018)

Sendo desnecessárias, no caso concreto, outras informações do Tribunal de origem, foi ouvido novamente o Ministério Público Federal, em atenção ao disposto no art. 256-M do Regimento Interno do STJ, que se manifestou (e-STJ fls. 163/171) pelo provimento do especial em parecer assim ementado:

Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, que aponta violação aos arts. 112, 113, 114 e 117, da LEP e 35, do Código Penal. Execução penal. Regime semiaberto. Ausência de estabelecimento prisional adequado. Prisão domiciliar.

Excepcionalidade da medida. Súmula 56 do STF.

Matéria devidamente prequestionada e que não demanda a análise fático-probatória, tendo sido preenchidos os pressupostos de admissibilidade para o conhecimento do recurso.

Parecer pelo provimento do recurso com a fixação da seguinte tese a ser aplicada nos casos repetitivos: a ausência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata da prisão domiciliar, portanto, nos termos da Súmula Vinculante n. 56 do STF, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE 641.320/RS.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

Converti o feito em diligência para solicitar informações do Juízo da execução a respeito do atual andamento do cumprimento da pena pelo executado.

Em resposta, o Juízo de Direito da Vara de Execuções Criminais e do Tribunal do Júri da Comarca de Montes Claros informou que “O paciente foi progredido ao regime aberto, com concessão de prisão domiciliar no dia 30/05/2018” (e-STJ fl. 180), mediante condições (ver decisão às fls. 228/229) que não incluem o uso de tornozeleira eletrônica.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Questiona-se, nos autos, se a concessão de prisão domiciliar ao detento (sem tornozeleira eletrônica), diante da ausência de vagas e/ou de estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena em determinado regime, como primeira opção, obedece aos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 641.320/RS, sob o rito da repercussão geral.

Dos requisitos de admissibilidade do recurso especial

Como já se mencionou no julgado que deliberou sobre a afetação do presente recurso, a matéria em questão é exclusivamente de direito, estando devidamente preenchidos os requisitos de admissibilidade do especial.

Mesmo levando-se em conta a recém progressão do executado para o regime aberto (cf. informação do Juízo da Vara de Execuções Criminais e do Tribunal do Júri da Comarca de Montes Claros às fls. 228/229 – execução de pena n. 0167196-61.2016.8.13.0433), tenho que não deixou de haver interesse no julgamento do recurso, posto que, mesmo no regime aberto, ante a ausência de Casa de Albergado na Comarca, o reeducando foi posto em prisão domiciliar, na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte.

Foi determinado ainda que o reeducando cumprisse as seguintes condições:

4) comparecer ao PRESP mensalmente para justificar suas atividades, no período compreendido entre os dias 20 a 30 de cada mês, quando será colhida sua assinatura em termo próprio.

5) não fazer uso de bebida alcoólica e de drogas, e não frequentar bares, restaurantes, boates e casas noturnas, nem se envolver em ocorrências policiais;

6) comunicar a secretaria desta vara eventual mudança de endereço residencial e de trabalho;

7) não se ausentar desta comarca sem autorização deste Juízo;

4) comparecer ao PRESP mensalmente para justificar suas atividades, no período compreendido entre os dias 20 a 30 de cada mês, quando será colhida sua assinatura em termo próprio.

5) não fazer uso de bebida alcoólica e de drogas, e não frequentar bares, restaurantes, boates e casas noturnas, nem se envolver em ocorrências policiais;

6) comunicar a secretaria desta vara eventual mudança de endereço residencial e de trabalho;

7) não se ausentar desta comarca sem autorização deste Juízo;

A propósito, recorde-se que o MPMG pede o provimento do recurso especial para que seja superada a decisão *que concedeu a prisão domiciliar ao condenado o benefício da prisão domiciliar, sem a observância dos critérios legais e dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS, e hipóteses autorizadoras do art. 117 da LEP*.

Remanesce, assim, no meu entender, o interesse recursal na discussão do tema.

Do mérito

Do exame da questão efetuada pelo Supremo Tribunal Federal

Ao examinar a questão do cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de não existir vaga em estabelecimento adequado ao regime em que está efetivamente enquadrado o reeducando, no julgamento do RE 641.320/RS, o Supremo Tribunal Federal assentou que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”.

Concluiu, ainda, que, diante de tais situações, o julgador deveria buscar aplicar as seguintes alternativas, em ordem de preferência: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente

monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. *Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.*

A ementa do acórdão em questão está assim redigida:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia.

2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.

4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da

gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.

6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal.

7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94.

8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

(RE 641.320, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-159 divulgado 29/07/2016 public 01/08/2016)

Em voto no qual examina em detalhe a situação dos que cumprem pena em regime semiaberto e aberto no Brasil, com base em estatísticas do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça de 2014, que apontam

para a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime aberto em 17 (dezesete) unidades da federal e para um déficit de vagas nos regimes semiaberto e aberto da ordem 210.000 (duzentas e dez mil) vagas – cerca do triplo das vagas atualmente existentes (são 74.248), o Relator, Min. *Gilmar Mendes*, estabelece como premissa que o sentenciado não pode ser mantido em regime mais gravoso do que tem direito e propõe o seguinte enunciado de súmula vinculante:

O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução.

Quando discorre sobre a *prisão domiciliar pura e simples*, seja dizer, aquela que proíbe que o executado deixe a residência em qualquer momento, o Relator pondera ser ela “uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia”. Isso porque, no seu entender, a par das dificuldades que o preso pode vir a ter para providenciar uma casa na qual seja acolhido e para auxiliar no seu sustento, já que as possibilidades de trabalho sem sair do ambiente doméstico são limitadas, há que se levar em conta que, “Em casos de crimes que tenham os membros da família como vítima, pode-se criar nova situação de risco, tornando a pena insuficiente para proteger as vítimas. Por outro lado, os associados para a prática de crimes passam a ter total acesso ao condenado. Eventuais restrições de movimentação não se estendem à comunidade, que não fica proibida de frequentar a casa na qual a pena é cumprida”. Defende, assim, que “a execução da sentença em regime de prisão domiciliar é mais proveitosa se for acompanhada de trabalho”, devendo ser acompanhada de “monitoração eletrônica dos sentenciados, especialmente os do regime semiaberto”, na forma do art. 146-B, II e IV, da Lei 7.210/84. Ressalta, entretanto, o Relator: “**Não descarto sua utilização, até que sejam estruturadas outras medidas, como as que serão propostas neste voto**” (negritei).

Passa, então, a propor as seguintes medidas como possíveis soluções contingenciais para o problema da falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto: (i) saída antecipada; (ii) liberdade eletronicamente monitorada; (iii) penas restritivas de direito e/ou estudo.

Salienta, no entanto, que “A adoção de uma solução alternativa não é um direito do condenado”.

No tocante à *saída antecipada*, esclarece que “O sentenciado do regime semiaberto que tem a saída antecipada pode ser colocado em liberdade

eletronicamente monitorada; o sentenciado do aberto, ter a pena substituída por penas alternativas ou estudo”.

Sugere que “A saída antecipada deve ser deferida ao sentenciado que satisfaz os requisitos subjetivos e está mais próximo de satisfazer o requisito objetivo. Ou seja, aquele que está mais próximo de progredir tem o benefício antecipado. Para selecionar o condenado apto, é indispensável que o julgador tenha ferramentas para verificar qual está mais próximo do tempo de progressão”.

Explicitando seu pensamento sobre a *liberdade eletronicamente monitorada*, aplicável tanto ao regime aberto quanto ao semiaberto, o Relator esclarece que “melhor do que a pura e simples prisão domiciliar, é a liberdade eletronicamente vigiada, ficando o sentenciado obrigado a trabalhar e, se possível, estudar, recolhendo-se ao domicílio nos períodos de folga”.

Reconhece, por outro lado, a existência, na atualidade, de dificuldades para o acompanhamento da medida, de forma que se possa estabelecer rotas e horários nos quais o trânsito do executado será permitido, mas acredita que a evolução tecnológica poderá vir em auxílio do juízo da execução no ponto. Por fim, dissertando sobre as *penas restritivas de direito e/ou estudo*, pondera:

Atualmente, as penas restritivas de direito são aplicáveis apenas de forma autônoma – art. 44 do CP. Não há progressão, no curso da execução penal, de uma pena privativa de liberdade para penas restritivas de direito. No entanto, ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar

De modo geral, não vislumbro boas razões para preferir manter o sentenciado que progride ao regime aberto em prisão domiciliar, em vez de impôr-lhe penas alternativas. Se o sentenciado que já demonstrou ter condições para o regime aberto está disposto a prestar serviços a comunidade, por exemplo, não há razões para mantê-lo preso em casa. As penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade, mesmo em regime aberto. Além disso, as penas alternativas dependem sempre de adesão do sentenciado que, recusando, poderá ser submetido ao encarceramento. Assim, a substituição não é vedada pela reserva de legalidade – art. 5º, XXXIX.

(...)

O estudo dá ensejo à remição da pena (art. 126 da Lei 7.210/84) e torna o sentenciado uma pessoa mais produtiva. Assim, a obrigação de frequentar educação formal regular – ensino fundamental, médio ou superior – pode ser imposta no lugar de uma pena restritiva de direitos.

Por fim, o Relator sumariza assim suas conclusões:

a) A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

b) Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”);

c) Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao

d) Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Importante reiterar que essas medidas não pretendem esgotar as alternativas que podem ser adotadas pelos juízos de execuções penais no intuito de equacionar os problemas de falta de vagas nos regimes adequados ao cumprimento de pena. As peculiaridades de cada região e estabelecimento podem recomendar o desenvolvimento dessas medidas em novas direções.

Tenho por conveniente confiar às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas.

Ao final, propõe a estruturação de centrais de monitoração eletrônica, para acompanhamento da medida, assim como centrais para o acompanhamento do cumprimento de penas restritivas de direito, além do fomento de programas de trabalho e de estudo na prisão, além, é claro do aumento do número de vagas nos regimes aberto e semiaberto.

De todo esse arrazoado, depreende-se, portanto, que o Relator somente considera a utilização da prisão domiciliar pouco efetiva como alternativa à ausência de vagas no regime adequado quando ela restringe totalmente o direito do executado de deixar a residência, não permitindo, assim, o exercício de trabalho externo, ou quando, estando o reeducando no regime aberto, a prisão domiciliar puder ser substituída pelo cumprimento de penas alternativas e/ou estudo.

Conclusão:

Delimitação da controvérsia: “(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS”.

Tese: A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE n. 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto.

Do caso concreto

Depreende-se dos autos que o sentenciado (*Aiedicson Osório Carvalho Santos*) foi condenado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Montes Claros/MG ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, *caput*, e VI, da Lei 11.343/2006. Efetuada a detração da pena preventiva (8 meses e 9 dias), resta a ser cumprido o total de 5 (cinco) anos, (1) um mês e 21 (vinte e um) dias de pena.

Iniciado o efetivo cumprimento da pena, o recorrido, representado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, requereu, em petição datada de 31/10/2006, a concessão de prisão domiciliar, mediante monitoração eletrônica, ao argumento de ausência de estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Às fls. 17/26, consta informação da Diretoria-Geral do Presídio Alvorada em Montes Claros/MG fornecida à Defensoria Pública de Minas Gerais, dando conta de que o presídio foi projetado para comportar 262 (duzentos e sessenta e dois) detentos e acomodava, em 16/08/2016, 412 (quatrocentos e doze), dentre os quais 111 (cento e onze) presos provisórios e 297 (duzentos e noventa e sete) condenados, sendo 273 (duzentos e setenta e três) ao regime semiaberto.

O pedido foi indeferido no primeiro grau de jurisdição (e-STJ fls. 27/30), o que ensejou a interposição de agravo em execução, provido, por maioria, pelo Tribunal Estadual, aos seguintes fundamentos:

Em razão de inexistir na Comarca estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de pena em regime semiaberto, a defesa pleiteou a concessão da prisão domiciliar mediante monitoração eletrônica, tendo tal pleito sido indeferido pelo magistrado primevo (fls. 21/22v).

Inicialmente, é importante consignar que a prisão domiciliar deve ser concedida ao condenado somente quando, cumprindo pena em regime aberto, estiver presente alguma das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal. Também neste sentido dispõe a Súmula 28 deste Tribunal: “o regime albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses estabelecidas na art. 117 da LEP”.

Entretanto, aliando-me ao recente entendimento sumulado pelo e. Supremo Tribunal de Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 641.320, no qual foi reconhecida a repercussão geral entendendo ser possível, em caráter excepcional, a transferência do reeducando a regime prisional mais brando, até que surja a possibilidade de sua transferência ao local adequado, porquanto é vedada a imposição de cumprimento da reprimenda na forma mais penosa que a determinada no édito condenatório.

Ressalte-se, que, em 29/06/2016, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante n. 56, a qual prevê:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320.

(...)

*Feitas tais considerações, imperiosa se torna **a concessão da prisão domiciliar ao agravante, nas condições a serem fixadas pelo juízo da execução, até que seja disponibilizada vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto.***

(e-STJ fls. 53/54 – negritei e grifei.)

Vê-se, assim, que, embora o pedido original da defesa do executado fosse no sentido de que lhe fosse concedida prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais somente decidiu a respeito da possibilidade de concessão de prisão domiciliar, delegando ao Juízo da execução a decisão sobre outras condições de cumprimento da pena, dentre elas o uso de tornozeleira eletrônica.

Sabe-se, no entanto, que, na atualidade, o reeducando obteve progressão de regime para o aberto e cumpre pena em prisão domiciliar na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte, além de cumprir outras restrições.

Aplicado o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320/RS ao caso concreto, tem-se que, muito embora a prisão domiciliar determinada pelo Juízo da execução não tenha restringido totalmente o direito do reeducando de deixar a residência, compelindo-o a ali permanecer apenas no período noturno, nos domingos e feriados, sem monitoração eletrônica, é de se concluir que, antes de determinar que o executado cumpra a pena no regime aberto, em recolhimento domiciliar noturno, deveria ele ter examinado a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida em pena restritiva de direitos ou estudo.

Deve, no entanto, ser reconhecida a legalidade da imposição da prisão domiciliar, mesmo a pura e simples em que o executado não tem direito de deixar a residência em momento algum, em hipóteses não elencadas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, máxime quando não houver vagas suficientes para acomodar o preso no regime de cumprimento de pena adequado, nem tampouco estabelecimento prisional similar, e não for possível, no caso concreto, a aplicação de uma das hipóteses propostas no RE n. 641.320/RS.

No ponto, repita-se: o MPMG pede o provimento do recurso especial para que seja superada a decisão *que concedeu a prisão domiciliar ao condenado o benefício da prisão domiciliar, sem a observância dos critérios legais e dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS, e hipóteses autorizadoras do art. 117 da LEP*. Logo, o acolhimento parcial do pleito é plenamente viável e não constitui julgamento *extra, ultra ou citra petita*.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, apenas para determinar ao Juízo da Execução que examine a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida pelo executado, no regime aberto, em pena restritiva de direitos ou estudo, em atenção ao entendimento exarado no RE 641.320/RS.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com

fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça Mineiro, assim ementado:

Agravo em execução penal. Regime semiaberto. Prisão domiciliar. Ausência de estabelecimento prisional adequado. Excepcionalidade da medida. Súmula 56 STF. Recurso provido. Nos termos da súmula vinculante n. 56 do STF, a ausência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional não autoriza a manutenção do condenado em regime mais gravoso, sendo excepcionalmente permitida a prisão domiciliar. Precedentes RE 641.320.V.V. 1. As hipóteses de prisão domiciliar, elencadas no art. 117 da Lei de Execução Penal, são taxativas, e, não estando o sentenciado inserido em nenhuma delas, inviável a concessão de tal benefício.

Sustenta o recorrente violação dos artigos 112, 113, 114 e 117 da Lei de Execuções Penais e do artigo 35 do Código Penal ao argumento, em suma, de que no caso de ausência de vaga em estabelecimento penal compatível com o regime *semiaberto* de cumprimento de pena é incabível a concessão de prisão domiciliar sem prévia observância dos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320/RS, quais sejam “I) saída antecipada, que consiste em antecipar a saída de sentenciados e que já estão no regime de destino, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir; II) liberdade eletronicamente monitorada; III) penas restritivas de direito e/ou estudo para os condenados em regime aberto”

O recurso especial foi selecionado na origem, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para julgamento sob o rito dos recursos especiais representativos de controvérsia e, na sessão do dia 22 de agosto, o ilustre Ministro Relator deu parcial provimento ao recurso para fixar a tese de que “A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE n. 641.320/RS (...)”

Todavia, verifica-se dos documentos juntados às fls. 180/237 dos autos que, após a interposição do presente recurso especial, o recorrido obteve progressão ao regime *aberto* de cumprimento de pena, com concessão de prisão domiciliar no dia 30/5/2018.

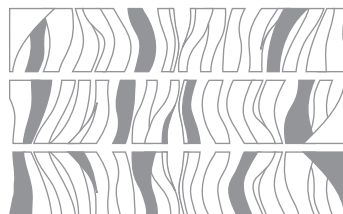
Assim, a questão posta pelo recorrente no presente recurso especial, vale dizer, qual seria a providência cabível no caso de ausência de vaga em estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto, resta de todo

esvaída se o apenado não mais cumpre pena em regime semiaberto, sob pena até mesmo de se incorrer em provimento jurisdicional *ultra petita*.

Com efeito, diante da nova realidade fático-processual dos autos, gize-se, de apenado em cumprimento de pena em regime aberto, resta inafastavelmente prejudicada a pretensão deduzida nas razões recursais referente, tão-somente, ao regime semiaberto de cumprimento de pena.

Ante o exposto, divergindo do ilustre ministro relator, julgo prejudicado o presente recurso especial.

É o voto.



Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 160.901-GO (2010/0016291-1)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Impetrante: Cleber Lopes e outro

Advogado: Cleber Lopes de Oliveira - DF015068

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: J G G P

EMENTA

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Art. 244-A do ECA. Nulidade. *Pas de nullité sans grief*. Violação do sistema acusatório não evidenciada. Absolvição. Atipicidade da conduta. “Cliente eventual” de menor de 18 e maior de 14 anos já inserida na prostituição. Crime anterior à Lei 12.015/2009. Óbice à retroação da lei penal prejudicial ao réu. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na espécie.

3. Com a adoção do sistema condenatório pela Constituição Federal, no qual são divididas as funções de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, surge a necessidade de evitar que um magistrado, já previamente inclinado a condenar ou absolver um réu, por conhecer as minúcias de um caso antes mesmo de a lide ter sido submetida a seu julgamento, possa proferir decisão parcial ou contrária à verdade dos fatos, a qual somente será totalmente esclarecida após a

instrução criminal, onde será garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo réu. Porém, não se pode admitir que o julgador permaneça inerte diante de possível perecimento de prova ou da necessidade de produção de elementos de convicção complementares para o melhor esclarecimento dos fatos controversos.

4. No caso, conquanto seja pouco usual, o fato do Magistrado de 1º grau ter estado presente durante a ouvida das ofendidas no inquérito, *de per se*, não inquina o processo-crime de nulidade, máxime por não ter sido comprovado o dano causado à defesa. Importa destacar que o aludido Juiz não participou ativamente do ato, não tendo interrogado a vítima, ao contrário do que leva a crer a impetração, limitando-se a apontar erros ortográficos nos termos das declarações. Tal circunstância, a toda evidência, não denota quebra da imparcialidade do julgador e do dever de manter a equidistância entre as partes.

5. Se a lei processual autoriza, inclusive, que o julgador, quando provocado, decrete medidas cautelares e a produção probatória durante a fase inquisitorial, desde que evidenciada a necessidade e a urgência de tais diligências, sendo, para tanto, impreterível que ele tome conhecimento dos fatos sob apuração antes mesmo da oferta da denúncia, o que não o impede de julgar o eventual processo-crime, nada permite concluir que a sua presença durante a inquirição das vítimas, como mero observador, sem qualquer papel ativo na colheita do depoimento, possa implicar prejuízo à defesa ou favorecimento à acusação. Nesse passo, não se vislumbra ofensa ao sistema acusatório, pois o julgador não presidiu as investigações ou atuou diretamente na colheita das provas, o que não se admite, sob pena de ressuscitar a vetusta figura do juiz inquisidor, modelo rechaçado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

6. Embora a Constituição Federal tenha estabelecido o princípio da proteção integral do menor (CF, arts. 227, *caput*, *c/c* o 4º), antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu o novel tipo penal do art. 218-B do CP, a conduta do chamado “cliente ocasional” de adolescente maior de 14 anos e menor 18 anos, já submetido a exploração sexual, não era considerada típica, por não se subsumir ao art. 244-A do ECA.

7. O art. 218-B estabeleceu, em seu § 2º, que incorre nas mesmas penas do *caput* “quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo”. *In casu*, porém, percebe-se que as condutas foram perpetradas entre janeiro e abril de 2007, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Nesse contexto, não sendo admissível a retroação da lei penal desfavorável ao réu (CF, art. 5º, XL), impõe-se o reconhecimento da atipidade das condutas descritas na peça acusatória quanto ao ora paciente.

8. Conquanto o paciente tenha realizado pelo menos três “programas” com as adolescentes - condutas manifestamente atentatórias à integridade física, psíquica e moral das menores - importa reconhecer, repita-se, que tal comportamento não se adequa ao verbo “submeter” para fins do art. 244-A do ECA, sendo certo que a novel legislação, que derogou tal dispositivo de lei, trazendo maior repressão à prostituição infanto-juvenil e ao chamado “turismo sexual”, somente entrou em vigor anos após os fatos apurados no processo-crime ora em exame.

9. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade das condutas descritas na peça acusatória e, por consectário, absolver o paciente, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de *J. G. G. P.* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do art. 71 do Código Penal (e-STJ, fls. 37-96).

Da sentença, foi interposta apelação pelo réu, que restou desprovida, sem discrepâncias de votos, nos moldes da seguinte ementa:

Ementa. Apelação criminal. Nulidade. Suspeição. Parcialidade do juiz. Prova ilícita. Inocorrência. Ação pública incondicionada. Prescindibilidade de representação. Poder de investigação do Ministério Público. Exploração sexual. Configuração. Sujeito ativo. Palavras das vítimas. Provas suficientes. Condenação mantida. Confissão espontânea.

1 - O alegado fato de ter o juiz acompanhado diligências realizadas na fase extrajudicial, por si só, não configura qualquer das hipóteses de suspeição tratadas no art. 254, do CPP.

2 - Não se considera ilícita provas obtidas em observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e de acordo com o rito preconizado na lei processual penal.

3 - Segundo inteligência do art. 227, ECA, a ação penal no crime de exploração sexual é de natureza pública incondicionada, logo, processa-se independentemente de representação dos genitores das vítimas.

4 - Ao Ministério Público não é vedado proceder a diligências investigatórias, consoante interpretação sistêmica da CF (art. 129), do CPP (art. 5º) e da Lei Complementar n. 75/93 (art. 8º), sendo-lhe defeso, porém, presidir inquérito policial, o que não é o caso.

5 - No delito previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/90 a conduta típica consiste em submeter, isto é, sujeitar, dominar moralmente criança ou adolescente, levando-a a manter relações sexuais mediante recebimento de vantagens pecuniárias ou de outra natureza.

6 - Pode figurar como sujeito ativo do crime de exploração sexual tanto o agente que alicia criança ou adolescente como o que mantém contato sexual, pois que, agindo dessa maneira, ocasionam graves prejuízos à sua formação moral e psíquica.

7 - As declarações das vítimas, prestadas de forma coerente e equilibrada, associadas a outros elementos jurisdicionalizados, servem de amparo para lastrear a condenação.

8 - Uma vez admitida a autoria do crime e tal confissão tenha servido de substrato para a condenação, impõe-se a redução da pena em razão da referida atenuante.

Apelação improvida (e-STJ, fls. 117-118).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que o Juiz Titular da Vara de Niquelândia estava presente durante a ouvida dos réus na fase policial, o que evidencia a nulidade do feito, pois não é lícito ao julgador participar de produção probatória em sede pré-processual e, posteriormente, julgar o processo-crime, sob pena de violação do sistema acusatório.

Por outro, assevera que a conduta descrita na peça acusatória é atípica, pois o ora paciente foi condenado pela prática do crime do art. 244-A do ECA, conquanto não tenha realizado o núcleo do tipo “submeter” adolescente à prostituição ou exploração sexual.

Alega, para tanto, que o verbo “submeter” não pode ter outro significado senão subjugar, impor, ou, ainda, valer-se das vicissitudes da vítima para delas tirar proveito, ainda que não seja financeiro, não sendo possível expandir o seu alcance para açambarcar a conduta de quem, de maneira ocasional, mantém relação sexual com jovem já introduzida na prostituição, inexistindo crime quando de agente se vale de uma situação preexistente.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que o feito seja anulado por ter o julgador participado da investigação ou, ainda, para que seja reconhecida a atipicidade da conduta, absolvendo-se o réu.

Indeferido pleito de liminar (e-STJ, fl. 218), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 254-259).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Inicialmente, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na espécie.

Com efeito, com a adoção do sistema condenatório pela Constituição Federal, no qual são divididas as funções de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, surge a necessidade de evitar que um magistrado, já previamente inclinado a condenar ou absolver um réu, por conhecer as minúcias de um caso antes mesmo de a lide ter sido submetida a seu julgamento, possa proferir decisão parcial ou contrária à verdade dos fatos, a qual somente será totalmente esclarecida após a instrução criminal, onde será garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo réu. Porém, não se pode admitir que o julgador permaneça inerte diante de possível perecimento de prova ou da necessidade de produção de elementos de convicção complementares para o melhor esclarecimento dos fatos controversos.

No caso, conquanto seja pouco usual, o fato do Magistrado de 1º grau ter estado presente durante ouvida das ofendidas no inquérito, *de per se*, não inquina o processo-crime de nulidade, máxime por não ter sido comprovado o dano causado à defesa. Importa destacar que o aludido Juiz não participou ativamente do ato, não tendo interrogado a vítima, ao contrário do que leva a crer a impetração, limitando-se a apontar erros ortográficos nos termos das declarações. Tal circunstância, a toda evidência, não denota quebra da imparcialidade do julgador e do dever de manter a equidistância entre as partes.

De mais a mais, se a lei processual autoriza, inclusive, que o julgador, quando provocado, decreta medidas cautelares e a produção probatória durante o inquérito, desde que evidenciada a necessidade e a urgência de tais diligências, sendo, para tanto, impreterível que ele tome conhecimento dos fatos sob apuração antes mesmo da oferta da denúncia, o que não o impede de julgar o eventual processo-crime, nada permite concluir que a sua presença durante a inquirição das vítimas, como mero observador, sem qualquer papel ativo na colheita do depoimento, possa implicar prejuízo à defesa ou favorecimento à acusação. Nesse passo, não se vislumbra ofensa ao sistema acusatório, pois o julgador não presidiu as investigações ou atuou diretamente na colheita das provas, o que não se admite, sob pena de ressuscitar a vetusta figura do juiz

inquisidor, modelo rechaçado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao mérito, o Magistrado processante, no bojo do decreto condenatório, reconheceu a materialidade e a autoria delitivas pelos seguintes fundamentos:

2.2.2. Da tipificação constante da denúncia

Aos acusados é imputada a conduta criminosa prevista no artigo 244-A, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

“Art. 244-A - Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.”

Primeiramente, impõe-se discorrer sobre a contextualização dos elementos integrativos da figura criminosa:

Trata-se de crime comum, qualquer pessoa pode ser enquadrada como sujeito ativo do delito. Destarte, qualquer pessoa que submeter a criança ou o adolescente à exploração sexual ou prostituição, inclusive o proprietário, gerente ou responsável por local em que se verificar essa submissão.

A criança e o adolescente são os sujeitos passivos do crime do artigo 244-A e se remete ao caput do artigo 2º do ECA para estabelecer o critério que permite distinguir um do outro. Tal critério está demarcado por faixa etária.

No que tange à criança ou ao adolescente, pouco importa que tenha ou não a iniciação sexual, que tenha ou não capacidade de entender o ato sexual que com ela ou nela se pratique ou que, na exploração sexual, tenha uma intervenção ativa ou meramente passiva.

A criança e o adolescente, em qualquer dessas situações, serão sempre vítimas da conduta típica.

2.2.3. Da materialidade

A materialidade encontra-se devidamente comprovada, pelo laudo pericial de Conjunção Carnal e pelas declarações das vítimas, documentos que não foram impugnados pela defesa.

2.2.4. Da autoria

A autoria dos crimes restou inconteste na fase probatória, pela prova material e testemunhal, além de ter sido confessada pelos primeiros acusados.

2.2.5. Dos fatos e das provas

De acordo com a denúncia “os dezoito primeiros denunciados no período de janeiro a abril de 2007, nesta Cidade, submeteram à prostituição as adolescentes Daiane Cristina Resende Vieira e Rayssa Silva Vasconcelos, que estavam sendo

exploradas pela denunciada Marta Alves Vieira, sendo que alguns dos encontros sexuais se deram em locais pertencentes aos denunciados Gilmar Alves da Silva, Arlindo Bispo de Souza e Silvio Roberto Dias.

Consta dos autos que no dia 24 de abril de 2007, nas proximidades da Praça Silva Júnior, nesta Cidade, a adolescente Daiane Cristina Resende Vieira foi apreendida por estar na rua fora do horário estabelecido pela Portaria 005/05, do Juízo da Infância e a Juventude da Comarca e, ao ser encaminhada ao Conselho Tutela revelou que estava em Niquelândia-GO, acompanhada de outra adolescente, também, com 14 anos de idade para se prostituir, informando os nomes das pessoas que teriam feito programas sexuais com elas. no período acima mencionado.

Segundo a adolescente Daiane Cristina. Resende Vieira denunciados *Iron, José Batista, Neira Matos, Rogério, Alan, Alex, 'João Galinha', Aduino, Walison e Joscelino*, fizeram, cada um, apenas um 'programa' sexual com ela e, com exceção de *Neira Matos* e *Joscelino*, que se recusaram a pagar pelo ato sexual e *Alan* e *Alex*, que deram um celular, os demais pagaram entre R\$50,00 e R\$80,00 pelos programas.

Os denunciados *Anderson, José Geraldo Gavazza, Rusley, Gláucio, Revair e Wilson*, fizeram mais de um 'programa' sexual com Daiane, sendo que *Revair* teria fornecido bebida alcoólica e cocaína para a adolescente, em troca dos atos sexuais, enquanto que *Gláucio* se recusou pagar pelos programas e, os demais pagaram de R\$50 a R\$80,00, pelos favores sexuais.

Segundo a adolescente Rayssa Silva Vasconcelos os denunciados *Jurivan, José Batista, Rusley, Alan, Alex, Aduino, Joscelino, Leandro* e *Neira Matos*, teriam feito, cada um, apenas um 'programa' sexual com ela e, com exceção de *Joscelino* e *Neira Matos*, que se recusaram pagar, *Leandro* que não pagou e *Alan* e *Alex* que deram um celular para transar com as duas adolescentes ao mesmo tempo, os demais pagaram entre R\$60,00 e R\$80,00 pelos programas.

Extrai-se dos autos, que as adolescentes estavam sendo exploradas pela denunciada *Marta Alves Vieira*, que é tia de Daiane e, intermediava os encontros sexuais e cobrava dos clientes pelo serviço de agenciar as garotas.

Consta, também, que a maioria dos encontros sexuais se deu no Fênix Motel, de propriedade do denunciado *Arlindo Bispo de Sousa*, que não faz qualquer controle sobre a entrada de adolescentes em seu estabelecimento. O encontro de Daiane com *Neira Matos* ocorreu no Hotel Dias, de propriedade do denunciado *Silvio Roberto Dias*, que teria entregue a chave do quarto ao vereador. Por sua vez, a denunciado *Gilmar Alves da Silva* teria emprestado sua casa para viabilizar o encontro sexual entre a adolescente (Daiane) e o prefeito Ronan Rosa Batista.

Extrai-se aos autos, por fim, que a denunciada *Datila Abadia Evangelista Batista Calaça*, corrompeu e facilitou a corrupção da menor Rayssa, ao manter com ela um relacionamento amoroso, com a prática de atos sexuais e, ao se responsabilizar pela hospedagem dela em dois hotéis desta Cidade." (fls. 05-06) (grifei).

Os acusados *José Geraldo Gavazza Pedroni* e *Rusley Olegário Dias*, ao serem interrogados, admitiram como verdadeira a imputação que lhes é feita.

O denunciado *Anderson da Silva Rocha*, disse ser parcialmente verdadeira a acusação que lhe é feita, sendo que o acusado *Gláucio Almeida Soares* interrogado em Juízo, negou a imputação que lhe é feita.

O acusado *José Geraldo Gavazza Pedroni* afirmou que:

*“É verdadeira a imputação que lhe é feita. (...) Uma semana antes do carnaval as adolescentes estiveram no gabinete do acusado, que é chefe de gabinete do Prefeito, porque queriam conhecê-lo; não permitiu que elas tivessem contato com o Prefeito porque o motivo da presença das adolescentes era fútil, já que queriam somente conhecer o Prefeito, e estes estava em reunião; contudo, forneceu a elas o nome de seu telefone celular (do acusado), a pedido de *Daiane* que queria ligar para marcar um encontro com o Prefeito; tem quase certeza que não comentou com o Prefeito a visita das adolescentes, porque é próprio de sua função filtrar as pessoas que desejam falar com o Prefeito, de acordo com as necessidades; depois do carnaval, *Daiane* telefonou ao acusado, mas se insinuando afim de marcar encontro sexual; aceitou o convite e encontrou-se com as adolescentes no Jardim Atlântico, em frente a 1º estação, localizada em frente a garagem da Prefeitura, por volta de 19:00 horas; não se recorda se no mesmo dia ou no seguinte, saiu com *Daiane*, mas o convite foi presenciado por *Raíssa*; *Daiane* não cobrou e o acusado não pagou nada pelo encontro, que se deu no Motel Fênix; no segunda vez, recebeu convite de *Raíssa*. que também não cobrou nada pelo programa, igualmente ocorrido no Fênix; dias depois foi a outro encontro, onde estavam ambas as adolescentes que se ofereceram para ir juntas ao Motel Fênix com o acusado novamente não cobraram nada; nunca perguntou e os adolescentes nunca falaram a idade; sempre encontrou os adolescentes e elas aparentavam ser maiores de idade, pelo sua compleição físico; também telefonou algumas vezes para fases, adolescentes, se utilizando celular, que era da Prefeitura, que pagava a conta; ligava para os adolescentes não só por fazer programas,*

[...]

Com base nas declarações dos acusados e documentos juntados nestes autos, o *Ministério Público do Estado de Goiás* propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em face de *Ronan Rosa Batista*, atual Prefeito Municipal de Niquelândia, *Neira Matos Ribeiro de Araújo*, Vereador, *Rusley Olegário Dias*, ex-Secretário Municipal de Agricultura, *Anderson da Silva Rocha*, motorista do Prefeito, *José Geraldo Gavazza Pedroni*, ex-Chefe de Gabinete da Prefeitura de Niquelândia, e *Gláucio Almeida Soares*, ex-Secretário Municipal da Indústria e Comércio, Autos n. 200704397832, em trâmite nesta Comarca.

Segundo o representante do Ministério Público, “Na audiência de interrogatório, da ação penal ajuizada para apurar a participação dos réus, com exceção do Prefeito *Ronan* que tem foro privilegiado, na prática de crime previsto no art. 244-A, do Estatuto de Criança e Adolescente, eles revelaram que utilizavam

os telefones pagos pelo Município de Niquelândia, que ficavam à disposição de cada um deles, para manter contato com as adolescentes e agendar os programas sexuais.

Diante de tal situação, foi requerido pelo Ministério Público e deferido pelo Juízo criminal a extração cópia dos autos da ação penal para apuração de eventual prática de ato de improbidade administrativa.

Também foi afirmado na peça de ingresso que 'Instaurado procedimento administrativo para apurar os fatos narrados na ação penal, constatou-se que os réus mantiveram, aproximadamente, 270 contatos telefônicos com as adolescentes (Ronan Rosa Batista, 20 contatos; Neira Matos Ribeiro de Araújo, 61 contatos; Rusley Olegário Dias, 80 contatos; Anderson da Silva Rocha, 47 contatos; José Geraldo Gavazza Pedroni, 36 contatos e Gláucio Almeida Soares, 26 contatos), no período de fevereiro a abril de 2007. devendo se destacado que quase a totalidade das ligações foi o Município que arcou com as despesas porque até as chamadas feitas pelas adolescentes eram a cobrar.'

[...]

No caso *sub judice*, todavia, a palavra dos acusados é desmentida pela versão das vítimas e das testemunhas, que não deixam dúvidas quanto à perpetração do crime e de sua autoria, porquanto evidentes nos autos:

Vítima Daiane Cristina Resende Vieira:

'... esclarece que Geraldo Gavaza, Chefe de Gabinete do prefeito, que também fez programa com Rayssa, pagava entre R\$100,00 e R\$150,00 por programa com a declarante: Geraldo fez pelo menos 3 (três) programas com a declarante e 5 (cinco) com Rayssa e outros 2 (dois) com as duas ao mesmo tempo, sendo que nesses dois pedia para que a declarante e Rayssa namorassem como lésbicas para que ele pudesse assistir e se masturbando esclarece que nestes dois programas com as duas amigas, Geraldo pagou cerca de R\$170,00 para cada e os programas foram feitos no Motel Fênix

Com efeito, embora a Constituição Federal tenha estabelecido o princípio da proteção integral do menor (CF, arts. 227, *caput*, c/c o 4º), antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu o novel tipo penal do art. 218-B do CP, a conduta do chamado "cliente ocasional" de adolescente maior de 14 anos e menor 18 anos, já submetido a exploração sexual, não era considerada típica, por não se subsumir ao art. 244-A do ECA.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Exploração sexual de adolescente. Prostituição. Cliente ocasional. Atipicidade da conduta. Inteligência do art. 244-A do ECA. Precedentes.

I - É entendimento consolidado nesta eg. Corte que a conduta praticada pelo cliente ocasional não configura o tipo penal do art. 244-A do ECA.

II - No caso dos autos, ainda que a referida conduta possa, em tese, caracterizar a figura típica do art. 218-B, § 2º, I, do CP (favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável), é importante destacar que os fatos aqui descritos ocorreram em 2005, antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu a mencionada figura típica ao Código Penal.

Agravo regimental desprovido

(AgRg no REsp 1.334.507/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 24/02/2015, grifou-se).

Recurso especial. Penal. Art. 244-A da Lei n. 8.069/90. Exploração sexual de adolescentes. Cliente ocasional. Núcleo do tipo não caracterizado. Princípio da legalidade. Recurso improvido.

1. Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e de adolescente, previsto no art. 244-A do ECA, exige o tipo penal a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, nesse limite se compreendendo necessária relação de poder sobre a adolescente, na família, empresa ou mediante ameaça por qualquer modo realizada.

2. *Esta Corte Superior possui compreensão de que o crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de exploração sexual nos termos da definição legal. Precedentes.*

3. Inobstante o relevante critério de proteção ao adolescente, dominante na formação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da legalidade não permite ampliar a compreensão da elementar submissão (com necessário poder sobre outrem) para abranger a conduta ocasional e consentida.

4. Recurso improvido

(REsp 1.361.521/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/6/2014, DJe 13/6/2014, grifou-se).

Habeas corpus substitutivo de revisão criminal. Racionalização da utilização do remédio heróico. Art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Cliente ocasional. Atipicidade formal da conduta. Fato anterior à edição da Lei 12.015/2009. Irretroatividade da lei mais severa.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. De acordo com a jurisprudência desta Casa, o trancamento da ação penal, por meio do *habeas corpus*, é medida de exceção, sendo cabível, tão somente, quando, de forma inequívoca, emergirem dos autos a atipicidade da conduta, a inocência do acusado ou, ainda, quando for impedida a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa.

3. Na espécie, consoante se depreende dos termos da inicial acusatória, em meados do ano de 2008, E. L. de O. procurou a vítima, com 14 (quatorze) anos de idade, para que, mediante pagamento em dinheiro, mantivesse relações sexuais com o paciente. Segundo o denunciante, E. L. de O. por várias vezes manteve contato com a ofendida para que ela fizesse programas sexuais com homens da cidade. Em um desses contatos, a vítima aceitou sair com o paciente, oportunidade em que mantiveram relações sexuais, mediante o pagamento de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

4. *Considerando a proibição de analogia ou de interpretação extensiva em prejuízo do réu, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, somente foi elencado como sujeito ativo do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente o agente que efetivamente sujeita a criança ou adolescente à prostituição, sendo necessária a descrição, na denúncia, de uma conduta que, por meio do emprego de mecanismos de pressão, leve a criança ou adolescente à prostituição. Além disso, os conceitos de prostituição ou de exploração sexual não se coadunam com a ideia de fato isolado, mas sim com a concepção de comportamento que se projeta ou reitera no tempo. Precedentes.*

5. *O art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente não compreende a conduta de manter relação sexual ocasional com adolescente subjugada, por outrem, à exploração sexual.*

6. A conduta imputada ao paciente teria ocorrido em 2008, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Desse modo, o diploma normativo referido não pode retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua edição, pois mais gravoso, considerando que disciplinou de modo mais severo a exploração sexual de crianças e adolescentes. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar, relativamente ao paciente P. C. J. da S, a extinção da Ação Penal n. 200804656813, ante a patente atipicidade formal da conduta imputada.

(HC 347.895/GO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe 21/9/2016, grifou-se).



Por certo, o art. 218-B estabeleceu, em seu § 2º, que incorre nas mesmas penas do *caput* “quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo”. *In casu*, porém, percebe-se que as condutas foram

perpetradas entre janeiro e abril de 20007, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Nesse contexto, não sendo admissível a retroação da lei penal desfavorável ao réu (CF, art. 5º, XL), impõe-se o reconhecimento da atipidade das condutas descritas na peça acusatória quanto ao ora paciente.

Conquanto o paciente tenha realizado pelo menos três “programas” com as adolescentes - condutas manifestamente atentatórias à integridade física, psíquica e moral das menores - importa reconhecer, repita-se, que tal comportamento não se adequa ao verbo “submeter” para fins do art. 244-A do ECA, sendo certo que a novel legislação, que derogou tal dispositivo de lei, trazendo maior repressão à prostituição infanto-juvenil e ao chamado “turismo sexual”, somente entrou em vigor anos após os fatos apurados no processo-crime ora em exame.

Ante o exposto, *não conheço* do *writ*, mas *concedo* a ordem, de ofício, para reconhecer a atipicidade das condutas descritas na peça acusatória e, por consectário, absolver o paciente, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 427.498-SP (2017/0314934-6)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik
Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outro
Advogados: Alberto Zacharias Toron - SP065371
Renato Marques Martins - SP145976
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Sabino da Silva

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Falta de degravação dos depoimentos das testemunhas no plenário do Júri. Supressão de instância. Alegação em embargos de declaração.

Preclusão. Nulidade não reconhecida. Inexistência de obrigatoriedade na degravação. Ausência de prejuízo. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. O Tribunal de origem não foi tempestivamente instado a pronunciar-se sobre a nulidade em comento, o que impede a manifestação desta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

3. A arguição de tal tese apenas em sede de Embargos de Declaração não supre a ausência de arguição no recurso de apelação, ocorrendo, assim, inovação em sede de declaratórios e preclusão da matéria, nos termos do art. 571, inciso VII, do Código de Processo Penal – CPP.

4. “3. Se feita a degravação, a transcrição do registro, por óbvio, constará dos autos. Em outras palavras, é inexigível a transcrição dos depoimentos e do interrogatório colhidos no plenário do Tribunal do Júri. 4. A degravação da audiência de instrução e julgamento, em meio magnético ou audiovisual, só se justifica em casos excepcionais e devidamente comprovada a sua necessidade”. (AgRg no AREsp 714.484/MT, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, DJe 19/5/2016)

5. A orientação é de que a decretação de nulidade processual, na esteira do art. 563 do Código de Processo Penal, absoluta ou relativa, depende da demonstração do efetivo prejuízo para a acusação ou para a defesa. Aplicação na esfera processual do princípio do *pas de nullité sans grief*. Desse ônus, não se desincumbiu o impetrante, pois as mídias contendo a gravação dos depoimentos acompanharam o recurso de apelação, estando disponíveis para a análise em segunda instância e, na medida do que julgou necessário, o advogado subscritor das razões de apelação transcreveu os depoimentos que suportavam a tese defensiva.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 16.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Sabino da Silva*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 9000001-65.1996.826.0002).

O paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, *c/c* art. 29, *caput*, ambos do Código Penal – CP (homicídio qualificado), à pena de 12 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado, *in verbis*:

Apelação buscando a reforma de sentença condenatória pela prática de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, inc. IV). Arguição de nulidade de quesito. Não descrição detalhada do que consistiu a qualificadora. Rejeição. Recurso que dificultou a defesa da vítima, bem delineado nos autos. Alegação de que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Prova da materialidade e autoria do crime. Soberania da decisão do Conselho de Sentença. Impossibilidade do afastamento da qualificadora. Recurso não provido (fl. 103).

No presente *mandamus*, alega nulidade dos depoimentos prestados por ocasião da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, colhidos por meio audiovisual e não transcritos integralmente conforme dicção do art. 475 do Código de Processo Penal – CPP.

Assevera que o acórdão de apelação não se manifestou acerca da necessidade de degravação dos depoimentos ou sobre o teor dos testemunhos de defesa, acarretando prejuízo em virtude da impossibilidade de o Tribunal *a quo* verificar a ausência de correlação entre a decisão dos jurados e a prova produzida em plenário.

Sustenta que o paciente era alvo de ameaças proferidas pela vítima, razão pela qual os fatos decorreram de legítima defesa putativa. Pondera que os depoimentos prestados por testemunhas são uníssonos e corroboram as ameaças sofridas pelo paciente.

Aduz não haver preclusão da matéria, uma vez que a defesa fez constar das razões de apelo a dificuldade de produzir o recurso por ausência da degravação dos testemunhos. Salieta que por se tratar de nulidade absoluta, a tese pode ser arguida a qualquer tempo.

Requer, assim, em liminar, a suspensão da decisão que determinou a execução provisória da pena. No mérito, pleiteia a nulidade do feito desde o julgamento da apelação para que o Tribunal estadual promova a degravação dos depoimentos.

Liminar indeferida às fls. 180/182.

Informações prestadas às fls. 188/213.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 220/223.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, a irresignação da defesa diz respeito à ausência de transcrição dos depoimentos das testemunhas no plenário do Tribunal do Júri. Contudo, da atenta leitura do acórdão impugnado (fls. 102/111), bem como das razões de apelação (fls. 29/73), verifica-se que o Tribunal de origem não foi

instado a pronunciar-se sobre referida tese, o que impede a manifestação desta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Destaque-se ainda, que a arguição de tal tese apenas em sede de Embargos de Declaração não supre a ausência de arguição no recurso de apelação, ocorrendo, assim, a preclusão da matéria, nos termos do art. 571, inciso VII, do Código de Processo Penal – CPP.

Nesse sentido:

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada. Omissão do acórdão proferido no julgamento do apelo defensivo não evidenciada. Embargos de declaração não conhecidos. Hipótese do art. 619 do Código de Processo Penal não caracterizada. Ausência de nulidade a ser sanada. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa. O idônea. Sentença condenatória transitada em julgado. Pleito de suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos superado. *Writ* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. No caso, em que pesem os esforços da impetrante, verifica-se que o pleito de conversão da pena corporal em uma restritiva de direitos e multa não foi ventilado no bojo do apelo defensivo, sendo que, nos termos do reconhecido nas razões do *writ*, tal matéria foi aventada apenas em sede de embargos de declaração, que não mereceram conhecimento. Logo, não tendo o Tribunal *a quo* exercido cognição sobre o tema, forçoso reconhecer a impossibilidade de sua apreciação direta do pedido defensivo por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A teor do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição ou ambiguidade existentes no julgado, o que não se vislumbra na hipótese sob exame.

4. Embora a impetrante afirme ter manejado embargos de declaração com intuito de sanar suposto vício indireto no julgamento do apelo, buscou, de fato, reparar omissão evidenciada nas razões recursais por ela apresentadas. Ora, ainda que seja possível ao julgador, de ofício, se manifestar sobre tema não deduzido pela defesa, caso evidenciada flagrante ilegalidade no julgamento, o seu silêncio não caracteriza vício e, portanto, não há se falar em omissão no julgado a justificar a concessão de ordem, de ofício, com a finalidade de determinar o exame do pleito deduzido nos aclaratórios pela Corte de origem.

5. No tocante à conveniência da substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa, a escolha dentre as opções traçadas pelo legislador enquadram-se na discricionariedade regrada do julgador, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer ilegalidade a ser sanada na via do *writ*. Precedentes.

6. Com o advento do trânsito em julgado da condenação, após o julgamento dos aclaratórios, não há se falar em suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos.

7. *Writ* não conhecido (HC 403.346/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/11/2017)

Ademais, a orientação da Jurisprudência desta Corte Superior é no sentido da dispensabilidade das transcrições dos depoimentos em plenário, sendo necessário tal procedimento apenas em casos específicos em que as circunstâncias do caso justificam a demora na tramitação processual.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo Penal. Tribunal do Júri. Segunda fase. Degravação da audiência. Desnecessidade. Art. 475, parágrafo único do CPP. Art. 405, §§ 1º e 2º do CPP. Celeridade processual. Necessidade não demonstrada. Inexistência de prejuízo. Agravo regimental não provido.

1. A celeridade processual trazida pelas Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008 não pode ser esquecida, sob pena de se vulnerar o direito fundamental à razoável duração do processo.

2. *O parágrafo único do art. 475 do CPP tem a mesma redação do § 1º do art. 405 do CPP que, em seu § 2º, reza: “No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”. Este dispositivo legal, embora não se refira ao procedimento do Júri, serve de norte à interpretação do parágrafo único do art. 475 do CPP.*

3. *Se feita a degravação, a transcrição do registro, por óbvio, constará dos autos. Em outras palavras, é inexigível a transcrição dos depoimentos e do interrogatório colhidos no plenário do Tribunal do Júri.*

4. *A degravação da audiência de instrução e julgamento, em meio magnético ou audiovisual, só se justifica em casos excepcionais e devidamente comprovada a sua necessidade.*

5. Para ser declarada a nulidade do art. 475 do Código de Processo Penal, deve haver a demonstração inequívoca do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de convalidação.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 714.484/MT, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19/05/2016)

Por fim, o impetrante não logrou demonstrar a existência de prejuízo à defesa, requisito necessário ao reconhecimento das nulidades, ainda que ditas absolutas.

Afirma o impetrante que o prejuízo existente consiste na impossibilidade de, sem a transcrição, o Tribunal de origem reconhecer a tese de julgamento contrário à prova dos autos.

Em que pese o esforço argumentativo, o prejuízo não se constata. Isso porque as mídias contendo a gravação dos depoimentos acompanharam o recurso de apelação, estando disponíveis para a análise em segunda instância e, na medida do que julgou necessário, o advogado subscritor das razões de apelação transcreveu os depoimentos que suportavam a tese defensiva.

Assim, não há falar em nulidade absoluta por ausência de prejuízo à defesa. Nesse sentido:

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Latrocínio na forma tentada. Alegação de nulidade por violação do devido processo legal e da ampla defesa. Diligências indeferidas. Vítima não ouvida. Condenação com base exclusiva em inquérito policial. Princípios preservados. Ausência de prejuízo. *Writ* não conhecido.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

2. O fato de a desistência da ouvida da vítima ter ocorrido apenas por parte do Ministério Público e não da defesa configura hipótese de nulidade relativa, que deve ser argüida em momento oportuno, concomitantemente com a demonstração do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de convalidação do ato pela preclusão.

3. O livre convencimento do juiz pode decorrer das informações colhidas durante o inquérito policial, nas hipóteses que complementam provas que passaram pelo crivo do contraditório na fase judicial, como ocorreu no caso em questão.

4. O juiz é o destinatário final da prova, portanto, pode indeferir requerimento que julgue ser protelatório.

5. *Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo princípio do pas de nullité sans grief e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563).*

6. *Habeas corpus* não conhecido (HC 339.938/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/02/2018).

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Estupro. Nulidade do relatório de avaliação psicológica. Prejuízo não demonstrado. Condenação fundamentada em outros elementos de prova. Pedido de adiamento da sessão de julgamento analisado posteriormente ao ato. Nulidade. Inocorrência. Prisão após exaurimento dos recursos ordinários. Possibilidade. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. A orientação é de que a decretação de nulidade processual, na esteira do art. 563 do Código de Processo Penal, absoluta ou relativa, depende da demonstração do efetivo prejuízo para a acusação ou para a defesa. Aplicação na esfera processual do princípio do *pas de nullité sans grief*. Desse ônus, não se desincumbiu o impetrante.

3. A defesa teve acesso ao relatório psicológico da vítima e teve a oportunidade de contraditá-lo. Além disso, a condenação está fundamentada em outros elementos de prova colhidos em juízo.

4. “Para que haja o adiamento da sessão de julgamento, é necessário que o pedido seja realizado em tempo hábil para sua apreciação e que haja a efetiva demonstração da plausibilidade dos motivos que ensejaram o pedido, o que não ocorreu no presente caso (Precedentes do STF e do STJ)” (REsp 758.756/PB, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/12/2005, DJ 20/03/2006, p. 344).

Advogado, sem procuração nos autos, formulou pedido de adiamento da sessão de julgamento na véspera, sem demonstrar a plausibilidade dos motivos, limitando-se a informar que o patrono do paciente não poderia comparecer ao julgamento, porquanto reside em comarca diversa.

5. Este Tribunal Superior, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.

Habeas corpus não conhecido (HC 365.001/MT, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 02/05/2018).

Habeas corpus. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Vítimas menores de 14 anos. Violência presumida. Ofensa ao princípio da correlação. Não ocorrência. Art. 383 do CPP. Continuidade delitiva entre as condutas perpetradas contra as vítimas. Não incidência do instituto. Teoria mista. Ausência de liame subjetivo.

1. Tendo a denúncia descrito situação na qual o réu, mediante violência presumida cometeu atos que caracterizam delitos sexuais contra duas vítimas menores de 14 anos, a alteração da capitulação jurídica pelo Magistrado sentenciante - aplicação do princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica -, do tipo penal previsto no art. 217-A (Lei n. 12.015/2009) para aqueles previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, não ofende o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, uma vez que não trouxe nenhum prejuízo à defesa do réu.

2. *A declaração de nulidade de ato processual, seja ela absoluta ou relativa, exige a demonstração do efetivo prejuízo suportado pela parte. Destarte, alcançada a finalidade do ato, torna-se insuficiente a mera alegação do não cumprimento de alguma formalidade legal.*

3. Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior (REsp n. 1.196.358/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 12/6/2015).

4. Sem adentrar no exame dos requisitos objetivos, que demandaria incursão mais detalhada no conjunto fático-probatório dos autos, inapropriado na via eleita, afasta-se o pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto, da narrativa dos fatos - incontroversos nos autos -, não se verifica a existência de liame subjetivo entre as condutas praticadas contra as vítimas I C A R (filha do acusado) e T dos S M.

5. Ordem denegada (HC 353.978/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 21/05/2018)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço da presente impetração.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 430.387-RJ (2017/0331552-2)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Marcio Delambert Miranda Ferreira

Advogado: Márcio Delambert Miranda Ferreira - RJ106809

Advogada: Fernanda Carvalho Louzada - RJ153352

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Edson Albertassi (Preso)

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Organização criminosa e lavagem de dinheiro. Prisão preventiva. Deputado estadual. Assembléia Legislativa. Imunidade formal. Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de descumprimento de preceito constitucional. Supremo Tribunal Federal. Usurpação de competência. Nulidade. Inexistência. Manifestação da defesa na sessão de julgamento. Inviabilidade. Prisão cautelar. Alegação de inidoneidade da fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar fundamentada na garantia da ordem pública e na instrução processual. Medidas cautelares diversas da prisão. Inviabilidade. Excesso de prazo. Inexistência. *Habeas corpus* parcialmente conhecido. Ordem denegada.

I - Os argumentos invocados pelo impetrante, para fazer valer a tese de ausência de autorização da Casa Legislativa, guardam estreita relação com a questão afeta à simetria inserta no art. 53, § 2º, da Constituição da República, à constitucionalidade do art. 102, § 1º da Constituição Estadual, bem como da Resolução editada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *In casu*, ocorre que tais dispositivos se encontram afetos a julgamento pelo c. Supremo Tribunal Federal, Órgão do Poder Judiciário que recebeu da Constituição da República a competência para apreciar questões relacionadas à constitucionalidade, bem assim eventual descumprimento de preceito fundamental (art. 102, I, “a” e III, § 1º, ambos da CF/88).

II - Embora o *habeas corpus* ostente natureza jurídica de ação constitucional, vocacionada à tutela da liberdade de locomoção, para que seja possível apreciar a tutela requerida, o impetrante deve demonstrar que a violência decorre de ilegalidade ou abuso de poder.

III - Tais requisitos – ilegalidade ou abuso de poder –, configuradores do interesse de agir para impetração do *writ*, nesse

particular, integram o objeto, tanto da ADI 5.824, quanto da ADPF 497 MC/RJ. Por esta razão, não vislumbro como possa esta Corte Superior, ao arrepio da competência do Supremo Tribunal Federal, dizer se tais atos encontram ou não amparo no ordenamento jurídico.

IV - A análise dos argumentos suscitados pelo Impetrante, nesse tópico, esbarra na necessária aferição da constitucionalidade dos atos que envolveram o decreto e a manutenção da prisão preventiva do paciente, tema que já se encontra judicializado no âmbito da e. Corte Suprema. Nesse contexto, não cabe a esta Casa adentrar no mérito *desses fundamentos*, sob pena de se incorrer em indevida usurpação de competência, devendo-se prosseguir, todavia, na apreciação dos demais pontos aventados na irresignação.

V - Esta Corte firmou orientação no sentido de que a prévia intimação da parte contrária, disposta no § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal tem aplicação restrita às medidas cautelares diversas da prisão. Precedentes.

VI - As decisões do eg. Tribunal de origem, que apreciaram a prisão do paciente, encontram-se devidamente fundamentadas, com descrição concreta de atos que teriam sido por ele efetuados, demonstrando satisfatoriamente os requisitos para a manutenção da segregação cautelar, como o risco à ordem pública e à instrução criminal.

VII - A gravidade concreta dos delitos justifica a prisão e a impossibilidade de sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP.

VIII - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais, *quanto mais ao se levar em consideração o fato de terem sido denunciados 19 (dezenove) acusados, com a imputação de diversos crimes e extenso número de testemunhas, aliado à premissa de já se ter iniciado a instrução processual, com o início da oitiva dos testigos arrolados pelo Ministério Público Federal, em 21/05/2018.* (Precedentes do STF e do STJ).

Habeas corpus parcialmente conhecido e nessa extensão denegada a ordem.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Márcio Delambert Miranda Ferreira (p/pacte)

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Edson Albertassi**, contra v. decisão do eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da medida cautelar n. 0100524-17.2017.4.02.0000, vinculada ao processo principal n. 0100523-32.2017.4.02.0000.

Vê-se do procedimento que o paciente foi denunciado, pelo Ministério Público Federal (*Núcleo Criminal de Corrupção da Procuradoria Regional da República da 2ª Região*), dentre os 9 (nove) fatos descritos na denúncia, *pelos delitos de Corrupção Passiva qualificada, artigo 317, § 1º, por diversas vezes, na forma do artigo 71 do Código Penal (6º Fato); além do delito inserto no artigo 1º e 2º, §§ 3º e 4º, da Lei 12.850/13 (fl. 491), em razão de constituir com os demais acusados, uma Organização Criminosa para prática de crimes, sobretudo de corrupção ativa e passiva, assim como de lavagem de dinheiro (9º Fato).*

O paciente (*Edson Albertassi*) foi preso preventivamente em 16/11/2017, por ordem da 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, juntamente com os acusados, e também parlamentares, *Jorge Sayed Picciani e Paulo Cesar de Melo Sá, sob os fundamentos de garantia à ordem pública e conveniência da instrução criminal (fls. 33-60).*

Diante da revogação da prisão preventiva efetivada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a segregação foi reestabelecida pela e. Corte *a quo*, por meio da mencionada 1ª Seção Especializada, em 21/11/2017,

com o conseqüente afastamento das funções exercidas pelo paciente junto à Casa Legislativa (fl. 293).

Foi então postulada a revogação da custódia, ou substituição por medidas cautelares diversas, perante o c. Tribunal de origem, sendo indeferido o pedido em razão da inexistência de alteração do quadro fático que motivou o decreto prisional (fls. 520-521).

Daí o presente *writ*, no qual sustenta o Impetrante a ilegalidade da prisão cautelar, aduzindo, em síntese: (a) a ausência de autorização da Casa Legislativa – artigo 53, § 2º; 32 § 3º e 27 § 1º, todos da Carta da República; (b) a Violação ao princípio da ampla defesa – afronta ao artigo 282, § 3º, do CPP; (c) a ausência de situação flagrancial; (d) a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva – decisão genérica e superveniente oferecimento da denúncia; (e) a existência de outras medidas cautelares que resguardam a produção de provas e que são menos gravosas e invasivas do que a prisão, nos termos em que reza o art. 319 do Código de Processo Penal. *Posteriormente*, às fls. 1.061-1.075 e 1.252-1.281, foi postulada a reconsideração da decisão que decretou a custódia, sob o argumento de excesso de prazo.

Por fim, requer a concessão da ordem, *para que seja revogada a prisão preventiva imposta ao Paciente ou, alternativamente, a substituição da custódia por medidas cautelares diversas do cárcere.*

Às fls. 541-543, foi indeferido o pedido liminar, frente à ausência de indícios para a configuração do *fumus boni iuris*, tal qual o pedido de reconsideração, quando foi então afastado o excesso de prazo, em razão de se tratar de feito complexo, abarcando diversos fatos e acusados (fls. 1.078-1.082).

Às fls. 552-1.015, foram prestadas as devidas informações.

Às fls. 1.016-1.055, sobressai ofício do c. Supremo Tribunal Federal, no qual, ademais de solicitar informações em relação ao presente *mandamus*, comunica o indeferimento (decisão monocrática em sede de plantão judiciário), pela e. Min. Carmen Lúcia, da medida de urgência postulada naquela e. Corte Suprema, cuja ementa a seguir transcrevo:

Habeas corpus. Constitucional. Indeferimento de medida liminar no Superior Tribunal de Justiça: Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de flagrante ilegalidade ou teratologia para flexibilização do verbete. Medida liminar indeferida. Informações. Vista à Procuradora-Geral da República (STF - HC - 152.012 MC/RJ - fl. 1.038).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal postulou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ou, alternativamente, pela denegação da ordem, em parecer com a seguinte ementa:

Habeas corpus. Operação “Cadeia Velha”. Deputado estadual denunciado pela prática dos crimes de corrupção passiva qualificada e pertinência a organização criminosa. Delito permanente. Consumação prolongada no tempo. Complexo esquema de corrupção e desvio de recursos no âmbito do Governo do Estado do Rio de Janeiro. Prisão preventiva do parlamentar decretada pelo TRF/2ª região. Alegação de afronta ao princípio da ampla defesa por não terem os defensores sido intimados da sessão extraordinária em questão de ordem, pela qual o TRF2 decretou a custódia cautelar. Inaplicabilidade do artigo 282, § 3º, do CPP, à prisão preventiva. Possibilidade de decretação pelo juiz sem a oitiva do defensor do detido. Urgência da medida que dispensa o contraditório prévio. Alegação de nulidade da prisão por não terem sido observadas as imunidades formais previstas no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal. Ausência de simetria entre deputados federais e estaduais. Matéria pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Situação de excepcional gravidade que confere legitimidade à medida constritiva. Evidente risco para a ordem pública. Fundamentação idônea. Complexidade e organização do esquema criminoso. Elevados poder econômico e grau de infiltração em setores sensíveis do Estado. Fundado receio de reiteração criminosa. Indevida utilização do mandato eletivo para finalidades ilícitas. Insuficiência das medidas cautelares mais brandas. Inexistência de constrangimento ilegal que possa vir a ser remediado. Parecer pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem (fl. 1.134).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Trata-se de *habeas corpus* interposto por **Edson Albertassi**, alegando a existência de constrangimento ilegal, decorrente da decretação de sua prisão preventiva em *descompasso com os pressupostos e fundamentos exigidos pelo ordenamento jurídico*.

Preliminarmente, antes de se adentrar na hipótese de eventual subsunção dos fatos ao que predispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, faz-se necessário, até mesmo pela presença de uma espécie de prejudicialidade positiva, avaliar, *no caso concreto*, a incidência da *imunidade parlamentar formal*, inserta no artigo 53, § 2º da Constituição da República.

Aponta o impetrante ilegalidade no segundo decreto prisional, sustentando que foi executado antes mesmo de uma reanálise e autorização da Assembléia

Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a qual, por sua vez, não manteve, em um primeiro momento, a prisão preventiva decretada pelo e. Tribunal de origem, colocando o paciente, e os demais acusados, todos parlamentares, em liberdade (fl. 7).

No ponto, muito embora a sensibilidade da matéria apresentada, tenho que não se faz possível, *no presente caso*, a incursão na discussão referente à possibilidade, ou não, da custódia preventiva quando se tem como representados membros do Parlamento estadual.

Insta consignar, para tanto, que foi ajuizada, junto ao c. Supremo Tribunal Federal, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a ADI n. 5.824, na qual se postula a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 2º ao 5º do art. 102 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 26 de junho de 2012, e, por arrastamento, a Resolução n. 495 de 2017 da respectiva Assembléia Legislativa (que revogou a prisão do paciente e dos demais parlamentares acusados, então decretada pela c. Corte *a quo*, determinando o imediato retorno às respectivas funções), oportunidade em que, em consulta ao sistema informatizado do c. Pretório Excelso, destaco trechos do relatório extraído do voto do e. Relator, Min. Edson Fachin:

“Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

‘Art. 102. Os Deputados são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros da Assembleia Legislativa não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Assembleia Legislativa, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Tribunal de Justiça dará ciência à Assembleia Legislativa, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Assembleia Legislativa no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.’

Resolução da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro:

Art. 1º Esta Resolução dispõe, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal, 102, § 2º, da Constituição Estadual e, especialmente, o decidido pelo egrégio plenário do colendo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526-DF, sobre a revogação de prisão de parlamentares e retorno ao pleno exercício de seus mandatos parlamentares.

Art. 2º Ficam revogadas as prisões cautelares, preventivas e provisórias dos Excelentíssimos Senhores Deputados Jorge Picciani, Paulo Melo e Edson Albertassi, decretadas pela 1ª Seção Especializada do TRF2, na Sessão de 16 de novembro de 2017.

Art. 3º Fica determinado o pleno retorno aos respectivos mandatos parlamentares, com todos os seus consectários, dos Excelentíssimos Senhores Deputados JORGE PICCLANI, PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI.

*Art. 4º Esta Resolução entre em vigor na data de sua publicação (fls. 02/03)'.
[...]*

Sustenta, em síntese, que esses dispositivos são inconstitucionais, porque violam o princípio republicano e a separação de poderes, nos termos dos arts. 1º e 2º da Constituição Federal.

Alega que o constituinte estadual não poderia conceder aos deputados estaduais as mesmas imunidades formais que foram conferidas aos deputados federais e senadores.

Afirma não desconhecer o teor no art. 27, § 1º, da CRFB e dos precedentes firmados por este Tribunal, no sentido de que seriam aplicáveis aos membros do poder legislativo estadual as mesmas regras dos federais. Defende, porém, que motivo que justifica a aplicação das imunidades aos parlamentares federais não estaria presente para os deputados estaduais, razão pela qual não se lhes poderia aplicar as mesmas regras.

Invoca o precedente firmado na ADI 5.526, cuja redação do acórdão coube ao e. Ministro Alexandre de Moraes, para embasar seu pedido. Aduz que há, no voto proferido por Sua Excelência, expressa referência à restrição do alcance das regras de imunidades, apenas para os parlamentares federais.

Alega que 'a referida imunidade formal se faz necessária para os Deputados Federais e Senadores da República -- e somente para eles --, diante de eventual

prisão arbitrária ou processo temerário, porque aí, seria prisão determinada por essa Corte e processo penal instaurado igualmente por essa Corte, em face dos quais somente restaria aos membros do Parlamento recorrer às suas casas legislativas para obter a proteção quanto ao exercício do mandato’.

Assim, porque os deputados estaduais poderiam recorrer a outras instâncias do Poder Judiciário, não seria justificável estender-lhes igual imunidade.

Ademais, ainda de acordo com a requerente, o exercício da competência prevista na Carta Estadual para sustar ação penal em curso implicaria subtrair competência do próprio Poder Judiciário” (fls. 04-05).

Em seu r. voto, o qual foi destacado em partes no Informativo de Jurisprudência da c. Corte Suprema (cujo julgamento se encontra suspenso, desde 07/12/2017 – Ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia acompanhando o relator, Min. Edson Fachin, deferindo a medida cautelar; e Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Celso de Mello, acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido de indeferir a medida cautelar; e após o voto do Ministro Dias Toffoli, deferindo em menor extensão a medida cautelar, para suspender a eficácia do art. 102, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o julgamento foi suspenso), consignou o e. Min. Edson Fachin, que a decretação da prisão preventiva e medidas cautelares alternativas envolve um juízo técnico-jurídico que não pode ser substituído pelo juízo político emitido pelo Legislativo a respeito de prisão em flagrante, registrando-se, no ponto, que:

“[...]”

Em divergência, o ministro Edson Fachin (Relator das ADI’s 5.824 e 5.825) reputou preenchidos os requisitos do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”, e deferiu a medida cautelar, para suspender as normas impugnadas e a eficácia das resoluções. Ele foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). O ministro Fachin fixou interpretação conforme a Constituição, no sentido de assentar que as regras estaduais não vedam ao Poder Judiciário decretar medidas cautelares de natureza penal em desfavor de deputados estaduais, nem conferem poderes às assembleias legislativas para revogar ou sustar os atos judiciais respectivos. Ressaltou que a decretação da prisão preventiva e medidas cautelares alternativas envolve um juízo técnico-jurídico que não pode ser substituído pelo juízo político emitido pelo Legislativo a respeito de prisão em flagrante. [...] (Informativo de Jurisprudência – STF – n. 887, divulgado em 12 de dezembro de 2017).

No mesmo diapasão, cumpre trazer à baila, também, a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 497, em face da referida Resolução n. 495 de 2017 da respectiva Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (que revogou a prisão do paciente e dos demais parlamentares acusados, então decretada pela c. Corte *a quo* determinando o imediato retorno às respectivas funções), na qual se postula a suspensão dos efeitos do ato legislativo (Resolução), eis que viola preceitos fundamentais da Constituição Federal (federalismo e separação de poderes).

Ao que se verifica, portanto, é que os argumentos colacionados pelo impetrante, e referentes à ausência de autorização da Casa Legislativa para se legitimar a custódia de Deputados Estaduais, traz como premissa a ideia voltada à simetria constitucional, consignada no art. 53, § 2º, da Constituição da República e se insere no âmbito de análise da constitucionalidade do art. 102, § 1º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Resolução n. 495 de 2017 da respectiva Assembléia Legislativa fluminense, *matérias já colocadas à apreciação da c. Corte Suprema, tanto na referida ADI n. 5.824, como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 497.*

Por esta razão, tenho que não se faz possível conhecer do *mandamus, especificamente em relação a esse ponto*, sob pena de se usurpar, como dito anteriormente, *a análise dos fatos já judicializados e de competência do c. Supremo Tribunal Federal, devendo-se avançar, todavia, na apreciação dos demais pontos aventados na presente irresignação.*

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Ausência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP. Inovação recursal. Impossibilidade. Pedido de concessão de *habeas corpus* de ofício. Não cabimento. Pedido de manifestação expressa sobre norma constitucional. Via inadequada. Competência da Suprema Corte. Intimação para entrega de memoriais. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

[...]

6. *A análise de matéria constitucional não é da competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição da República. Inviável, assim, o exame de ofensa a dispositivos e princípios constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema.*

7. O julgamento dos aclaratórios independem de inclusão em pauta, nos termos do artigo 258 do RISTJ, logo, diante da impossibilidade de entrega de

memorais, prescindível a intimação do causídico, já que os embargos são levados diretamente à mesa para julgamento sem intimação das partes. Precedentes.

8. *Embargos de declaração rejeitados* (EDcl no AgRg no RHC 66.898/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 20/10/2017, grifei).

De outro lado, de acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível, inicialmente, a demonstração *da prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria*.

Pois bem. Compulsando as informações colacionadas ao procedimento, pode-se extrair da denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, que tanto o paciente (*Edson Albertassi*), quanto os demais acusados na referida ação penal, dentre eles os Deputados Estaduais Jorge Picciani e Paulo Melo, *supostamente*, veem-se envolvidos na denominada *Operação 'Cadeia Velha'*, dirigida à apuração da prática dos crimes de corrupção, fraude em licitação e lavagem de dinheiro, infrações essas que teriam beneficiado diversas autoridades dos poderes Executivo e Legislativo.

Ressai da decisão que decretou a custódia cautelar, emanada do e. Tribunal de origem, *que dentre os vários elementos de cognição que embasaram a custódia do paciente*, valendo registrar as 5 (cinco) delações prestadas pelos colaboradores *Álvaro Novis, Edimar Dantas, Benedicto Júnior, Marcelo Tarça e Jonas Lopes Júnior*, encontram-se, ainda, uma série de documentos e planilhas referentes à Corretora *Hoya*; ao Sistema da *Odebrecht Drousys*; depoimentos de funcionários da *Odebrecht* e da própria *Hoya*, assim como quebras de sigilo telemático e quebras de sigilo da FETRANSPOR compartilhada de outro processo, e ainda o acesso a conteúdo de celulares apreendidos e confirmações de endereços fornecidos (fls. 36-37).

Observa-se das provas acostadas ao feito, pelo menos em sede perfunctória, a existência de um quadro sistêmico, com vastos crimes de corrupção e pagamentos de vultuosos valores a agentes públicos do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, dentre eles *“Deputados de alto poder e influência política e institucional, que se colocaram, segundo as provas até aqui colhidas, à disposição de setores da construção civil e transportes públicos concessionários, para estar de prontidão em favor de seus interesses”* (fl. 38).

A orquestração então engendrada, segundo se extrai das peças aqui colacionadas, tem como norte os específicos interesses do *setor de transportes (ônibus)* e demonstram, ao menos em tese, que as condutas apuradas exprimem certa natureza insidiosa, eis que não só se apontou que os parlamentares,

dentre eles o paciente (*Edson Albertassi*), estavam à disposição para atender os pleitos destinados a favorecer subsídios e aumentos de benefícios ao referido ramo de transportes, como ainda atuavam a fim de excluir tal setor (ônibus) da contribuição para o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal instituído pela Lei n. 7.428/2016.

Extrai-se ainda da decisão que decretou a prisão que:

“Vê-se ainda, como apontado pelo MPF, que o sistema engendrado para os malfeitos, integrado pelos parlamentares em tela, ainda parece revelar notável poder de resistência e renovação, em atos capazes de caminhar no sentido de levar o Deputado investigado EDSON ALBERTASSI, a obter junto ao atual Governador do Estado do Rio de Janeiro, indicação para ocupar uma vaga no Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, exatamente no lugar do ex-presidente JONAS LOPES JR, um dos investigados na Operação Quinto do Ouro no STJ” (fl. 40).

Pode-se verificar, nessa esteira, *por meio da decisão guerreada*, que as provas até aqui colacionadas indicam que os Deputados, *dentre eles o paciente (Edson Albertassi)*, atendiam aos interesses dos “corruptores”, mediante a intercessão em processos legislativos de interesse do setor de ônibus e também da empreiteira *Odebrecht*, fatos que foram revelados não somente pelas declarações dos colaboradores *Álvaro Novis, Marcelo Traça e Benedicto Júnior*, como também por pesquisas realizadas pelo Ministério Público Federal, por meio da análise de documentos, do trâmite de alguns projetos de lei, além do sítio eletrônico da ALERJ e nos textos legais produzidos (fl. 43).

No que se refere ao paciente, de modo a corroborar o beneficiamento ao setor de transporte no âmbito da ALERJ, destaca o *decisum* que:

“Verifica-se, na tramitação do Projeto de lei n. 1.018/2015 (sobre biometria) que se transformou na Lei n. 7.123/2015, que o deputado EDSON ALBERTASSI foi o autor do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça às emendas de plenário ao Projeto de Lei. Nessa condição, foi contrário às emendas que prejudicavam os empresários dos ônibus, como por exemplo a que diminuía o subsídio tarifário do Bilhete Único (Emenda Aditiva n. 2); a que suprimia o artigo 19 da Lei n. 5.628, de 29/12/2009, que é aquele que previa prazo de validade para o Bilhete Único (emenda Aditiva n. 5); a que previa as funções de cobrador e auxiliar nos transportes coletivos de passageiros (emenda Aditiva n. 21).

*Sobre a atuação parlamentar de **Albertassi**, na área de transporte público, após a deflagração da operação Ponto Final, que prendeu a cúpula dos empresários de ônibus, a imprensa, em matéria de 03/07/17, deu destaque a existência de projeto de lei do Deputado Estadual Eliomar Coelho (PSOL), paralisado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) sob a relatoria justamente desse parlamentar, não à toa, ocupante da posição de líder do governo na ALERJ.*

O Projeto de Lei n. 238/2015, de 44 artigos, enfatiza a matéria, tem por objetivo de passar ao Poder Público, tirando da mão da Fetranspor e de outras concessionárias, o controle e gestão do sistema RioCard e do Bilhete Único. Isso porque, justifica o deputado Eliomar Coelho – que acumulou conhecimento sobre o setor de transporte público de ônibus como Vereador – é inaceitável que os empresários tomem conta de todo o sistema de bilhetagem eletrônica e sejam os responsáveis por informar ao governo quanto devem receber de subsídios” (fls. 47).

Já no âmbito de interesses da *Odebrechet (Braskem)*, sustentados mediante propina aventada como sendo simplesmente “caixa 2”, segundo se lê da representação do MPF, o PL 153/15 (Lei n. 6.979/15) tratava, em princípio, da manutenção de incentivos fiscais para vários setores da indústria (fl. 47), destacando a decisão, ainda, que o projeto, originalmente, modificava o sistema de tributação do ICMS apenas para 2 (dois) segmentos (aço e petroquímica) e, uma vez alterada a modalidade do ICMS de diferimento para isenção, onerar-se-ia esses setores no pagamento de impostos que eram creditados na venda para clientes incentivados (fl. 47).

Todavia, com a intervenção do paciente, e depois das mensagens trocadas entre representantes da Odebrechet (Braskem), conforme ressalva a decisão objurgada, fez-se possível verificar que a referência à indústria petroquímica foi completamente retirada, havendo, da mesma forma, solicitações de isenções, de modo que o diferimento do ICMS também não foi concedido com relação à importação, aquisição de máquinas, equipamentos, materiais e insumos quando disponível similar produzido no Estado, o que protegia o mercado explorado pela Odebrechet (Braskem) de competição externa (fl. 48).

De outro lado, além dos pressupostos da prisão preventiva (materialidade e indícios suficientes de autoria), os quais restaram devidamente comprovados, a decisão também deve revelar a presença de um ou mais fundamentos da medida, e que também estão elencados no referido art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal.

Da argumentação veiculada no decreto de prisão preventiva do paciente, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal que justifique o provimento do mandamus. Isso porque, da análise da decisão reprochada, tem-se que a custódia estaria devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal (fl. 59), com indicação de dados concretos, tendentes à conformação destes requisitos.

Vale destacar, no ponto, a particular gravidade das atitudes perpetradas pelo paciente, bem destacando o decisum, quando evidencia o beneficiamento do setor de ônibus ao longo de 3 (três) décadas, as quais corresponde exatamente ao que apontaram os colaboradores e testemunhas sobre as vantagens que eram pagas em razão disso (fl. 51).

A probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas demonstradas na decisão, consubstanciam o requisito da garantia da ordem pública, densificando-o diante das singularidades da situação concreta.

Como bem ponderado no decreto prisional, indicou-se o nível de plausibilidade própria da fase pré-processual, onde os três Deputados Estaduais (Edson Albertassi – paciente –, Jorge Picciani e Paulo Melo), ao menos em tese, receberam vantagens indevidas durante anos, para estarem à disposição dos interesses sistemáticos de empresas concessionárias de transporte público rodoviário, a ponto de perpetuá-las na exploração de atividade de caráter essencial aos cidadãos e ao desenvolvimento econômico e social da população, sem qualquer controle administrativo e fiscal efetivo por parte do Estado. Igualmente, restou-se demonstrado, ao menos nesse momento, que a conduta dos parlamentares foi também direcionada ao cometimento de ilícitos, a fim de atenderem interesses particulares da empreiteira Odebrechet (fl. 52).

Expressa a decisão guerreada que:

“Da mesma forma não basta à defesa cabal de políticos envolvidos em fatos como os que aqui se apura, entoar como mantra a alegação de que o que se está fazendo na investigação do MPF e PF, é ‘criminalizar a política’. Ou que na verdade o que ocorre é a ‘transformação das doações de campanha inseridas quando muito em caixa 2, no âmbito do crime de corrupção’.

Fazer política não é criar regras e procedimentos capazes de beneficiar estruturas econômico-financeiras na prestação de serviços públicos de transportes por décadas, mediante recebimento de propina. Receber doação de campanha como o nome já diz, é coletar valores capazes de custear campanhas políticas em épocas de eleição, e não dissimular a percepção de vantagens pessoais em razão do cargo político que se

irá ou está a exercer, com o fim de beneficiar o pagador do benefício, permitindo que ambos enriqueçam sem causa lícita, aumentando seu poder e influência no Estado, se perpetuando em práticas que nada se encaixam numa república, em detrimento da população” (fls. 52-53).

Vê-se, no ponto, que as apurações indicam forte plausibilidade da ocorrência, ao menos em tese, de ilícitos penais de corrupção ativa e passiva, além lavagem de dinheiro, praticados no contexto de organização criminosa que se enraizou por anos no Executivo, no Legislativo e no Tribunal de Contas do Estado (fl. 53).

Consigna a decisão, ademais, que os Deputados investigados se mostraram com extrema capacidade de interferirem em vários setores do poder público fluminense, atuando no recebimento de propina e na manutenção de ações e esquemas criminosos até bem pouco tempo atrás (cerca de cinco meses), prosseguindo na prática delituosa até meados de 2017, o que revela a probabilidade de que prossigam delinquindo e criando obstáculos ao saneamento da instituição à qual pertencem, além de embaraços à atuação do Poder Judiciário (fl. 54).

Como bem ponderado na decisão guerreada, o risco à ordem pública não é afastado pela suposta ausência de contemporaneidade dos fatos, “como apanágio do enfraquecimento da gravidade que eles encerram”, eis que “parte dos fatos são pretéritos, mas outros ainda parecem realmente estar em curso, assim como se projeta a ideia de que não deixarão de correr tão cedo, dados aos elementos então analisados” (fl. 42).

Nesse diapasão, verifica-se a existência de elementos concretos a respaldar a prisão preventiva, a fim de se garantir a ordem pública e a instrução processual, possibilitando o desmantelamento da organização criminosa da qual se suspeita fazer parte o recorrente e, com isso, evitar a prática de novos crimes.

No ponto, vale colacionar a jurisprudência do c. *Supremo Tribunal Federal*:

Habeas corpus. Alegação de ausência de fundamentação cautelar idônea para a prisão preventiva. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem indeferida.

1. Devem ser desconsiderados quaisquer fundamentos que não tenham sido expressamente mencionados no decreto de prisão preventiva, pois, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a idoneidade formal e substancial da motivação das decisões judiciais há de ser aferida segundo o que nela haja posto o juiz da causa, não sendo dado “ao Tribunal do *habeas corpus*, que a impugne, suprir-lhe as faltas ou complementá-la” (*Habeas Corpus* n. 90.064, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.6.2007; 79.248, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.11.1999; 76.370, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ 30.04.98).

2. *A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.*

3. Ordem denegada (HC n. 95.024/SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Carmem Lúcia*, DJe de 20/2/2009). (Destacou-se).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido.

1. Inexiste ato configurador de flagrante constrangimento ilegal praticado contra o recorrente advindo do título prisional, que se encontra devidamente fundamentado, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder.

2. *O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa.*

3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento (RHC n. 138.937/PI, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe de 3/3/2017). (Destacou-se).

Esse também é o entendimento *desta Corte Superior*:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Atuação interestadual. Segregação fundada na garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Coação ilegal não demonstrada. Eventual condenação em regime menos gravoso. Impossibilidade de prognose. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Recurso improvido.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência

dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da profissionalização e organização da associação criminosa, a qual conta com a comunhão de esforços de pelo menos 7 integrantes, além da pulverização de entorpecentes em dois Estados da Federação.

3. *A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/02/2009).*

4. Não é possível a realização de uma prognose objetiva em relação ao futuro regime aplicado ao recorrente no caso de eventual condenação, em razão, principalmente, dos elementos fáticos e probatórios a serem analisados pelo juízo sentenciante.

5. As condições subjetivas favoráveis do recorrente, tais como primariedade e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido. (RHC n. 95.720/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/06/2018).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Organização criminosa. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, a segregação cautelar do paciente está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista que as instâncias ordinárias, analisando os fatos, consideraram ter restado demonstrada a periculosidade concreta do paciente, evidenciada no fato de ele integrar organização criminosa de grande porte, estruturalmente ordenada, voltada para o tráfico de drogas, de caráter transnacional, e pela vultosa quantidade de droga apreendida, aproximadamente sete toneladas de

cocaína em dezoito eventos. Tais circunstâncias evidenciam a gravidade concreta das condutas delituosas e a periculosidade do paciente, estando presente a necessidade da manutenção da segregação cautelar.

4. “A custódia cautelar visando a garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa” (RHC 122.182, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Turma**, julgado em 19/08/2014).

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 436407/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 30/05/2018).

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário cabível. Impossibilidade. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Alegada ausência de autoria. Impossibilidade de exame na via eleita. Segregação fundada no art. 312 do Código de Processo Penal. Circunstâncias do delito. Contexto de associação criminosa. Gravidade concreta. Histórico criminal do agente. *Necessidade de interromper a prática reiterada de crimes. Custódia justificada e necessária. Constrição ilegal não evidenciada.* Medidas cautelares alternativas. Insuficiência e inadequação. Coação ilegal não evidenciada. *Writ* não conhecido.

1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta. Além disso, a questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus* ou do recurso ordinário, por demandar o reexame aprofundado das provas coletadas no curso da instrução criminal, vedado na via eleita, devendo ser solucionada na sede e no Juízo próprios.

3. Não há ilegalidade na ordenação e manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que é necessária para acautelamento da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. No caso, o paciente está sendo acusado de integrar, juntamente com outros cinco agentes, de forma estável e organizada, associação criminosa voltada à traficância em várias cidades, inclusive no Estado de Goiás, sendo que foi apreendida em poder do grupo considerável quantidade de maconha.

5. A custódia também se faz necessária na espécie para evitar a reiteração delitiva, uma vez que o custodiado ostenta anterior condenação com trânsito em julgado por crime do mesmo tipo, revelando que não se trata, no caso, de fato isolado, restando assim bem demonstrado o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar.

6. As medidas cautelares diversas da prisão mostram-se insuficientes quando, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não seria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelo paciente.

7. *Habeas corpus* substitutivo não conhecido. (HC n. 442.187/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 29/05/2018).

Vale consignar, ademais, que a *expressão dos valores envolvidos*, somada à extensão temporal em que se desenvolveram as práticas acoimadas de criminosas, neste aspecto, fazem pertinente a lição de **PACELLI** e **FISCHER**, segundo os quais é “*perfeitamente aceitável a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, desde que fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação*” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 673).

Casos como os que se extraem da designada “Operação Lava-jato”, com efeito, fazem pertinente a admoestação de **FARIA COSTA**, segundo o qual se está defronte a “*uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica, cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capital para, desse jeito, directa ou mediadamente, aumentar também o poder da organização*”.

Conforme o autor português, este tipo de criminalidade ostenta como características, entre outras, a “*perigosidade, gravidade e extensão dos fenómenos que o sustentam*”, bem como uma “*particular ressonância ao nível da opinião pública, determinando, simultaneamente, repúdio social*”, implicando um “*amolecimento da consciência ética*”, de modo que, seguindo-se o seu alvitre: “*vemos, sem grande dificuldade, que o que se vangloria e se erige em regra de ouro são os êxitos fáceis, as formas atrabiliárias de comportamentos, descosidas de quaisquer pontos referenciais, a lógica do lucro a qualquer custo. O que nada mais é, digamo-lo de forma sintética e precisa, do que a exaltação de uma vertente chamada ‘cultura da corrupção’*” (FARIA COSTA, José de. **O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do Direito Penal e da política criminal**. In: *Direito Penal Económico e Europeu - Textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 306-308).

Como é sabido, a *gravidade genérica* das condutas não autoriza a segregação cautelar. *No entanto, a dinâmica dos fatos e os desdobramentos nefastos dos atos*

realizados revelam, *a toda evidência*, a *gravidade concreta das condutas praticadas*, que excedem, *e muito*, àquelas ínsitas aos tipos penais sob apuração.

A *Segunda Turma* do col. Supremo Tribunal Federal vem assentando que *a gravidade concreta da conduta se reveste de idoneidade para amparar a segregação cautelar*. Neste sentido:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Constitucional. Tráfico de entorpecente. *Prisão preventiva* decretada com base em fundamentos idôneos. Periculosidade do recorrente evidenciada pelo *modus operandi*, *gravidade concreta* do crime e possibilidade de reiteração delitiva. Recurso ao qual se nega provimento.

1. Este Supremo Tribunal assentou que *a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi, a gravidade concreta do crime e o risco de reiteração delitiva são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar*. Precedentes.

2. Recurso ao qual se nega provimento (RHC n. 132.270/MS, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Cármen Lúcia*. DJe de 7/4/2016).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. *Prisão preventiva* (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido.

1. *Inexiste ato configurador de flagrante constrangimento ilegal praticado contra o recorrente advindo do título prisional, que se encontra devidamente fundamentado, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder*.

2. O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que *é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa*.

3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento (RHC n. 138.937/PI, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe de 3/3/2017).

Noutro giro, *a aventada violação ao princípio da ampla defesa*, sob o fundamento não ter a defesa a oportunidade de se manifestar na sessão então

realizada para se deliberar sobre a custódia cautelar, *vale registrar não ser essa a melhor exegese empregada ao § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal, quando já se firmou o entendimento, por esta Corte de Justiça, no sentido de que a prévia intimação da parte contrária, disposta no preceito normativo citado, tem aplicação restrita às medidas cautelares diversas da prisão.*

Nesse sentido, transcrevo os seguintes precedentes:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Peculato, corrupção passiva e denúncia caluniosa. Prisão preventiva. Fundamentação concreta. Ameaça às testemunhas. Conveniência da instrução criminal Inaplicabilidade de medida cautelar alternativa. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

1. *Consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior o comando inserto no § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal - CPP, o qual impõe o contraditório prévio, não se aplica, em regra, aos casos de decreto de prisão preventiva, ante sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, podendo o magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo. Precedentes.*

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do Código de Processo Penal - CPP.

No caso dos autos, estão presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam demonstrada a periculosidade do recorrente, evidenciada pelo fato de ter ameaçado e coagido testemunhas para modificar os depoimentos prestados, com o intuito de inocentá-lo. Nesse contexto, a prisão processual em debate está devidamente fundamentada na conveniência da instrução criminal.

Noutro ponto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautela.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (RHC 71.289/MT, *Quinta Turma*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 29/06/2016, grifei).

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Sonegação fiscal. Citação por edital. Réus foragidos. Constituição de advogado para acompanhar a ação penal. Suposta nulidade sanada. Medida cautelar. Retenção de passaporte. Art. 282, § 3º, do CPP. Ausência de intimação da defesa técnica. Impossibilidade. Ofensa ao

contraditório. Não ocorrência. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Writ* não conhecido.

[...]

8. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, que deu nova redação ao § 3º do art. 282, o Código de Processo Penal passou a prever que, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

9. *Esta Corte firmou jurisprudência no sentido de que ‘a regra do art. 282, § 3º, do CPP não se aplica ao decreto de prisão preventiva, ante a sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, sendo permitido ao magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo.’*

10. No caso em apreço, a medida cautelar de retenção dos passaportes dos recorrentes ocorreu justamente pelo fato de os recorrentes encontrarem-se em local incerto e não sabido, bem como sem defesa técnica constituída nos autos.

11. Mostra-se inaplicável a regra inscrita no art. 282, § 3º, do CPP, no caso, pela sua ineficácia, diante da ausência dos recorrentes e de advogado constituído, razão pela qual não há falar em ofensa ao princípio do contraditório.

12. *Writ* não conhecido. (RHC 82.055/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 28/08/2017, grifei).

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Violação da regra prevista no art. 282, § 3º do CPP. Não ocorrência. Fundamentação da prisão. Gravidade concreta e risco de reiteração (paciente ostenta diversas condenações e responde a outros processos) excesso de prazo na instrução. Não ocorrência. Processo em fase de alegações finais. Incidência da Súmula 52 do STJ. Reabertura de instrução alegada. Supressão de instância. Desinfluência. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. *Consoante o entendimento desta Corte a regra do art. 282, § 3º, do CPP não se aplica ao decreto de prisão preventiva, ante a sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, sendo permitido ao magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo. Precedentes.*

[...] (HC 382.750/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 27/04/2017, grifei).

Verifica-se, nesse painel, em face dos múltiplos riscos à ordem pública, *com a ressalva de que a situação do paciente não destoa da dos outros investigados, sendo impossível supor a desagregação natural do grupo criminoso ou da sequência de atos delitivos sem a segregação cautelar dos personagens mais destacados*, que se torna inviável substituir a prisão preventiva por medidas diversas da prisão.

Este é o entendimento que vinha sendo firmado no âmbito desta *Quinta Turma*, a saber:

Processo Penal. Prisão cautelar. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, e por conveniência da instrução, decretada no âmbito da Operação Lava-Jato. Alegação de inexistência de *periculum libertatis* e de fundamentação inidônea (genérica e abstrata). Inocorrência. Prisão devidamente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário desprovido.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, e só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - A prática reiterada de crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, inclusive após a deflagração de fase ostensiva da operação Lava-Jato, evidencia a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, pois há risco da prática de novos crimes.

III - Havendo indícios da existência de quantias milionárias obtidas por meio criminoso ainda pendentes de rastreamento, justifica-se a prisão preventiva, pois a liberdade do Acusado coloca em risco a possibilidade de haver o sequestro de tais quantias, frustrando assim a aplicação da lei penal, já que poderia praticar atos com vistas a ocultar o produto do crime.

IV - *Existindo elementos a indicar que o Acusado buscou ocultar provas, mesmo que não relacionadas aos fatos que são objeto da Ação Penal na qual foi decretada sua prisão preventiva, a fundamentação para o decreto de prisão é idônea, pois indica que o Réu poderia vir a ocultar ou destruir, também, provas relacionadas à Ação Penal cuja instrução se busca assegurar.*

V - *Mostra-se insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, como na hipótese.*

Recurso ordinário desprovido (RHC 83.115/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 21/06/2017).

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Fundamentação. Quantidade de drogas

apreendida. Periculosidade social. Necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Segregação justificada. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares do art. 319 do CPP. Inviabilidade. Coação ilegal não demonstrada.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

[...]

5. *Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.*

6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 439.979/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 17/05/2018).

Por fim, como já deliberado às fls. 1.078/1.082, naquilo que concerne ao eventual excesso de prazo (o paciente foi preso em 21/11/2017), o que se denota, ao contrário do aventado pela defesa, é que o processo se encontra em trâmite regular, não havendo que se falar em atraso injustificado do compasso procedimental a respaldar qualquer reconsideração, ao menos nesse momento, uma vez que foram denunciados 19 (dezenove) acusados (denúncia acostada às fls. 327-514), com a imputação de diversos crimes e extenso número de testemunhas, aliado à premissa de já se ter iniciado a instrução processual, com o início da oitiva dos testigos arrolados pelo Ministério Público Federal, em 21/05/2018, valendo destacar, no ponto, que:

“A denúncia de fls. 2.375/2.562 foi submetida à apreciação da 1ª Seção Especializada desta Corte que, por unanimidade, deliberou por seu recebimento (fls. 4.980/4.981 em 15/03/2018).

Em face desse acórdão apenas a defesa do Deputado Estadual Paulo César Melo de Sá apresentou embargos declaratórios, já apreciados pelo colegiado em 26/04/2018, sendo negado provimento ao recurso, por unanimidade (fls. 5.174).

Portanto, determino o início da instrução processual.

Tendo em vista o extenso número de testemunhas arroladas pelas partes, bem se observa que não será possível a oitiva de todas numa mesma data; considerando que a defesa do Deputado Estadual JORGE SAYED PICCLANI não qualificou as testemunhas arroladas à fl. 4.882; que a defesa do Deputado Estadual EDSON ALBERTASSI arrolou mais testemunhas do que o número estabelecido pelo art.

398 do CPP; e considerando ainda que algumas testemunhas arroladas, nesta qualidade, possuem prerrogativa funcional quanto à indicação de dia, local e hora (art. 221 do CPP), excepcionalmente não será possível a realização de Audiência de Instrução e Julgamento em único ato” (fl. 1.250 - Informações prestadas pela Autoridade Coatora).

Assim, como registrado nas informações acima referidas, trata-se de processo que abarca diversos fatos e acusados, sendo certo que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no ponto, bem ressalva que a duração razoável do processo deve ser feita à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz.

A propósito, colaciono os julgados do Pretório Excelso:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Processo Penal. Decisão monocrática. Inexistência de argumentação apta a modificá-la. Manutenção da negativa de seguimento. Excesso de prazo. Complexidade do feito. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Conexão e desmembramento. Análise de matéria fático-probatório. Inadequação da via. Agravo regimental desprovido.

1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.

2. O reconhecimento da inobservância da duração razoável do processo não se traduz mediante análise aritmética dos prazos, mas deve ser compreendida à luz da complexidade da marcha processual. Hipótese de ação penal originária em que dezenas de delitos são imputados a 44 (quarenta e quatro) acusados, a revelar especial intrincamento que justifica minimamente o elastecimento, mormente se considerado o encerramento da instrução processual e as informações prestadas pelo Tribunal local que dão conta da contribuição da defesa para a produção desse resultado.

3. A teor da Súmula 704/STF, “a tração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” não viola o devido processo legal. Em tais casos, a unicidade de processamento e julgamento decorre das particularidades do caso concreto, notadamente da especial correlação entre as supostas infrações penais, razão pela qual esse juízo não é sindicável pela estreita e célere via do *habeas corpus*, avessa ao reexame do acervo fático-probatório.

4. Agravo regimental desprovido. (HC 130.441/AgR/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 28/06/2016)

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Porte ilegal de arma de fogo. Associação criminosa. Prisão preventiva. Excesso de prazo não configurado.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz.

2. Ação penal que tem tramitado de maneira regular, se consideradas as peculiaridades da causa destacadas pelo Superior Tribunal de Justiça: existência de seis denunciados, com distintos causídicos; em que houve dificuldade de localização dos acusados, com necessidade de expedição de precatórias e de publicação de edital; foram expedidas diversas cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, inclusive arroladas por três defesas. Consignou-se, ainda, a complexidade do processo, cuja investigação deparou-se com quadrilha armada, que supostamente representa uma célula da facção criminosa conhecida como PCC Primeiro Comando da Capital, que tinha em depósito mais de 450 kg de cocaína, 8,3 kg de maconha, diversas armas de fogo e munições, tanto de uso permitido quanto de uso restrito.

3. Inexistência de mora processual imputável ao Poder Judiciário.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 138.736 AgR/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 05/09/2017).

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Análise do mérito. Princípio da oficialidade. Prisão cautelar. Homicídio qualificado, associação criminosa e porte de arma de fogo de uso permitido. Excesso de prazo na instrução processual. Princípio da razoabilidade. Complexidade da causa. Pluralidade de réus. Advogados distintos. Necessidade de expedição de diversas cartas precatórias. Ausência de constrangimento ilegal.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais (Precedentes do STF e do STJ) (RHC 62.783/ES, Rel. Ministro **Felix Fischer**, Quinta Turma, julgado em 1º/09/2015, DJe 08/09/2015).

3. No caso, considera-se regular o prazo de tramitação do processo, tendo em vista a complexidade da causa (que envolve 8 réus, com advogados distintos, acusados da suposta prática de 3 crimes, dentre eles um homicídio qualificado) e a necessidade de se deprecar a realização de muitos atos processuais: expedem-

se diversas cartas precatórias, inclusive para a citação de corréus (segregados em comarcas distintas).

4. Ausente a alegada desídia da autoridade judiciária na condução da ação penal, não há falar em constrangimento ilegal hábil a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça (Precedentes).

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 417.594/SP, Quinta Turma Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe. 12/12/2017).

Ante o exposto, conheço parcialmente o writ e, nessa extensão, denego a ordem de habeas corpus.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 453.437-SP (2018/0135290-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogados: Carlos Eduardo Afonso Rodrigues

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Leandro Carvalho de Oliveira (Preso)

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvição ou desclassificação. Impossibilidade. Exame do conjunto fático-probatório incabível na via eleita. Condenação anterior pelo crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Reincidência. Desproporcionalidade. Pedido de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos. Regime aberto e substituição da pena. Viabilidade. Pena inferior a 4 anos e circunstâncias judiciais favoráveis. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o

conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do delito de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolição criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência.

4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra *Maria Thereza*, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias

do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora.

7. Quanto ao regime e a substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 15.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Leandro Carvalho de Oliveira* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0016313-43.2016.8.26.0562.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa (fls. 35/45).

Inconformada com a sentença, apelou a defesa e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 46/54).

Na presente impetração (fls. 1/23), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, ao fundamento de estarem ausentes, no caso, as provas da traficância, uma vez que foram apreendidos apenas 7,2 gramas de crack, bem como haver notícia nos autos de que possui outros registros anteriores pelo delito de uso.

Aponta, ademais, constrangimento ilegal em razão da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, pois o paciente foi considerado reincidente, por ostentar condenação anterior pela prática da infração prevista no art. 28 da Lei de Drogas, o que ensejou o afastamento da causa de diminuição de pena estabelecida no artigo 33, § 4º, da referida lei. Entretanto, aponta a defesa, tal medida *revela-se injusta, à vista do novo tratamento dado aos usuários de entorpecentes*, de forma que a prática da infração prevista no artigo 28 da Lei de Drogas não é apta a gerar reincidência, de forma a permitir a aplicação ao caso do mencionado redutor.

Uma vez reduzida a pena aplicada ao paciente, aponta que deve ser fixado o regime inicial diverso do fechado e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, que se desclassifique a conduta para o delito de uso de droga, ou, ainda, que a pena seja diminuída, com a aplicação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 64/66.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 71/76, pela concessão da ordem para desclassificar a conduta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de

Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Roubo em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. Inocorrência. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Periculosidade concreta do paciente. *Modus operandi*. *Habeas corpus* não conhecido.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. 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.

[...] *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

Habeas corpus. *Substitutivo do recurso constitucional. Inadequação da via eleita. Tráfico internacional de drogas. Dosimetria. Supressão de instância. Regime inicial fechado. Fundamentação idônea. Circunstâncias desfavoráveis*. 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação

constitucional que é, não pode ser o *writ* amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvemento de recurso ordinário contra a denegação do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo *writ* ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113.890, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento da ilegalidade na condenação do paciente pelo delito de tráfico. Subsidiariamente, busca-se o afastamento da reincidência, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, em consequência do redimensionamento da pena, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, destaque-se que, quanto à alegada falta de provas para condenar a paciente pelo delito de tráfico de drogas, bem como no que tange à aventada possibilidade de desclassificação da sua conduta para a infração prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, é imperioso consignar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido no curso da instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade do crime de tráfico.

No caso dos autos, assim ficou consignado pelo Tribunal local quando afirmou que estava comprovado a existência do delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas (fls. 50/52):

Com efeito, os policiais militares foram uníssonos em descrever o modo como ocorreu a abordagem, destacando que o apelante, ao avistar a viatura, jogou algo atrás de um poste e continuou a andar, motivando-os a realizar a abordagem, tendo em vista tal atitude suspeita. Em revista pessoal foi encontrado o valor de

R\$10,00 (dez reais). Já perto do referido poste, verificaram que o apelante havia dispensado um saco, no qual continha 21 (vinte e um) pinos de cocaína.

Não há que se falar, com isso, em ausência de credibilidade dos depoimentos prestados por policiais, uma vez que a função por eles exercida pressupõe idoneidade de caráter. Deveria o apelante ter trazido aos autos prova concreta da intenção dos agentes de segurança em incriminá-lo injustamente.

(...)

Além do mais, a quantidade de porções e a forma como estavam acondicionadas as drogas demonstraram que o apelante realmente praticava o comércio ilícito, não havendo a necessidade de que viesse a ser surpreendido no exato momento da mercancia, com as drogas em suas mãos.

(...)

Sob os mesmos fundamentos, não prospera a tese de desclassificação do tráfico para o delito de porte de entorpecentes para consumo próprio.

O apelante declarou-se usuário tão somente com o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para uso próprio.

(...)

Depreende-se, portanto, que o modo como ocorreu a abordagem e, principalmente, a forma como estavam acondicionadas as drogas apreendidas não permitem que se reconheça a pretendida desclassificação.

O fato de ter o apelante afirmado ser usuário não impede que também seja traficante, mesmo porque é de ser ressaltado que o mero viciado não portaria, pelas condições pessoais apresentadas por ele, notadamente sua situação financeira, a quantidade de entorpecentes apreendida, aliás, totalmente incompatível com seu padrão de vida.

Essa análise ainda leva a concluir-se que o apelante, de fato, praticou o delito que lhe está sendo imputado, não havendo falar-se em fragilidade probatória, o que impossibilita a aplicação do princípio "in dubio pro reo".

Assim, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido pela defesa, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Tráfico de drogas. Desclassificação do delito. Inviabilidade de análise em sede de *habeas corpus*. Matéria fático-probatória. Pena inferior a 4 anos. Pena-base no mínimo legal. Preenchidos os requisitos do art. 33 e art. 44, ambos do Código Penal - CP. Quantidade pequena de droga apreendida (1,16 gramas de cocaína). Aplicação

do regime prisional aberto e substituição da pena por restritiva de direitos. Possibilidade. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto à desclassificação e absolvição do delito de tráfico de drogas demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*. Ademais, com base nas provas dos autos, no depoimento dos policiais e na quantidade e natureza da droga apreendida, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico de drogas.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena.

(HC 451.738/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

Em relação à insurgência sobre a reincidência do paciente, a defesa alega que a condenação anterior pela prática da infração prevista no art. 28 da Lei de Drogas não gera a reincidência.

Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, sabe-se que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve *abolitio criminis*.

Confira-se, a propósito, a ementa do *decisum*:

[...]

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação

da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei n. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(RE n. 430.105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 divulg 26/04/2007 public 27/04/2007 DJ 27/04/2007 pp-00069 Ement vol-02273-04 pp-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

Nesse sentido, também temos os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Condenação anterior pelo delito tipificado do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Conduta não descriminalizada. Reincidência. Caracterização. Causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Inaplicabilidade. Regime prisional semiaberto. Adequado. Substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Falta de preenchimento de requisito objetivo. *Writ* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Segundo entendimento desta Corte, o porte de drogas para uso próprio não foi descriminalizado com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, tendo havido apenas a mera despenalização de tal conduta, já que o referido tipo penal trouxe somente a cominação de penas alternativas ao infrator. Logo, a existência de condenação

definitiva anterior por infração ao art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar o agravamento da pena pela reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida norma.

3. Aplicada a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, e mesmo que deduzido o período de prisão preventiva, o regime prisional semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a reincidência do réu, a teor do art. 33, § 2º, do CP c.c o art. 287, § 2º, do CPP.

4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 407.882/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

Penal e Processual. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Paciente condenado pelo crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Pedido de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Inviabilidade. Requisitos não preenchidos. Condenação anterior pelo delito do art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Reincidência caracterizada. Precedentes. Pedidos de fixação de regime prisional aberto e de substituição de pena privativa de liberdade prejudicados.

[...]

4. Consoante reiterados precedentes desta Corte, a condenação anterior e definitiva pelo crime de posse de drogas para uso próprio (art. 28, *caput*, da Lei de Drogas), enseja a caracterização de reincidência, porquanto, com a vigência da Lei n. 11.343/2006, não houve *abolitio criminis*, mas mera despenalização da conduta. Precedentes.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 350.317/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 12/9/2016)

Contudo, entendo que tal entendimento se mostra desproporcional. Isso porque, ainda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada, veja-se que essa conduta é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Além disso, não existe a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento.

Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do

Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

Cabe considerar, ainda, que está no Supremo Tribunal Federal discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, tendo havido Repercussão Geral no RE n. 635.659, para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

Ademais, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra *Maria Thereza*, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado nesse mesmo sentido, considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do ar. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Segue a ementa do precedente:

Recurso especial. Direito Penal. Tráfico de entorpecentes. Condenação anterior pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas. Caracterização da reincidência. Desproporcionalidade.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”;

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

5. Recurso improvido.

(REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)

Assim, afasto os efeitos da reincidência decorrente da condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas.

Em consequência, quanto ao pleito de reconhecimento da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

No caso, verifico que a redutora não foi aplicada apenas em razão da reincidência e, tendo em vista o afastamento dessa agravante, a benesse deve ser reconhecida e aplicada na fração máxima de 2/3, sobretudo em razão da não expressiva quantidade de droga apreendida (7,2g de crack).

Assim, passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, houve a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Em razão do afastamento da agravante da reincidência, resta apenas a atenuante da confissão. Contudo, tendo em vista que a pena já foi arbitrada no mínimo legal, incide o enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal. Na terceira fase, aplico a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena arbitrada em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Por fim, tendo em vista o redimensionamento da reprimenda para 1 ano e 8 meses e o fato de a reincidência ter sido o único fundamento utilizado, tanto para a fixação do regime mais gravoso quanto para a negativa de substituição da pena, necessário realizar alterações.

Tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*. Contudo, *concedo a ordem, de ofício*, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 455.901-RJ (2018/0154017-4)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Rafael Caetano Borges e outro

Advogado: Rafael Caetano Borges - RJ141435

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Marcello Rocha de Luna Freire

EMENTA

Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Violação ao sistema recursal. Não conhecimento.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Calúnia. Suspensão condicional do processo. Réu que responde a diversos inquéritos policiais. Fundamento inidôneo para a negativa da benesse. Inexistência de ação penal em curso contra o acusado. Inteligência do artigo 89 da Lei 9.099/1995. Coação ilegal configurada.

1. Esta Corte Superior de Justiça, ao interpretar o artigo 89 da Lei 9.099/1995, firmou entendimento no sentido de que, nos crimes de ação penal pública, somente o Ministério Público é legitimado a ofertar a suspensão condicional do processo, devendo fazê-lo de forma fundamentada, permitindo, assim, o controle da legalidade da proposta ou de sua recusa pelo Poder Judiciário. Precedentes.

2. Para a concessão da suspensão condicional do processo é necessário, além do preenchimento dos requisitos objetivos, o atendimento às exigências de ordem subjetiva, como não estar sendo processado ou não haver sido condenado por outro crime, além das dispostas no artigo 77 do Código Penal, referentes à adequação da medida em face da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do delito.

3. No caso dos autos, não obstante o paciente ostente diversos registros de inquéritos policiais instaurados em seu desfavor, o que, a princípio, impediria a concessão do benefício pelo não atendimento dos requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que o artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais não pode ser interpretado de forma ampliativa, prejudicando o acusado, razão pela qual apenas os agentes que estão sendo processados, ou seja, contra quem há ação penal em curso, não fazem jus à benesse em exame. Precedentes.

4. Com o retorno dos autos à origem para que o Ministério Público se manifeste novamente sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do réu, afastado o óbice relativo à existência de inquéritos policiais em seu desfavor, resta prejudicado o exame da alegada ilegalidade da condenação do réu e da pena que lhe foi cominada.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para invalidar os fundamentos apresentados para negativa do oferecimento da suspensão condicional do processo, devendo ser avaliada nova possibilidade de concessão benéfico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 2.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Marcello Rocha de Luna Freire*, apontando como autoridade coatora a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0807971-82.2010.4.02.5101.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano de detenção, a ser cumprida no regime aberto, mais pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, como incurso no artigo 138 do Código Penal, tendo a reprimenda privativa de liberdade sido substituída por restritiva de direitos.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido.

Contra tal decisão, foram opostos embargos infringentes e de nulidade, aos quais se negou provimento.

Sustentam os impetrantes que o réu faria jus à suspensão condicional do processo, pois as anotações utilizadas para fundamentar a negativa do benefício seriam inidôneas, já que uma delas diria respeito a um inquérito policial

arquivado, ao passo que outra se referiria a outro procedimento inquisitorial cujo delito já estaria prescrito.

Alegam que a ausência de sentenças condenatórias em desfavor do acusado seria suficiente para que lhe fosse franqueado o *sursis* processual.

Aduzem que o paciente estaria acobertado pela imunidade profissional do advogado, o que afastaria o seu dolo.

Alegam que embora as palavras utilizadas pelo réu possam ser consideradas ofensivas, suas manifestações objetivavam apenas a defesa de seu cliente, não tendo agido com a intenção de ofender a suposta vítima.

Consideram que a determinação de comparecimento trimestral do acusado em juízo para comprovar pessoalmente o cumprimento das condições impostas no curso da execução penal seria desproporcional e ilegal, uma vez que caberia à instituição beneficiada controlar o horário referente à prestação de serviços à comunidade.

Afirmam que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal seriam integralmente favoráveis ao paciente, o que ensejaria a aplicação da pena em seu patamar mínimo.

Argumentam que, a despeito do teor do verbete 231 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, a reprimenda cominada ao paciente deveria ser reduzida aquém do mínimo legal.

Requerem a concessão da ordem para que o acórdão impugnado seja desconstituído.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 549/550.

Prestadas as informações (e-STJ fls.556/558), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 620/626, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a desconstituição do acórdão que manteve a condenação do paciente pela prática do crime de calúnia.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso

específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Segundo consta da denúncia, o paciente, agindo com o especial fim de ofender, caluniou procurador da república ao apresentar resposta à acusação nos autos de ação penal pública, imputando-lhe falsamente o crime de prevaricação, ao afirmar que teria deflagrado processo penal contra disposições expressas de lei e para satisfazer sentimentos pessoais (e-STJ fl. 22).

O réu imputou à vítima a elaboração da exordial acusatória com os seguintes vícios intencionais: falta de lastro na verdade real, distorção dos fatos, ofensa aos réus e interpretações de conveniência, assentando que o ofendido assim agiu para satisfazer sua própria concupiscência e ânsia persecutória, sentimentos infensos à deontologia da persecução penal (e-STJ fl. 22).

No entanto, a inicial que lastreou a ação penal embasou-se em inquérito policial e continha múltiplas alusões aos elementos de prova colhidos na fase inquisitorial, tendo sido elaborada em linguagem inconspícua, sem adjetivações extrínsecas à imputação vertida, bem como recebida por um magistrado, operador jurídico qualificado, que considerou seu alicerce probatório idôneo (e-STJ fl. 23).

De acordo com o órgão ministerial, o especial fim de agir do paciente é extraído da referência individualizada e circunstanciada à vítima, do uso das palavras “propositadamente”, “dolosa” e “solenemente”, da alusão a sentimentos como “concupiscência” e “ânsia”, que animariam a conduta processual do procurador da república, e da atribuição “desse tipo de comportamento” ao mesmo ofendido em outro feito (e-STJ fl. 23).

Advertiu que se houvesse mero excesso de argumentação, as imputações se dirigiriam à instituição Ministério Público, e não ao seu membro, e criticariam as conclusões do agente público, e não suas intenções (e-STJ fl. 23).

Feitos tais esclarecimentos, no que se refere à almejada concessão da suspensão condicional do processo ao acusado, é cediço que os requisitos para a obtenção da benesse estão previstos no artigo 89 da Lei 9.099/1995, *verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Da leitura do dispositivo legal em questão, depreende-se que, além dos pressupostos objetivos, há exigências de ordem subjetiva, como não estar sendo processado ou não haver sido condenado por outro crime, além das dispostas no artigo 77 do Código Penal, referentes à adequação da medida em face da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do delito.

No caso dos autos, o Ministério Público deixou de ofertar ao réu o benefício do sursis processual em razão de sua certidão de antecedentes criminais, (e-STJ fl. 139), com o que concordou o magistrado singular (e-STJ fl. 163) e foi mantido pela Corte Estadual.

Não obstante o paciente ostente diversos registros de inquéritos policiais instaurados em seu desfavor, o que, a princípio, impediria a concessão do benefício pelo não atendimento dos requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que o artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais não pode ser interpretado de forma ampliativa, prejudicando o acusado, razão pela qual apenas os agentes que estão sendo processados, ou seja, contra quem há ação penal em curso, não fazem jus à benesse em exame.

Nesse sentido:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 334, § 1º, III, do Código Penal. Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei 9.099/95. Negativa com base na existência de inquéritos policiais. Impossibilidade. Recurso provido.

1. A existência de inquéritos policiais em curso não é circunstância idônea a obstar o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. Inteligência do art. 89 da Lei 9.099/95.

2. Recurso provido.

(RHC 79.751/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)

Habeas corpus. Prefeito. Denúncia. Art. 1º, inciso IX, do Decreto-Lei n. 201/67. (...) Suspensão condicional do processo. Possibilidade.

(...)

4. *A existência de inquéritos policiais em andamento – motivo da negativa de proposta de suspensão condicional do processual – não é razão idônea para a negativa do benefício.*

5. Vale ressaltar que, conquanto os inquéritos em andamento não configurem obstáculo à proposta do sursis processual, a existência de ação penal, com ou sem condenação, é fator impeditivo do benefício, a teor da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a do Supremo Tribunal Federal.

6. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado. Ordem concedida, também em parte, tão-somente para determinar a abertura de vista ao Ministério Público a fim de que, afastado o óbice indicado, e se outro superveniente não houver, ofereça a suspensão condicional do processo ao acusado, nos termos do artigo 89, *caput*, da Lei 9.099/95.

(HC 36.132/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 29/08/2005, p. 374)

Conclui-se, portanto, que os fundamentos utilizados pelas instâncias de origem para negar ao paciente o benefício do sursis processual são inidôneos, sendo necessário, assim, o retorno dos autos à ordem para que o Ministério Público se manifeste novamente sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do réu, afastado o óbice relativo à existência de inquéritos policiais em seu desfavor.

Com a devolução do processo para fins de manifestação do órgão acusatório quanto ao benefício do artigo 89 da Lei 9.099/1995, resta prejudicado o exame da alegada ilegalidade da condenação do réu, e da pena que lhe foi imposta.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não se conhece do writ, concedendo-se*, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para invalidar os fundamentos apresentados para negativa do oferecimento da suspensão condicional do processo, devendo ser avaliada nova possibilidade de concessão benefício.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 83.320-DF (2017/0085778-6)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Edison Luiz Sanches
Recorrente: Rafael Fernandez Gonzalez
Recorrente: Aldemir Miguel do Nascimento
Recorrente: Peterson Ramos dos Santos
Advogados: Igor Sant'Anna Tamasauskas - SP173163
Pierpaolo Cruz Bottini - SP163657
Marcio Martagão Gesteira Palma - DF021878
Joao Antonio Sucena Fonseca - DF035302
Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Quadrilha e crimes contra a ordem econômica. Falta de fundamentação das decisões que autorizaram e prorrogaram a quebra de sigilo telefônico. Provimentos judiciais motivados. Nulidade não caracterizada.

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, inciso IX, da Carta Magna).

2. Das decisões judiciais anexadas aos autos, percebe-se que a excepcionalidade do deferimento da interceptação telefônica foi justificada em razão da suspeita da prática de graves infrações penais pelos investigados, tendo sido prolongada no tempo em razão do conteúdo das conversas monitoradas, que indicaram a existência de um cartel de revenda de gás GLP em atuação no Distrito Federal, cujos integrantes combinavam reuniões e discutiam o preço dos botijões de gás na maioria das vezes por meio de comunicações telefônicas.

3. É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável. Precedentes.

Interceptações telefônicas. Transcrição integral das conversas monitoradas. Formalidade desnecessária para a validade da prova obtida.

1. O entendimento predominante nos Tribunais Superiores é no sentido da desnecessidade de transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, bastando que se confira às partes acesso aos diálogos interceptados. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na espécie, a pedido do Ministério Público o magistrado singular autorizou a degravação, pelo Instituto de Criminalística, de 57 (cinquenta e sete) diálogos que foram citados na ação penal, o que reforça a inexistência de qualquer eiva apta a macular o processo.

Indeferimento motivado de prova pericial requerida pela defesa. Possibilidade. Inexistência de cerceamento do direito de defesa.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, a instância de origem indeferiu o pedido de realização de prova técnica de análise quanto à evolução do mercado de gás de cozinha no Distrito Federal por se tratar de diligência desnecessária, prescindível e inócua, uma vez que já constam dos autos relatório do PROCON e outros documentos que indicam o monitoramento dos preços do aludido produto durante o período dos fatos.

3. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa da diligência almejada pela defesa dos recorrentes, sendo certo que, para se concluir que seria indispensável para a comprovação das teses suscitadas em seu favor, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes.

Excesso acusatório. Bis in idem na imputação dos crimes de formação de quadrilha e de cartel. Inexistência de concurso material entre os delitos contra a ordem econômica. Necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade na via eleita.

Para se atestar se haveria ou não concurso material entre as condutas que caracterizariam o crime de cartel, bem como para se concluir que não haveria autonomia entre a associação criminosa e a formação de cartel, seria necessário o exame de matéria fático-probatória, procedimento incompatível com a via eleita. Precedente.

Suspensão condicional do processo. Concurso entre delito cuja pena mínima é de 1 (um) ano e crimes que cominam sanção alternativa de multa. Preenchimento do requisito objetivo do artigo 89 da Lei 9.099/1995. Constrangimento ilegal configurado.

1. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 9.099/1995, esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que quando para o crime seja prevista pena alternativa de multa, que é menos gravosa do que qualquer sanção privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito o pressuposto objetivo para a concessão da benesse. Precedentes.

2. No caso em exame, considerando-se que os fatos assestados aos réus ocorreram antes das alterações promovidas no artigo 288 do Código Penal pela Lei 12.850/2013, e no artigo 4º da Lei 8.137/1990 pela Lei 12.529/2011, verifica-se que as penas mínimas cominadas aos delitos em questão são de 1 (um) ano para a quadrilha ou bando, e de 2 (dois) a 5 (cinco) anos *ou* multa para a formação de cartel.

3. Sendo os crimes contra a ordem econômica sancionados com reprimenda alternativa de multa, a sua prática em concurso material com a quadrilha não enseja sanção total superior a 2 (dois) anos de reclusão, não subsistindo, assim, o argumento levantado pelas instâncias de origem para obstar a proposta de suspensão condicional do processo.

4. Recurso parcialmente provido para determinar que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo, afastado o óbice relativo à pena mínima cominada aos crimes imputados aos recorrentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Marcio Martagão Gesteira Palma (p/rectes) e Ministério Público Federal

Brasília (DF), 11 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 19.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Edison Luiz Sanches, Rafael Fernandez Gonzalez, Aldemir Miguel do Nascimento e Peterson Ramos dos Santos* contra acórdão proferido pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no julgamento do HC n. 2017002003645-4.

Noticiam os autos que os recorrentes foram denunciados como incurso nos artigos 288 do Código Penal, 4º, inciso I, alínea “a”, 4º, inciso II, alínea “a”, e 4º, inciso I, alínea “f”, todos da Lei 8.137/1990.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os patronos dos réus que a decisão que permitiu a quebra do sigilo telefônico não teria demonstrado a indispensabilidade da medida, nos termos do artigo 2º da Lei 9.296/1996.

Afirmam que, havendo diligências em curso, e inúmeras outras possibilidades de apuração, tanto que os acusados sequer haviam sido ouvidos, a aludida cautelar não poderia ter sido implementada, uma vez que não seria imprescindível para a apuração dos fatos.

Alegam que os provimentos judiciais que permitiram a prorrogação das interceptações careceriam de fundamentação idônea, não tendo sido declinados elementos concretos aptos a justificá-la.

Aduzem que não foram juntadas aos autos as transcrições das conversas captadas, nem mesmo das expressamente mencionadas na peça vestibular, o que contrariaria o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996.

Entendem que o indeferimento do pedido de produção de provas técnicas para analisar a evolução do mercado de gás de cozinha no Distrito Federal violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Argumentam que os denunciados fariam jus à suspensão condicional do processo, que teria sido obstada na origem em decorrência de excessos acusatórios.

Requerem o provimento da insurgência, para que seja reconhecida a ilicitude das interceptações telefônicas que antecederam a deflagração penal e da instrução realizada sem a transcrição dos trechos pertinentes à investigação, bem como para que seja determinada a implementação de perícia para submissão de elemento indiciário unilateralmente produzido ao contraditório, reconhecendo-se o excesso de acusação.

Contra-arrazoado o reclamo (e-STJ fls. 612/613), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo a liminar sido indeferida, nos termos da decisão de fls. 620/622.

O Ministério Público Federal, às fls. 629/637, manifestou-se pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, o reconhecimento da ilicitude das interceptações telefônicas que antecederam a deflagração penal e da instrução realizada sem a transcrição dos trechos pertinentes à investigação, bem como a determinação da implementação de perícia para submissão de elemento indiciário unilateralmente produzido ao contraditório, reconhecendo-se o excesso de acusação.

Como se sabe, 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, nos termos do artigo 93, inciso IX da Carta Magna.

Em reforço às regras contidas na Lei Maior, o artigo 5º da Lei 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.

Sobre o referido dispositivo, Guilherme de Souza Nucci expõe que:

Se o pleito deve ser minucioso, indicando a necessidade da diligência e os meios a serem empregados, é natural que a decisão judicial também contenha elementos precisos do que será realizado, incluindo o objetivo e os números telefônicos interceptados. Se possível, o que é desejável, o nome dos envolvidos, a fim de restringir abusos estatais, consistentes na captação de conversas estranhas à meta da investigação do processo criminal. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 765).

Na espécie, o magistrado autorizou a quebra do sigilo telefônico ante a extrema gravidade dos fatos noticiados na representação ministerial, que indicam a prática de crime contra a ordem econômica, consistente na possível fixação artificial de preços e controle regionalizado do mercado, se mostrando necessária a medida para a adequada individualização das condutas e apuração do fato delituoso, ressaltando não haver “outros meios de produção de provas disponíveis para o efetivo aprofundamento das investigações policiais” (e-STJ fls. 416/417).

E, ao permitir a continuidade do monitoramento, bem como a inclusão de novos terminais, a autoridade judicial consignou que, de acordo com o Ministério Público, “as conversas até agora captadas das pessoas que tiveram a quebra deferida demonstram que os alvos falam constantemente ao telefone sobre preços, às vezes entre si, em outros momentos com outros vendedores, sendo que no período de interceptação houve reuniões”, elementos probatórios que demonstram a necessidade de prorrogação da interceptação e inclusão de novos terminais, “pois até agora se mostram como providências imprescindíveis para a elucidação do caso em apuração” (e-STJ fl. 420).

Em novo pronunciamento, o togado de origem autorizou a prorrogação da quebra do sigilo telefônico, *uma vez que os prefixos em questão, ao que tudo indica, são constantemente utilizados pelos investigados para conjecturar estratégias de*

formação de cartel entre distribuidoras e revendedores de botijões de gás”, permitindo, ainda, “a ampliação da medida para os prefixos pertencentes aos gerentes do Nacional Gás Butano e SHV, identificados como Leandro e ‘Bira’, além do revendedor Luiz Claudio”, que, ao que tudo indica, também integram o cartel em comento (e-STJ fl. 423).

Em mais uma decisão que permitiu o afastamento do sigilo telefônico dos investigados, o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Ceilândia/DF assentou que a medida restritiva “é imperiosa para o aprofundamento das investigações, notadamente quanto aos novos números indicados para interceptação para que sejam robustecidos os elementos de convicção acerca dos novos suspeitos quanto ao seu envolvimento no cartel, bem como no tocante aos demais para que sejam referendadas as provas até o momento produzidas” (e-STJ fl. 426)

Da leitura dos mencionados julgados, percebe-se que a interceptação telefônica foi justificada em razão da suspeita da prática de graves infrações penais pelos investigados, tendo sido prolongada no tempo em razão do conteúdo das conversas monitoradas, que indicaram a existência de um cartel de revenda de gás liquefeito de petróleo - GLP em atuação no Distrito Federal.

Não se pode olvidar que as condutas investigadas na ação penal em apreço são praticadas à clandestinidade, devendo-se ressaltar que os envolvidos combinavam reuniões e discutiam o preço dos botijões de gás na maioria das vezes por meio de comunicações telefônicas, circunstância que bem evidencia a necessidade de se permitir aos agentes responsáveis pela apuração dos fatos a excepcional quebra do sigilo telefônico.

Imperioso frisar, ainda, que é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável.

Isso porque, conforme consignado alhures, o órgão responsável pelas investigações apresentou justificativas plausíveis para a excepcional utilização da interceptação telefônica, consistente, entre outras, na forma de atuação criminosa dos investigados, argumento que foi acolhido pela autoridade judiciária que o reputou idôneo, olvidando-se a defesa de trazer aos autos elementos de informação que indiquem o aqodamento da medida, notadamente porque as diligências mencionadas nas razões recursais - prévia oitiva dos recorrentes, cumprimento das ordens de serviço referentes à identificação dos

revendedores possivelmente coagidos pelo cartel e colheita do depoimento do denunciante - não permitem, à toda evidência, a obtenção dos dados alcançados com o monitoramento telefônico dos envolvidos.

Por oportuno, colhe-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, quando comentam o dispositivo em apreço:

Mas poderão surgir dúvidas, na *praxis*, quando a interceptação tiver sido autorizada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se após que outros existiam. Parece-nos que, nesse caso, a interceptação não poderá ser considerada ilícita (*rectius*, ilegítima), por configurar a exigência do inc. II do art. 2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova. Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz, a quebra do sigilo pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido legal e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios. (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 174.)

Com idêntica orientação, merecem menção os seguintes julgados deste Sodalício:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental recurso especial. Tráfico de drogas. Interceptações telefônicas. Nulidade. Cumprimento dos requisitos legais. (...).

(...)

II - Ademais, "é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável" (RHC 79.999/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 3/3/2017).

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.735.437/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Prejudicialidade da impetração afastada. Nulidade das interceptações telefônicas. Inocorrência. Investigações preliminares que demonstraram a necessidade da medida. Fundamentação idônea. Revisão fático-probatória. Agravo regimental provido. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

3. *Em atenção ao art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.296/96, a interceptação telefônica só será deferida quando não houver outros meios de produção de prova. Nos termos da Jurisprudência desta Corte, cabe a parte demonstrar por quais outros procedimentos investigatórios seriam suficientes para a elucidação da autoria dos delitos investigados, sendo que afastar as conclusões das instâncias ordinárias sobre a adequação de tais meios demanda o aprofundado revolvimento fático probatório, vedado na via eleita.*

Agravo Regimental provido. *Habeas Corpus* não conhecido.

(AgRg no HC 214.917/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

Portanto, estando-se diante de decisões devidamente motivadas, que justificaram a quebra do sigilo telefônico e o seu prolongamento com base, essencialmente, nas informações coletadas pela autoridade policial e pelo Ministério Público indicativas da prática criminosa atribuída aos investigados, não há que se falar em ilicitude das provas dela decorrentes.

No que se refere à alegação de que não teria sido realizada a degravação e a transcrição dos áudios obtidos com as interceptações, prevalece nos Tribunais Superiores o entendimento de que tal providência revela-se dispensável, bastando que seja franqueado às partes o acesso aos diálogos monitorados.

A propósito, confira-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Associação ao tráfico. Interceptação telefônica. Decisão fundamentada. Transcrição integral. Prescindível. Absolvição. Reexame. Minorante. Inviável. Agravo regimental não provido.

(...)

2. *Devidamente fundamentada a decisão de quebra do sigilo telefônico, não há nulidade nas provas obtidas mediante as escutas.*

Além disso, é prescindível a transcrição integral dos diálogos obtidos por meio da interceptação.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 517.813/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 21/08/2018)

Agravo regimental no *habeas corpus*. (...) Transcrição integral do conteúdo da interceptação telefônica. Desnecessidade. Agravo regimental desprovido.

(...)

V - Destaque-se o entendimento predominante da jurisprudência de que não é obrigatória a transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas, uma vez que a Lei 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 430.854/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)

No mesmo sentido, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Interceptação telefônica. (...) 6. Degravação integral dos diálogos interceptados. Desnecessidade. Precedentes. (...) 10. Denegada a ordem.

(HC 130.729, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, Processo Eletrônico DJe-288 divulg 13/12/2017 public 14/12/2017)

Na espécie, o magistrado singular consignou que “a defesa teve total acesso às mídias contendo os áudios das conversas encartadas”, circunstância que demonstra a inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, é necessário esclarecer que, ao contrário do que sustentado nas razões recursais, não foi indeferido o pedido de degravação de 57 (cinquenta e sete) diálogos requerido pelo órgão ministerial (e-STJ fls. 432/434), tendo o togado de origem determinado a expedição de ofício ao Instituto de Criminalística para que a diligência fosse implementada, tal como requerida (e-STJ fl. 511), o que reforça a inexistência de qualquer eiva apta a macular o processo, notadamente porque, com a juntada aos autos das mencionadas transcrições, as partes poderão sobre elas se manifestar, bem como pleitear o que entenderem de direito.

Quanto ao aventado cerceamento do direito de defesa dos recorrentes ante o indeferimento da realização de perícia por eles requerida, sabe-se que, embora o acusado, no processo penal, tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma motivada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

Confira-se, a propósito, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem “embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, § 1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias.” (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294).

Não destoam a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Organização criminosa, ocultação de bens, direitos e valores. Jogo do bicho. (...) Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. (...) Supressão. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

V - O acusado no processo penal tem direito à produção de prova. No entanto, o Magistrado tem discricionariedade para indeferir, motivadamente, aquelas que reputar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, nos termos do art. 400, § 1º, do CPP, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 445.132/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018, DJe 04/06/2018)

Embargos de declaração em *habeas corpus* recebidos como agravo regimental. Princípios da fungibilidade, celeridade e economia processual. Homicídios qualificados e roubo. (...) Produção de prova. Indeferimento motivado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. (...) Agravo improvido.

(...)

3. O art. 400, § 1º, do CPP, autoriza o Magistrado a indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova, de modo que o indeferimento fundamentado da prova requerida pela defesa, não revela cerceamento de defesa, quando justificada sua prescindibilidade para o deslinde da controvérsia.

(...)

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no HC 411.833/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018)

O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo entendimento:

EMENTA: Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Crime de responsabilidade de prefeito. Artigo 1º, I, do Decreto Lei n. 201/67. Incidência do princípio do “pas de nullité sans grief”. Suscitados vícios na instrução processual. Possibilidade de o magistrado indeferir provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Agravo regimental desprovido. 1. *É possível ao magistrado, nos termos do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes: HC 135.026, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 24/10/2016; HC 135.133-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 01/02/2017. (...) 8. Agravo regimental desprovido.*

(RHC 153.941 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, Processo Eletrônico DJe-115 divulg 11/06/2018 public 12/06/2018)

Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Operação “Publicano/PR”. 3. Alegação de ofensa à ampla defesa decorrente do indeferimento de diligências requeridas na fase do art. 402 do Código de Processo Penal. 4. *Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligências pleitadas, se estas forem consideradas desnecessárias pelo magistrado a quem compete analisar a necessidade e conveniência de tais requerimentos. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(HC 137.316 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 17/11/2017, Processo Eletrônico DJe-272 divulg 28/11/2017 public 29/11/2017)

Na hipótese em apreço, os réus, em resposta à acusação, requereram a “realização de prova técnica de análise quanto à evolução do mercado de gás de cozinha no Distrito Federal”, o que foi indeferido pelo Juiz de Direito por não vislumbrar “sua necessidade, tampouco sua imprescindibilidade, uma vez que consta dos autos relatório do PROCON, acompanhado de outros documentos, que indicam o monitoramento de preços de gás de cozinha durante o período dos fatos, restando inócua tal diligência” (e-STJ fl. 510).

Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de produção da perícia pleiteada, o que afasta o constrangimento ilegal suscitado na presente insurgência.

Ademais, é imperioso salientar que, para se concluir que a prova em questão seria indispensável para a comprovação das teses defensivas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita, consoante vem decidindo este Sodalício:

Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Extorsão mediante sequestro, roubo majorado e associação criminosa armada. Sentença condenatória confirmada pelo Tribunal estadual. Trânsito em julgado da condenação. (...) Pedido de perícia indeferido. Motivação idônea. Princípio do livre convencimento motivado. (...) *Writ* não conhecido.

(...)

8. *Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, necessária seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita.*

(...)

18. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 283.746/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

Processual Penal. Prescrição e nulidade por falta de sustentação oral. Matérias não decididas no acórdão atacado. Não conhecimento sob pena de supressão de instância. Suspeição de juiz e indeferimento de prova pericial. Tema impróprios ao veio restrito do *habeas corpus*.

(...)

3 - *É do juízo de primeiro grau a aferição da conveniência e oportunidade sobre a produção de determinada prova que, se for impertinente, poderá ser indeferida, motivadamente. Ir além disso, importa em dilação probatória.*

4 - Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, denegada a ordem.

(HC 405.958/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

No tocante ao alegado excesso acusatório, extrai-se da denúncia que no período de agosto de 2009 a maio de 2010, data da deflagração da Operação Júpiter, em diversos locais do Distrito Federal e, principalmente nas sedes das empresas distribuidoras e dos diversos revendedores de gás liquefeito de petróleo - GLP, os réus, agindo de maneira consciente e voluntária, mediante conjugação de esforços e unidade de desígnios, associaram-se em quadrilha para o fim de praticar crimes contra a ordem econômica em detrimento da livre concorrência e do consumidor do Distrito Federal (e-STJ fls. 61/62).

Por tais fatos, imputou aos recorrentes os crimes de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal) e formação de cartel (artigos 4º, inciso I, alínea “a”, 4º, inciso II, alínea “a”, e 4º, inciso I, alínea “f”, todos da Lei 8.137/1990).

Ao afastar a alegação de inexistência de concurso material entre cartéis, o Juízo de origem asseverou que “a denúncia aponta para a existência de três condutas criminosas distintas, que teriam sido praticadas contra a ordem econômica, em períodos diversos e por autores distintos, sendo elas: a fixação artificial de preços de GLP através de acordo entre distribuidoras e revendedoras, a divisão de clientes através de acordo entre as distribuidoras e o impedimento ao funcionamento de empresas através de acordo para eliminação parcial da concorrência”, condutas que “constituem crimes parcialmente distintos, praticados com desígnios autônomos, possivelmente praticados em concurso material, por se tratarem, em especial, de condutas distintas entre si, o que será definitivamente decidido na devida fase de julgamento do feito” (e-STJ fl. 509).

Da mesma forma, repeliu a ocorrência de *bis in idem* na imputação dos crimes de cartel e quadrilha em concurso material porque “se tratam de crimes distintos, pois em um o bem jurídico tutelado é a paz pública e no outro a tutela é da ordem econômica”, não havendo “vínculo de dependência entre os crimes de cartel e formação de quadrilha, uma vez que a existência do crime de cartel não depende da existência de uma quadrilha que se reúna para a prática de diversos crimes, como ocorreu no caso em tela” (e-STJ fl. 509).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assinalou que “a questão relativa à possível consunção entre os crimes de associação criminosa e formação de cartel demanda incusão pormenorizada nas provas dos autos, a fim de colher-se os subsídios necessários à constatação de seus elementos constitutivos” (e-STJ fl. 543).

Pois bem, consoante consignado nas decisões impugnadas, para se atestar se haveria ou não concurso material entre as condutas que caracterizariam o crime de cartel, bem como para se concluir que não haveria autonomia entre a associação criminosa e a formação de cartel, seria necessário o exame de matéria fático-probatória, procedimento incompatível com a via eleita.

A propósito:

Habeas corpus. Quadrilha e cartel. Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Princípio da consunção. Tese insusceptível de apreciação na via eleita. Juízo de admissibilidade da denúncia em dois atos. Finalidades distintas. Decisão judicial fundamentada. Manifesto constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem não conhecida.

(...)

3. A absorção do crime de quadrilha (atualmente denominado de associação criminosa) pelo delito de cartel, em sede de habeas corpus, se mostra insusceptível

de apreciação, sendo mister aguardar a instrução criminal para apurar, com verticalidade cognitiva, se efetivamente foram dois crimes distintos ou se um foi absorvido pelo outro.

(...)

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 248.795/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 03/02/2015)

Todavia, mesmo com a manutenção da capitulação jurídica dada aos fatos pelo Ministério Público, verifica-se que, na hipótese em apreço, encontra-se atendido o requisito objetivo para a proposta de suspensão condicional do processo.

Com efeito, o *sursis* processual está previsto no *caput* do artigo 89 da Lei 9.099/1995, *verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Ao interpretar o mencionado dispositivo legal, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que quando para o crime seja prevista pena alternativa de multa, que é menos gravosa do que qualquer sanção privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos pressupostos para a concessão da benesse.

Nesse norte:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90. Pena mínima cominada igual a dois anos. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Transação penal. Possibilidade. Recurso a que se dá provimento.

1. O preceito sancionador do delito descrito no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 comina pena privativa de liberdade mínima igual a dois anos ou multa.

2. Consistindo a pena de multa na menor sanção penal estabelecida para a figura típica em apreço, é possível a aplicação dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95.

3. Recurso ordinário a que se dá provimento, a fim de que o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifeste acerca das propostas de transação penal

e suspensão condicional do processo, afastado o argumento referente à pena mínima cominada para o referido crime.

(RHC 54.429/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 29/04/2015)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Suspensão condicional do processo. Crime que prevê pena de multa alternativamente à pena privativa de liberdade. Possibilidades. Precedentes do STJ e do STF. Ordem concedida.

1. *É cabível a suspensão condicional da pena aos delitos que prevêem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que o preceito secundário da norma legal comine pena mínima superior a 1 ano. Precedentes do STJ e do STF.*

2. Ordem concedida para que o Ministério Público Estadual verifique se a paciente preenche os demais requisitos necessários para a concessão da suspensão condicional do processo, formulando-lhe a proposta, em caso afirmativo.

(HC 126.085/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 16/11/2009)

A mesma compreensão é adotada pelo Pretório Excelso, a exemplo do seguinte precedente:

Ementa: Ação penal. Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo.

(HC 83.926, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-101 divulg 13/09/2007 public 14/09/2007 DJ 14/09/2007 pp-00085 Ement Vol-02289-02 pp-00307 RTJ Vol-00204-02 pp-00737 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 525-528 REVJMG v. 58, n. 181, 2007, p. 553-556)

No caso em exame, considerando-se que os fatos assestados aos réus ocorreram antes das alterações promovidas no artigo 288 do Código Penal pela Lei 12.850/2013, e no artigo 4º da Lei 8.137/1990 pela Lei 12.529/2011, verifica-se que as penas mínimas cominadas aos delitos em questão são de 1 (um) ano para a quadrilha ou bando, e de 2 (dois) a 5 (cinco) anos *ou* multa para a formação de cartel.

Por conseguinte, sendo os crimes contra a ordem econômica sancionados com reprimenda alternativa de multa, a sua prática em concurso material com a quadrilha não enseja *sanção mínima superior a 1 (um) ano* de reclusão, não subsistindo, assim, o óbice levantado pelas instâncias de origem, razão pela qual os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo, afastado o argumento referente à pena mínima cominada aos ilícitos descritos na denúncia.

Nesse sentido:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90. Pena mínima cominada igual a dois anos. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Transação penal. Possibilidade. Recurso a que se dá provimento.

1. *O preceito sancionador do delito descrito no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 comina pena privativa de liberdade mínima igual a dois anos ou multa.*

2. *Consistindo a pena de multa na menor sanção penal estabelecida para a figura típica em apreço, é possível a aplicação dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95.*

3. Recurso ordinário a que se dá provimento, a fim de que o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifeste acerca das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, afastado o argumento referente à pena mínima cominada para o referido crime.

(RHC 54.429/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 29/04/2015)

Ante o exposto, *dá-se parcial provimento* ao recurso para determinar que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo, afastado o óbice relativo à pena mínima cominada aos crimes imputados aos recorrentes.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 92.907-SC (2017/0324797-7)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Recorrente: C C DE S

Advogados: Gustavo Amorim - SC016863
Gustavo Costa Ferreira - SC038481
Francisco Yukio Hayashi - SC038522
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Processual Penal e Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias. Possibilidade. Constituição de crédito tributário. Remessa dos dados para fins de instauração de persecução penal. Validade. Recurso desprovido.

1. Esta Quinta Turma, recentemente decidiu: “no julgamento do RHC n. 75.532/SP, assentou-se que o envio dos dados sigilosos pela Receita Federal à Polícia ou ao Ministério Público, *após o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva de crédito tributário, decorre de mera obrigação legal de se comunicar às autoridades competentes a possível prática de ilícito, o que, por certo, não pode representar ofensa ao princípio da reserva de jurisdição*. Portanto, não há se falar em ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, em virtude do compartilhamento com o Ministério Público para fins penais, de dados bancários legitimamente obtidos pela Receita Federal e compartilhados no cumprimento de seu dever legal, sem autorização judicial, *por ocasião do esgotamento da via administrativa fiscalizatória, em virtude da constatação de possível prática de crime tributário*. Essa é exatamente a hipótese dos autos, motivo pelo qual não há qualquer irregularidade na *representação fiscal para fins penais* que subsidiou a denúncia apresentada contra o recorrente, não havendo se falar, portanto, em nulidade. Reformulação parcial do ponto de vista originário do Relator” (HC 464.896/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/10/2018).

2. Em recente julgado a eg. Terceira Seção reafirmou orientação jurisprudencial no sentido de que “a interpretação consentânea com a dogmática penal do termo ‘descontado’ é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por

substituição, enquanto o termo ‘cobrado’ deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.” (HC 399.109/SC, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Terceira Seção, DJe 31/8/2018). Outrossim, perquirir sobre o dolo da conduta é questão que somente deverá ser esclarecida durante a instrução processual, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.

3. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Francisco Yukio Hayashi (p/recte) e Ministério Público Federal.

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

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 16.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por C C DE S contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proferido no julgamento do HC n. 4015032-41.2017.8.24.0000.

Extrai-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 (crime contra a ordem tributária).

Irresignada com o recebimento da denúncia, a defesa impetrou a ordem originária que restou denegada em acórdão assim ementado (fl. 278):

Habeas corpus. Prática, em tese, de crime contra a ordem tributária (art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90).

Alegação de nulidade da prova por violação ao sigilo fiscal. Não ocorrência. Inexistência de óbice ao acesso às informações fiscais pelo Ministério Público. Exegese do art. 198, § 3º, do Código Tributário Nacional.

Pedido de trancamento da ação penal. Alegada atipicidade da conduta por mero inadimplemento tributário. Repasse obrigatório dos valores recolhidos a título de ICMS ao fisco, os quais são arcados pelo consumidor final. Ausência de recolhimento do tributo que tipifica o crime. Dolo genérico, que dispensa a intenção de fraudar o fisco. Crime, ademais, que se consuma com a simples omissão no recolhimento do tributo. Precedentes.

Alegada inépcia da denúncia. Peça acusatória que descreve de forma satisfatória o fato imputado ao paciente. Requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal atendidos. Ampla defesa assegurada. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem conhecida e denegada.

No presente recurso, alega ausência de justa causa para a ação penal, por ser a conduta de declarar ICMS próprio e não pagar atípica.

Aduz que a denúncia está fundada em provas ilícitas, uma vez que obtidas por meio de quebra de sigilo fiscal, sem autorização judicial.

Sustenta, ainda, que o enquadramento da conduta no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 viola artigos da Constituição Federal – CF e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Requer o trancamento da Ação Penal n. 0900176-48.2015.8.24.0045, em trâmite na 1ª Vara Criminal de Palhoça/SC.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 419/420 e 431/435.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso em parecer que recebeu o seguinte sumário:

Penal e Processo Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Repasse obrigatório dos valores recolhidos a título de ICMS ao fisco, os quais são arcados pelo consumidor final. Omissão de recolhimento. Conduta tipificada no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90. Denúncia que atende aos requisitos legais exigidos e descreve crime em tese. Inépcia não evidenciada. Notícia de fato. Crédito tributário constituído. Licitude da prova iniciada na exordial acusatória. Impossibilidade de trancamento da ação penal na via estreita do writ. Precedentes.

Parecer pelo improvimento do recurso. (fl. 443)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Busca-se no presente recurso a declaração de ilicitude das provas obtidas pelo Delegado da Receita Federal, por meio da quebra de sigilo bancário da recorrente, sem autorização judicial e repassadas posteriormente ao Ministério Público para propor a persecução penal.

São estes os fundamentos do acórdão atacado, *litteris*:

De início, a defesa pugna pelo reconhecimento da ilicitude das provas, porque obtidas em violação ao sigilo fiscal. Segundo ele, as investigações presididas pelo Ministério Público são nulas, em razão de ter solicitado diretamente à Fazenda Pública documentos para o processo, sem ter havido autorização judicial para acesso às informações fiscais sigilosas do contribuinte.

Contudo, razão não lhe assiste, uma vez que não há óbice ao acesso do Ministério Público aos dados fiscais da empresa, com a finalidade de apuração de prática delitiva, nos termos do art. 198, § 3º, do Código Tributário Nacional:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

[...]

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I - representações fiscais para fins penais.

Nesse sentido, já decidiu esta Segunda Câmara Criminal:

Habeas corpus. Prática, em tese, de crime contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 1º, II). Alegação de falta de constituição do crédito tributário em relação ao paciente por ausência de cientificação do processo administrativo rechaçada. Lançamento definitivo do tributo. Intimação da empresa da qual é o único sócio-administrador. Violação de sigilo fiscal. Não ocorrência. Inépcia da peça acusatória. Descrição, ainda que sucinta, da conduta perpetrada. Requisitos do art. 41 do CPP preenchidos. Constrangimento ilegal inexistente.

Ordem denegada. (TJSC, Habeas Corpus n. 2014.067634-5, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 21/10/2014).

Desse modo, não há falar em ilicitude da prova por violação ao sigilo fiscal, uma vez que o acesso aos dados fiscais da empresa ocorreram na forma da lei.

Superado esse pormenor, convém ressaltar que o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, cabível apenas quando flagrante a ausência de fundamentos para embasar a acusação, quer pela atipicidade da conduta, pela manifesta inocência dos pacientes ou pela existência de alguma causa excludente da culpabilidade.

Os impetrantes sustentam, em síntese, que o caso dos autos divergiria da hipótese de imposto submetido ao regime de substituição tributária e que o mero inadimplemento tributário não poderia ser considerado crime. Aduzem, ademais, que não há justa causa para a deflagração da ação penal, uma vez que a conduta supostamente praticada pelo paciente é atípica. Afirmam, por fim, que a peça acusatória é manifestamente inepta, razão pela qual pugnam pelo trancamento da ação penal.

No entanto, ao contrário do que sustentam os impetrantes, o tributo devido pelo paciente (ICMS) é imposto considerado indireto, cujo ônus financeiro de arcar com o pagamento recai sobre o consumidor final, e não sobre aquele que possui o dever de recolhe-lo ao fisco.

Esclarece-se que o empresário, no momento em que calcula o preço final do produto, acresce a ele os valores referentes ao imposto a ser pago, por conta das operações tributáveis que serão realizadas e que determinarão a ocorrência do fato gerador do tributo.

Dessa forma, é o consumidor final, e não o próprio empresário, que arca com o valor a ser pago ao fisco, hipótese em que cabe a este repassar, no prazo legal, os valores arrecadados, de modo que o empresário figura como depositário dos valores pagos pelo consumidor, mas que pertencem ao erário.

Assim, não se está diante apenas de um débito fiscal, como afirmaram os impetrantes, mas, sim, de aparente apropriação dos valores de impostos descontados ou cobrados de terceiros aos cofres públicos, sendo o paciente, assim, o sujeito passivo do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

No caso, a constituição do crédito tributário está demonstrada pelos valores contidos nas Declarações de ICMS e do Movimento Econômico - DIMES (fls. 23/25, 26/28, 29/31, 37/39 dos autos na origem), bem como pelas Notificações Fiscais n. 126030014514 (fl. 06), 136030035594 (fl. 51), 126030330270 (fl. 07), 136030010060 (fl. 84), 136030053428 (fl. 94), 146030071172 (fl. 104), 136030524340 (fl. 110) e 146030028943 (fl. 119) que evidenciam a suposta apropriação indevida do valor total de R\$ 2.498.572,99 (dois milhões, quatrocentos e noventa e oito mil, quinhentos e setenta e dois reais e noventa e nove centavos) do ICMS que deveria

ser recolhido aos cofres públicos nos períodos de novembro e dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, março, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2013, março e abril de 2014.

Nesta esteira está caracterizado, em tese, o dolo do paciente, não havendo falar, também, em atipicidade da conduta delituosa, pois ele, de maneira consciente, arrecadou o tributo de terceiros (contribuintes de fato), mas não o repassou ao Estado, o que é suficiente à deflagração da ação penal. (fls. 281/283)

Com efeito, esta Quinta Turma, recentemente decidiu que “no julgamento do RHC n. 75.532/SP, assentou-se que o envio dos dados sigilosos pela Receita Federal à Polícia ou ao Ministério Público, *após o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva de crédito tributário, decorre de mera obrigação legal de se comunicar às autoridades competentes a possível prática de ilícito, o que, por certo, não pode representar ofensa ao princípio da reserva de jurisdição.* Portanto, não há se falar em ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, em virtude do compartilhamento com o Ministério Público para fins penais, de dados bancários legitimamente obtidos pela Receita Federal e compartilhados no cumprimento de seu dever legal, sem autorização judicial, *por ocasião do esgotamento da via administrativa fiscalizatória, em virtude da constatação de possível prática de crime tributário.* Essa é exatamente a hipótese dos autos, motivo pelo qual não há qualquer irregularidade na *representação fiscal para fins penais* que subsidiou a denúncia apresentada contra o recorrente, não havendo se falar, portanto, em nulidade. Reformulação parcial do ponto de vista originário do Relator” (HC 464.896/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/10/2018).

No mesmo sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Compartilhamento de dados bancários obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público, para fins da persecução criminal. Esgotamento da via administrativa fiscalizatória e constatação de possível crime. Legalidade da prova. Comunicação que decorre de obrigação legal. Ausência e ofensa à reserva de jurisdição. Agravo provido.

I - É lícito o compartilhamento promovido pela Receita Federal, dos dados bancários por ela obtidos a partir de permissivo legal, com a Polícia e com o Ministério Público, ao término do procedimento administrativo fiscal, quando verificada a prática, em tese, de infração penal. Precedentes.

II - Não ofende a reserva de jurisdição a comunicação promovida pela Receita Federal nas condições supra descritas, por decorrer de obrigação legal expressa.

Agravo provido. (AgRg no REsp 1.601.127/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 26/09/2018)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias. Possibilidade. Constituição de crédito tributário. Remessa dos dados para fins de instauração de persecução penal. Imposição legal decorrente de constituição definitiva de crédito tributário. Ilegalidade do conjunto probatório não verificada. Análise que demanda incursão no acervo probatório colhido durante a investigação criminal. Competência do juízo da causa. Impossibilidade na via eleita. Ausência de flagrante ilegalidade. Recurso desprovido.

1. A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, reconhecida a repercussão geral da matéria, firmou entendimento no sentido de que a requisição de informações pela Receita Federal às instituições financeiras prescinde de autorização judicial. Dessa forma, para fins de constituição de crédito tributário, não há que se falar em ilegalidade no compartilhamento de informações entre instituição bancária e fisco.

2. Por outro lado, permanece incólume o entendimento segundo o qual, uma vez obtidas as informações pela Receita Federal, seu encaminhamento ao Ministério Público ou autoridade policial para fins de instauração de ação penal ou inquérito constitui violação do princípio da reserva de jurisdição. *In casu*, o envio das informações pela Receita Federal à Autoridade Policial decorreu exclusivamente de obrigação legal, tendo em vista o esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, constatada a existência de ilícito penal. Precedentes.

3. Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

Desse modo, ao menos em tese, não se vislumbra ilegalidade nas provas indicadas pela exordial acusatória. Diante dos estreitos limites do rito, afigurar-se-ia prematuro determinar o trancamento da ação penal.

Considerando a demonstração da existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias até o presente momento acerca da legalidade das provas produzidas somente poderão ser afastadas após profunda incursão fático-probatória, a ser efetuada no bojo da instrução criminal, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (RHC 75.532/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 17/05/2017)

De outra parte, registra-se que em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de encerramento prematuro da persecução penal nos casos em que a denúncia se mostrar inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que, de todo modo, não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

De fato, no caso em comento, após análise dos autos, mormente da detida leitura da inicial acusatória, e na esteira das conclusões da Corte *a quo*, tem-se que a denúncia ofertada pelo *Parquet* local, faz a devida qualificação dos acusados, descreve de forma objetiva e suficiente a conduta delituosa por eles perpetrada, que, em tese, configura crime (não recolhimento, no prazo legal, dos valores decorrentes do ICMS pagos pelo consumidor final e cobrados pelo sujeito passivo da obrigação - *Armada Yachts – Indústria e Comércio de Embarcações Náuticas Ltda.*, no intervalo de novembro e dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, março, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2013, março e abril de 2014, causando prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 2.498.572,99), assim como as circunstâncias do seu cometimento, demonstrando indícios suficientes de autoria, prova da materialidade e a existência de nexo causal e, ao revés do alegado nas razões recursais, não faz imputações genéricas, traz, outrossim, relação de testemunhas, pelo que se mostra em conformidade com o comando pertinente do Estatuto Processual Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

Impende acrescer, ainda, que, considerando a demonstração da existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, a alegação de ausência de justa causa para a ação penal somente deverá ser debatida durante a instrução processual, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória. Ademais, “registra-se que o crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.” (RHC 29.662/SC, Rel. Min. *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 18/6/2013, DJe 01/07/2013)”.

Confirmam-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Não recolhimento de ICMS por meses seguidos. Apropriação indébita tributária. Absolvição sumária. Impossibilidade. Declaração pelo réu do imposto devido em guias próprias. Irrelevância para a configuração do delito. Termos “descontado e cobrado”. Abrangência. Tributos diretos em que há responsabilidade por substituição e tributos indiretos. Ordem denegada.

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão “descontado ou cobrado”, o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que “descontam” ou “cobram” o tributo ou contribuição.

4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo “descontado” é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo “cobrado” deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.

5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.

6. *Habeas corpus* denegado. (HC 399.109/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 31/08/2018)

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Sonegação fiscal. Trancamento do processo-crime. Excepcionalidade. Justa causa para a persecução penal. Necessidade de revolvimento fático-probatório. Atipicidade da conduta. Inocorrência. Recurso não provido.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, que existem elementos de convicção a demonstrar a materialidade delitiva e autoria delitiva quanto à conduta descrita na peça acusatória, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do *writ*.

3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

4. No caso em exame, a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta atribuída ao ora recorrente – consistente no não recolhimento, no prazo legal, dos valores decorrentes do ICMS pagos pelo consumidor final e cobrados pelo sujeito passivo da obrigação, por dezesseis vezes, causando prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 112.386,37 –, tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, além do período em que ocorreram as práticas delituosas, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

5. Hipótese em que a peça acusatória permite a deflagração da ação penal, uma vez que narrou fato típico, antijurídico e culpável, com a devida acuidade, suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador e o exercício da ampla defesa pela denúncia.

6. “O tipo penal em estudo, art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, não se confunde com o mero inadimplemento, uma vez que a conduta delitiva depende do fato de o tributo não repassado ter sido descontado ou cobrado do contribuinte. Nesse contexto, tem-se que o crime em tela só pode ser praticado pelo substituto tributário, que retém o imposto devido nas operações anteriores ou nas seguintes, em nome do contribuinte real” (HC 161.785/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/12/2016).

7. Recurso não provido. (RHC 87.749/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/4/2018)

Processual Penal. Denúncia. Sonegação fiscal. Crime societário. Autoria coletiva. Descrição fática. Suficiência. Demonstração de indícios de autoria. Inépcia. Não ocorrência. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa. Ausência de dolo. Não demonstração.

1. Nos crimes de autoria coletiva admite-se a descrição genérica dos fatos, se não for possível, como na espécie, esmiuçar e especificar a conduta de cada um dos denunciados.

2. Indícios de autoria demonstrados, havendo liame entre a atuação dos recorrentes e os fatos narrados. Plausibilidade da acusação.

3. Direito de defesa assegurado, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

4. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de dolo), não relevada, *primo oculi*. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.

5. Recurso ordinário não provido. (RHC 81.695/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 7/4/2018)

Agravo regimental em recurso especial. Processual Penal e Penal. Crime tributário. Art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. ICMS cobrado do substituído. Não recolhimento aos cofres públicos. Alegação de atipicidade. Mero inadimplemento. Não ocorrência. Dolo específico. Inexigência.

I - A decisão merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - "Não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal" (RHC n. 44.466/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 29/10/2014).

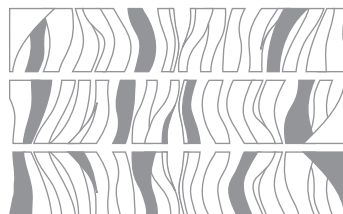
III - E esse entendimento aplica-se ao caso de não recolhimento de ICMS que foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido aos cofres públicos, como na presente hipótese. (Precedentes).

IV - "O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime" (AgRg no AREsp n. 772.503/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 29/2/2016).

Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.631.400/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 18/10/2017)

Assim, não se cogita de ofensa à Constituição Federal ou à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois, como visto, o fato típico não foi constituído pelo mero inadimplemento tributário.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 460.286-SP (2018/0180755-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Rodrigo Siqueira Ponciano Luiz e outro

Advogados: Salomão Abe - MS018930

Rodrigo Siqueira Ponciano Luiz - MS022862A

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Rodinei Alves dos Santos (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico. Alegação de ilegalidade na pena-base. Ofensa ao princípio da individualização da pena. Ocorrência. Atenuante de confissão espontânea. Viabilidade de reconhecimento. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça. Minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Inviabilidade de incidência. Condenação por associação ao tráfico. Fato que, por si só, demonstra dedicação às atividades criminosas. Ordem parcialmente concedida.

1. Hipótese em que o Paciente foi condenado a 40 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 4.500 dias-multa, como incurso nos arts. 33, § 1º, inciso I, c.c. art. 40, inciso V, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

2. As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser feito caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação da pena-base.

3. Todavia, convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. Este refere-se a uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, advinda de meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apóiam em regras ou princípios institucionais. Aquele, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de diferentes concepções de justiça e de diferentes parâmetros de

relevância, bem como de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada juridicamente adequada caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em discricionariedade guiada ou vinculada.

4. A margem de discricionariedade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em *habeas corpus*, seja em recurso especial, o juízo de valor acerca do grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente ilegalidade ou desproporcionalidade.

5. No caso, sem necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, é de ser reconhecida ofensa ao princípio da individualização da pena na primeira etapa da dosimetria, haja vista inexistir nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, e tampouco nos fatos imputados pela denúncia, nenhuma menção ou fundamentação expressa no sentido de que o Paciente tinha conhecimento das drogas que estavam armazenadas na residência do corréu (total de 647 kg de cocaína), tampouco, por extensão, de que teria participado dos núcleos do tipo de guardar ou ter em depósito os referidos entorpecentes. Ao contrário, no que se refere ao delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, imputou-se ao Paciente apenas a conduta de transportar 50 kg de cocaína.

6. A violação ao princípio da individualização da pena mostra-se ainda mais nítida quando se percebe que, não obstante o Paciente nem sequer tenha sido denunciado pela prática do delito previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, o Juízo sentenciante considerou “a grande quantidade e variedade de armas e munições encontradas no local” como uma das razões para justificar a imposição da reprimenda em idêntico patamar do corréu, com relação ao qual não pairam dúvidas acerca do tráfico de drogas na modalidade “guardar” ou “ter em depósito” e da prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

7. O Paciente confessou a prática do crime e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação. Incide, por conseguinte, o

enunciado da Súmula n. 545/STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

8. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que a condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

9. Ordem parcialmente concedida, a fim de reduzir a pena definitiva do Paciente para 14 (quatorze) anos, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 2.221 (dois mil, duzentos e vinte e um) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 19.10.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de *Rodinei Alves dos Santos* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 0000553-63.2010.8.26.0045.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 40 (*quarenta*) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 4.500 (quatro mil e quinhentos) dias-multa, como incurso nos arts. 33, § 1º, inciso

I, c.c. art. 40, inciso V, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, em razão dos seguintes fatos (fls. 31-32): (a) ter associado-se com corréu e terceiro não identificado, de origem boliviana, para a prática de tráfico de drogas; (b) ter transportado, acoplado a uma carreta-reboque de caminhão, da cidade de Dourado/MS até a cidade de Arujá/SP, 50kg de cocaína; (c) ter entregue ao corréu Antonio os mencionados entorpecentes, os quais foram guardados e mantidos em depósito com grande quantidade de drogas, totalizando aproximadamente 647 kg.

O Tribunal de origem *negou provimento* ao recurso de apelação interposto pela Defesa, em acórdão assim ementado (fl. 18):

1. Apelações Criminais – Tráfico de entorpecentes entre estados da Federação, associação para o tráfico e posse de armas e munições.
2. Materialidade demonstrada pelos autos de prisão em flagrante e de apreensão do entorpecente e das armas, pelos laudos periciais das arma e munições e peto laudo de exame químico-toxicológico.
3. Autoria parcialmente confessada pelos réus e comprovada pela palavra de testemunhas (policiais que prenderam as acusados em flagrante, um deles efetuando transporte entre estados cerca de 50 quilos de cocaína, e outro, mantendo em depósito mais de 600 kg de cocaína, de armas de uso restrito e munições).
4. Penas dosadas com critério de razoabilidade, justificadamente e dentro dos parâmetros legais.
5. Confissão espontânea não reconhecida – A prática delituosa não foi confessada na sua totalidade e só foi admitida à vista de prova segura. – Houve tentativa de isentarem-se da responsabilidade pelas práticas delitivas.
6. A causa de aumento do artigo 40. inciso V, da Lei n. 11.343/06 não pode ser afastada porque a prova coligida assegura que o entorpecente seria transportado do Estado de Mato Grosso do Sul para o Estado de São Paulo.
7. Hipótese de inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33. § 4º da Lei n. 11.343/06, por se tratar de tráfico interestadual e de associação para o tráfico.
8. Recursos desprovidos.

No presente *writ*, a Defesa argumenta que a pena-base do Paciente foi elevada de forma *desproporcional*. Saliencia *ofensa à individualização da pena*, tendo em vista que, “por diversas vezes o magistrado sentenciante reconhece que o paciente transportava (mula) 50 kg (cinquenta quilogramas), todavia, ao dosar a pena-base agravou com base nos 649,8 quilos (seiscentos e quarenta e nove quilogramas)” (fl. 05 – *sic*). Conclui, no ponto, ser necessária a *redução da pena-base ao mínimo legal* (fl. 10).

Sustenta, ainda, *violação do enunciado da Súmula n. 545/STJ*, por não terem as instâncias ordinárias reconhecido a incidência da atenuante de confissão espontânea.

Aduz, por fim, ser possível a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sobretudo porque “deve ser levado em consideração que não há provas nos autos que o réu faz parte de organização criminosa, o que se extrai dos autos é que na verdade se trata de mais uma vítima do crime organizado ‘mula’ [...]” (fl. 15).

Requer sejam realizadas as modificações acima mencionadas na dosimetria da pena.

Informações juntadas às fls. 65-87.

O Ministério Público Federal opinou pelo *não conhecimento do writ*, ou, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 89-93).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme relatado, a Defesa alega, no presente *habeas corpus*, três teses: (a) necessidade de fixação da pena-base no mínimo legal, em razão de ofensa ao princípio da individualização da pena, já que as instâncias ordinárias não se limitaram a considerar a quantidade de drogas *transportada* pelo Paciente (50 kg), como também valoraram a quantidade *total guardada em depósito* (647 kg), a qual pertenceria, segundo se alega, apenas ao corréu *Antonio*; (b) possibilidade de reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, pois, embora parcial, foi utilizada para fundamentar a condenação; e (c) viabilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por não estar provado nos autos que o Paciente se dedica às atividades criminosas.

Passo ao exame do mérito do *habeas corpus*.

- *Pena-base: violação do princípio da individualização da pena.*

As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser feito caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de *discrecionalidade* na aplicação da pena-base.

Todavia, convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. Este refere-se a uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, advinda de meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apóiam em regras ou princípios institucionais. Aquele, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de diferentes concepções de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, bem como de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada *juridicamente adequada* caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em *discricionariedade guiada ou vinculada* (MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*. New York and Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 28).

Por um lado, isso significa que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja *necessária e suficiente* para reprovação do crime. Quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, *motivadamente*, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Por outro, a margem de discricionariedade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em *habeas corpus*, seja em recurso especial, o juízo de valor acerca do grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente *ilegalidade* ou *desproporcionalidade*.

Exemplificativamente:

[...]. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie. [...] (AgRg no REsp 1.717.036/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018.)

Cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal),

e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais. (HC 379.112/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018.)

Na presente hipótese, o Juízo sentenciante assim estabeleceu a pena-base do Paciente (fls. 41-42):

Considerando o disposto nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06, levando-se em conta as seguintes circunstâncias:

- a enorme quantidade de entorpecentes encontrada na residência do acusado Antonio, aproximadamente 647,165 kg (seiscentos e quarenta e sete quilogramas e cento e sessenta e cinco gramas) de cocaína - de se destacar que até mesmo o policial federal ouvido às fls. 775 foi categórico ao afirmar que nunca viu uma apreensão de tamanha quantidade;

- a grande quantidade de entorpecentes transportados pelo acusado Rodinei, aproximadamente cerca de 50 kg (cinquenta quilogramas) de cocaína;

- o organizado esquema de produção, distribuição, comercialização das drogas, conforme sobejamente comprovado nos autos, especialmente pelo documento de fls. 521/603;

- a nocividade do entorpecente localizado, *in casu*, cocaína;

- a grande quantidade e variedade de armas e munições encontradas no local.

Por todas essas circunstâncias judiciais mencionadas, bem como aquelas mencionadas pelo representante do Ministério Público (fls. 817), fixo-lhes as penas-base aumentadas em triplo, vale dizer, 15 (quinze) anos de reclusão e 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa, com valor unitário mínimo, relativamente ao delito previsto no artigo 33, § 1º, Inciso I, da Lei n. 11.343/06; 09 (nove) anos de reclusão e 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, com valor unitário mínimo, relativamente ao delito previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/06.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao analisar a dosimetria, limitou-se a confirmar os fundamentos da sentença condenatória, sem nada acrescentar (fls. 23-29).

Isso exposto, *constato ilegalidade a ser corrigida na primeira etapa da dosimetria da pena*, relativa à deficiência na individualização da pena, mas por *fundamento diverso* daquele deduzido na inicial.

De início, saliento não caber, nos estreitos limites do *habeas corpus*, a análise da tese defensiva de que o *Paciente teria agido meramente na condição de transportador eventual, popularmente conhecido como “mula”*.

As instâncias ordinárias, após revolvimento fático-probatório, em especial dos documentos juntados aos autos e do depoimento de cinco testemunhas, chegaram a conclusão diametralmente oposta: que o *Paciente*, não obstante tenha negado em seu depoimento (fl. 35), **integrava** associação criminosa voltada ao tráfico de drogas.

Tanto o Juízo de primeiro grau de jurisdição quanto o Tribunal *a quo* foram uníssimos no sentido de que os agentes “se conheciam a algum tempo” (fl. 40 – sentença, *sic*) e de que documentos colacionados aos autos “comprovam o organizado esquema existente entre os acusados e demais indivíduos, os quais agiam de maneira profissional com nítido caráter industrial, com intuito de comercializar os entorpecentes, quiçá até mesmo internacionalmente” (fl. 40 – sentença). Não se tratava, por conseguinte, de mera “mula”.

Nesse sentido, o acórdão impugnado, diante dos elementos de prova, consignou:

não ser crível que o transporte de 50 kg de cocaína fosse confiado a pessoa desconhecida, o que poderia comprometer o resultado de operação, como querem os réus, mormente porque a quantidade de droga apreendida no local (mais de 640 kg de cocaína, sem mencionar os petrechos para a preparação da droga, sua pesagem e distribuição à venda), a diversidade e quantidade de armamento e munições [pertencentes ao corrêu, conforme confissão – fl. 38], os valores encontrados em moeda nacional e estrangeira, e os produtos químicos armazenados demonstram complexa organização criminosa voltada ao tráfico ilícito de entorpecente (fl. 21).

Modificar o referido entendimento exigiria o revolvimento de fatos e provas, o que é incompatível com os limites cognitivos da ação constitucional de *habeas corpus*.

Não obstante, **com relação especificamente ao ora Paciente**, é de ser reconhecida ilegalidade flagrante na dosimetria da pena elaborada pelo Juízo sentenciante e confirmada pelo Tribunal de origem, haja vista *inexistir nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, e tampouco nos fatos narrados na exordial, nenhuma menção ou fundamentação expressa no sentido de que o Paciente tinha conhecimento das drogas que estavam armazenadas na residência do corrêu, tampouco, por extensão, de que teria participado dos núcleos do tipo de guardar ou ter em depósito os referidos entorpecentes*.

Ao contrário, lê-se da sentença, na parte em que cita a exordial acusatória, que o terceiro fato criminoso, consistente em guardar e manter em depósito, foi atribuído a *Antonio*: “o acusado Antonio recebeu do acusado Rodinei os já mencionados entorpecentes [50kg], **guardando-os e mantendo-os em depósito com outra enorme quantidade de drogas**, totalizando aproximadamente 647,165 Kg [...] de cocaína” (fl. 32 – sem destaques no original).

Com efeito, na denúncia, que *junto nesta oportunidade aos autos*, não se constata **nenhuma imputação clara e direta** ao ora Paciente no que se refere à guarda e depósito da integralidade dos **647 Kg** encontrados na residência de *Antônio*.

Em primeiro lugar, do trecho acima citado, percebe-se que a narrativa se limita a aduzir que foi **Antonio** quem guardou e manteve em depósito, com outra enorme quantidade de drogas, os entorpecentes **recebidos** de *Rodinei*.

Em segundo lugar, a imputação a *Rodinei*, relativa ao crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, aponta **apenas** o núcleo do tipo **transportar** e tem por objeto **apenas** a quantidade de **50 Kg de cocaína**, em duas sacolas, conforme se observa no seguinte trecho:

Consta também, nos inclusos autos de inquérito policial, que, no dia 1º de fevereiro de 2010, em horário indeterminado, *Rodinei Alves dos Santos*, qualificado a fls. 37/38, transportou, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, em um caminhão da marca Mercedes-Benz, placas HRO-3955/MS, acoplado a uma carreta-reboque (aberta), de placas HRS-7632/MS, da cidade de Dourados/MS a esta cidade de Arujá/SP, duas sacolas continentais de aproximadamente 50 Kg (cinquenta quilogramas) de cocaína, droga que determina dependência física e psíquica.

Em terceiro lugar, em outro trecho elucidativo, a denúncia estabelece a seguinte divisão de tarefas:

Antonio era o responsável pelo recebimento da droga vinda de Dourados, no Estado do Mato Grosso do Sul, e possivelmente até mesmo do Paraguai, bem como sua guarda em depósito e posterior “preparação” [...] e distribuição [...] e; *Rodinei*, utilizando um caminhão da marca Mercedes-Benz, placas HRO-3955/MS, acoplado a uma carreta-reboque (aberta), de placas HRS-7632/MS, era responsável pelo recebimento da droga na cidade de Dourados/MS, das mãos de um boliviano, e pelo seu transporte até a cidade de Arujá onde, na Rua Topázio, n. 261, Jardim Jóia, era entregue a *Antonio* para guarda, manutenção em depósito e posterior distribuição.

O trecho supracitado é o único no qual poderia, porventura, estar *implícita* a *sugestão* de que, por integrar a organização criminosa, o Paciente tinha conhecimento e a participação no depósito e guarda de toda a quantidade de drogas encontradas na residência de *Antonio*.

Todavia, uma mera sugestão implícita, alcançada após esforço interpretativo da exordial acusatória, não satisfaz os requisitos dos princípios da ampla defesa, do contraditório, do *in dubio pro reo* e da correlação entre denúncia e sentença.

Na hipótese dos autos, o fato é que, embora a *integralidade* das drogas em depósito tenha se prestado para elevar a pena-base do Paciente, a denúncia *em nenhum momento*, no que se refere ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *imputou clara e diretamente a Rodinei* os núcleos do tipo “ter em depósito” e “guardar”, a revelar flagrante ofensa aos princípios supracitados, em especial o *princípio da correlação*.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

[...]

Alegada caracterização do crime de associação criminosa. Princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Elementares não narradas na exordial. Recurso improvido.

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa, no sistema processual penal, uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal. 2. Em momento algum, na narrativa fática contida na denúncia, o parquet estadual fez menção às elementares do crime de associação criminosa, razão pela qual, deixando a exordial de indicar, expressamente, na narrativa fática, a existência das referidas elementares do tipo penal, impossível imputar a conduta aos agravados. [...] (AgRg no AREsp 1.140.040/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018.)

Não bastasse, nem a sentença, nem o acórdão impugnado, consignaram expressamente, no âmbito de suas *razões de decidir*, que o Paciente teve participação, nos termos do art. 29 do Código Penal, em tráfico de quantidade superior a 50 Kg, com a qual ele foi encontrado.

Extrai-se, ainda, das palavras contidas nas decisões judiciais proferidas nestes autos, que o Paciente “admitiu que levou 50Kg de cocaína para Antônio” e que o corréu *Antônio* “confessou que na residência onde recebeu essa droga havia muito mais, além de armamento” (fl. 20).

Insta salientar que, do que consta dos autos, a quantidade total de entorpecentes (647 kg) foi encontrada ***dentro do mesmo compartimento secreto da residência*** (fl. 37) em que foram encontradas munições e armas de fogo. Não foi o Paciente, todavia, ***sequer denunciado*** pelo crime previsto no art. 16, *caput*, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, o qual, segundo reconhece a sentença, foi “imputado somente em relação ao acusado Antonio” (fl. 42).

Denota-se, nesses termos, sem necessidade de revolvimento de fatos e provas, nítida ***contradição*** em, por um lado, admitir pacificamente que o Paciente não sabia da existência do armamento e, por outro, presumir, na valoração da dosimetria da pena, que ele sabia da existência das demais drogas armazenadas, que estavam no mesmo compartimento da residência – e, pior, admitir o aumento da reprovação de sua conduta de “transportar” para além dos 50 kg incontroversos, de modo a estabelecer reprovabilidade idêntica à do corréu *Antonio*, com relação ao qual não pairam dúvidas acerca do tráfico de drogas na modalidade “guardar” ou “ter em depósito”.

Com relação ao Paciente, a violação ao princípio da individualização da pena mostra-se ainda mais nítida quando se percebe que, não obstante a denúncia nem sequer impute a ele o crime de posse de arma de fogo, o Juízo sentenciante considerou “a grande quantidade e variedade de armas e munições encontradas no local” como uma das razões para justificar a imposição da reprimenda no mesmo patamar do corréu *Antonio*.

Sendo assim, há de ser reparada a primeira etapa da dosimetria da pena, não para reduzi-la ao mínimo legal, como pretende a Defesa, mas para *fixá-la em nível proporcional à quantidade de drogas transportada pelo Paciente – 50 kg*.

- *Confissão espontânea: possibilidade de reconhecimento (Súmula n. 545/STJ)*.

O Juízo sentenciante registrou que “as confissões apresentadas têm o nítido intuito de [eximir os réus] das demais imputações” (fl. 36). O Tribunal, por sua vez, salientou que a confissão ocorreu apenas depois da prisão, razão pela qual “não se reconhece a espontaneidade, já que inexistiu qualquer iniciativa dos acusados” (fl. 22).

Saliento que esta Corte já adotou o entendimento de que a confissão qualificada não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal (AgRg no REsp 1.164.689/ES, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012; REsp 1.248.219/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Quinta*

Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012; HC 65.038/RS, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, DJ 05/11/2007).

Não obstante, em recentes julgados, tem prevalecido a orientação de que a atenuante da confissão deve ser aplicada ainda que se trate de confissão qualificada, especialmente se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação.

Nesse sentido:

Processual Penal. Agravo regimental. Dosimetria. Segunda fase. Confissão espontânea de furto em detrimento do roubo. Confissão parcial. Utilização para embasar a sentença. Incidência da atenuante. Compensação. Agravante da reincidência específica. Possibilidade. Pretensão de simples reforma. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Recurso a que se nega provimento.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula n. 545 desta Corte.

2. “Embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial.” (HC 396.503/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n. 182 desta Corte).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 452.897/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.)

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Penal. Roubo majorado tentado. Violação dos arts. 65, III, d, e 67, ambos do CP. Dosimetria. Confissão espontânea e parcial. Utilização como suporte da condenação. Atenuação obrigatória. Omissão. Verificação. Não ocorrência.

1. Tanto na sentença condenatória, como no combatido aresto, foi reconhecida a confissão parcial do embargado. O não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea revela-se em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando

se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. Precedentes. HC n. 350.956/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/8/2016).

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 1.710.957/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018.)

Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Dosimetria da pena. Motivos do crime. Cupidez. Valoração negativa sem a fundamentação adequada. Redução. Consequências. Fundamentação idônea. Qualificadora da fraude e agravante do abuso de poder. *Bis in idem*. Não ocorrência. Confissão espontânea. Alegação de obediência hierárquica. Impossibilidade de reconhecimento da atenuante. Orientação firmada por esta Corte. Ordem parcialmente concedida.

1. O juiz deve apresentar elementos concretos para a exacerbação da pena-base, não podendo utilizar-se de fundamentação genérica.

2. Não configura fundamento idôneo para o aumento da pena-base como motivos do delito o fato de ter a ré agido com cupidez, por se tratar de circunstância que não exorbita das comuns à espécie, enquanto delito de cunho patrimonial.

3. No que se refere às consequências, fundou-se a majoração no alto valor subtraído, o qual não fora ressarcido à entidade lesada, de modo que devidamente fundamentado o *decisum*.

4. A fraude prevista para qualificar o furto não se confunde com o abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão descrito no art. 61, II, g, do CP.

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.

6. Fixada a pena-base acima de 4 anos, não há falar em fixação do regime aberto ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo ser mantido o regime imposto pelo Tribunal de origem.

7. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta a 4 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão e 23 dias-multa. (HC 392.307/TO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017.)

Nesse sentido é o enunciado da Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

No caso, o Paciente confessou a prática do crime e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, conforme se depreende do tópico II do acórdão impugnado (fl. 20):

II- Observe-se, inicialmente, que os réus confessaram o tráfico (Rodinei admitiu que levou 50 kg de cocaína para Antônio, ora dizendo que partiu de Dourados e ora de Presidente Epitácio e Antônio confessou que na residência onde recebeu essa droga havia muito mais, além de armamento) e que os depoimentos dos policiais Marcos Roberto Salmázio (fls. 686), Fábio Tokebaiashi Romano (fls. 04 e 636/637), Luciana Corrêa Rodrigues (fls. 05 e 638), Marcelo Katayama Tabuti (fls. 640) e Francisco Ottoni Porto (fls. 775) corroboram as confissões.

Sendo assim, deve incidir a atenuante do art. 65, inciso III, “d”, do Código Penal.

- *Aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, do Código Penal: inviabilidade.*

É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que a condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

A manutenção da condenação pelo crime de associação para o tráfico inviabiliza a aplicação da minorante, descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que exige a não participação em organização criminosa e a não dedicação à atividade criminosa. (HC 441.980/DF, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 21/08/2018.)

Afasto, por conseguinte, a tese defensiva.

- *Readequação da pena.*

Nos termos da fundamentação supra, e à luz da elevada quantidade (50 kg) e do grau de nocividade da droga transportada pelo Paciente (cocaína), aumento de 1/3 (um terço) a pena-base do **crime de tráfico de drogas** (art. 33 da

Lei n. 11.343/2006), fixando-a em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Na segunda etapa da dosimetria da pena, reconheço a confissão espontânea e reduzo a pena de 1/6 (um sexto), estabelecendo a pena provisória em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa. Na terceira fase, mantenho o aumento de 2/3 (dois terços) relativamente ao art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, não impugnado pela Defesa e não patentemente ilegal à vista das circunstâncias dos autos, e mantenho afastada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ficando a pena total em *9 (nove) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 925 (novecentos e vinte e cinco) dias-multa.*

À luz da elevada quantidade (50 kg) e do grau de nocividade da droga transportada pelo Paciente (cocaína), aumento de 1/3 (um terço) a pena-base do *crime de associação para o tráfico* (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa. Na segunda etapa da dosimetria da pena, reconheço a confissão espontânea e reduzo a pena de 1/6 (um sexto), estabelecendo a pena provisória em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 778 (setecentos e setenta e oito dias) dias-multa. Na terceira fase, mantenho o aumento de 2/3 (dois terços) relativamente ao art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, não impugnado pela Defesa e não patentemente ilegal à vista das circunstâncias dos autos, ficando a pena total em *5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, dada a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 33, § 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal), mais 1.296 dias-multa.*

Pelo concurso material (art. 69 do CP), fica o Paciente condenado definitivamente à pena de *14 (quatorze) anos, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 2.221 (dois mil, duzentos e vinte e um) dias-multa.*

- *Dispositivo*

Ante o exposto, *concedo em parte* a ordem de *habeas corpus*, para reconhecer ilegalidade na primeira etapa da dosimetria da pena e a incidência da atenuante de confissão espontânea, de modo a reduzir a pena definitiva do Paciente para *14 (quatorze) anos, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 2.221 (dois mil, duzentos e vinte e um) dias-multa.*

É o voto.

**INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO RECURSO EM
HABEAS CORPUS N. 75.768-RN (2016/0238625-5)**

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Excipiente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Excepto: Manoel Antônio Gusmão de Carvalho

Advogado: Marcos Aurélio Santiago Braga e outro(s) - RN006393

EMENTA

Incidente de Assunção de Competência no Recurso em *Habeas Corpus*. Aplicação (supletiva) do preceito inserto no art. 947 do Código de Processo Civil no âmbito do recurso em *habeas corpus*. Possibilidade. Inteligência do art. 3º do Código de Processo Penal. Momento para suscitar o incidente. Após o julgamento do recurso. Impossibilidade. Pedido indeferido.

1. Consoante o disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, a norma constante do art. 947 do Código de Processo Civil tem aplicabilidade aos processos criminais. Nesse sentido é o recente enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, cujo verbete dispõe que “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.

2. Sob pena de subverter a própria *ratio* do instituto – até mesmo para que não haja um rejuízo da causa, a pretexto de uma uniformização do entendimento jurisprudencial, máxime em se tratando de processos de feição criminal, como no caso vertente –, o incidente deve ser suscitado antes do julgamento do recurso.

3. Na linha dos precedentes desta Corte, *mutatis mutandis*, “O incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no artigo 476 do Código de Processo Civil e nos artigos 118 e seguintes do RISTJ, possui natureza preventiva de dissenso jurisprudencial, não sendo admitido como forma de irrisignação recursal. Ademais, deve ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa, em momento anterior ao julgamento do recurso, cujo processamento constitui

faculdade do relator, não sendo possível a sua arguição em sede de agravo regimental” (AgRg no HC n. 275.416/SP, rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 10/6/2014, DJe 1º/7/2014.)

4. Pedido indeferido.

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, indeferir o pedido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 15.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de pedido de instauração de incidente de assunção de competência formulado pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*.

Sustenta o *Parquet* estadual que a questão a ser submetida a julgamento perante o órgão de superposição cingir-se-á a *quaestio iuris* referente à “possível a aplicação analógica das Leis n. 9.430/1996 e 9.249/1995, que preveem a extinção da punibilidade dos crimes tributários quando o agente efetua o pagamento dos valores sonegados ou devidos antes do recebimento da denúncia, aos crimes praticados contra a Administração Pública [...]” (e-STJ fl. 482).

Alega que “É preciso, [...] em razão do princípio da segurança jurídica, que esta Corte firme orientação definitiva sobre se é possível a aplicação analógica das Leis n. 9.430/1996 e 9.249/1995, que prevêm a extinção da punibilidade dos crimes tributários quando o agente efetua o pagamento dos valores sonegados ou devidos antes do recebimento da denúncia, aos crimes praticados contra a Administração Pública” (e-STJ fl. 484).

Aduz que esta Corte Superior, em outro momento, sedimentou entendimento de que “o ressarcimento posterior não tem o condão de

descaracterizar o crime já consumado' (RHC n. 12.506/MP, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, DJe 17/09/2002) e, notadamente, de que 'diante da ausência de previsão legal, nos delitos de peculatos dolosos, [...], inviável o reconhecimento da extinção da punibilidade' (HC n. 88.959/RS, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 16/09/2008, DJe 06/10/2008)" (e-STJ fl. 485).

Arremata ao argumento de que "espera-se que, considerando que o bem jurídico tutelado pelo crime de peculato não é só o patrimônio, mas também a probidade administrativa, e levando-se em conta a manifesta ausência de previsão legal que afaste a incidência do art. 312 às condutas de peculato doloso, esta Colenda Corte uniformize a jurisprudência no sentido de fazer prevalecer a *ratio decidendi* (*rule of law*) esposada nas decisões exaradas no HC 239.127/RS, no RHC n. 12.506/MP, no HC n. 88.959/RS, no HC 9.773/RJ e no RHC 16.109/SP, as quais, permissa maxima venia, partem de bases fáticas similares à presente causa em sua essência, o que afasta a possibilidade de *distinguishing*" (e-STJ fl. 486).

Postula, ao final, que seja determinada a instauração do incidente de assunção de competência para que esta Corte "*uniformize a jurisprudência no sentido de fazer prevalecer a ratio decidendi (rule of law) esposada nas decisões exaradas no HC 239.127/RS, no RHC n. 12.506/MP, no HC n. 88.959/RS, no HC 9.773/RJ e no RHC 16.109/SP, de modo que seja fixado precedente obrigatório (norma jurídica geral do caso concreto) que **explicitamente a inviabilidade jurídica de aplicação analógica das Leis n. 9.430/1996 e 9.249/1995 aos crimes previstos no Código Penal, incluídos aqueles em que o funcionário público apropria-se de valores de natureza tributária que tem posse em razão do cargo***" (e-STJ fl. 487, grifo no original).

Apresentada impugnação às e-STJ fls. 504/512.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento da instauração do incidente (e-STJ fls. 538/545).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Inicialmente, é mister tecer algumas considerações sobre a possibilidade de aplicação do instituto previsto no art. 947 do Código de Processo Civil ao processo penal.

Pois bem. Dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal que “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

É cediço, por força do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, que a norma constante do art. 947 do Código de Processo Civil possui aplicabilidade aos processos criminais. Isso porque, de fato, caracterizada está a existência total de lacuna normativa, o que demanda procedimento de integração do ordenamento por parte desta Corte Superior. Ressalte-se, aliás, que, para a utilização da analogia, não importa a natureza do diploma do qual se pretende extrair a norma reguladora. Dessarte, nada impede o uso, por analogia, de regra constante da Lei n. 13.105/2015, a ser aplicada de forma *supletiva*.

A doutrina caminha na mesma direção, ao asseverar que, “Quando houver omissão absoluta (lacuna plena) na CLT, lei eleitoral, tributária ou *penal* acerca de determinado instituto regulado no CPC, deve ser colmatada com aplicação supletiva do CPC, vale dizer com a aplicação integral do regulamento do instituto existente no CPC” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 256, grifei).

Frise-se, outrossim, que recentemente houve a aprovação do enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, cujo verbete preceitua que “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.

Não é demais rememorar que não é de hoje que as cortes superiores se deparam com tal temática. É dizer, a questão sobre o diálogo entre os mecanismos processuais que visam à uniformização da jurisprudência pátria é questão que sempre se fez premente. À guisa de exemplificação, trago à colação o que ficou consignado na Questão de Ordem no AI n. 664.567/RS: “*O requisito constitucional da repercussão geral* (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às *causas criminais*” (STF, rel. Ministro *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, julgado em 18/6/2007, DJ 6/9/2007, grifei).

Superada a questão da possibilidade da aplicação supletiva do regramento processual civil ao processo penal, no particular, passa-se à análise da (im) possibilidade de instauração do incidente de assunção de competência ao caso vertente.

Preceitua o art. 947 do CPC, *in verbis*:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Com efeito, “O incidente de assunção de competência pode ser instaurado em qualquer tribunal, *inclusive nos tribunais superiores. Enquanto não julgada a causa ou o recurso*, é possível haver a instauração do incidente de assunção de competência, cujo julgamento produz um precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados” (DIDIER JR. Fredie, CUNHA; Leonardo Carneiro. Curso de direito processual civil. **Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 656, grifei).

Ou seja, a exegese que pode se extrair do art. 947 do CPC, aplicável ao caso *ex vi* do art. 3º do CPP, é a da possibilidade da instauração do incidente inclusive no âmbito do recurso em *habeas corpus*.

No entanto, sob pena de subverter a própria *ratio* do instituto – até mesmo para que não haja um rejuízo da causa, a pretexto de uma uniformização do entendimento jurisprudencial, máxime em se tratando de processos de feição criminal, como no caso vertente –, o incidente deve ser suscitado antes do julgamento do recurso, e não após, como na espécie.

Portanto, “Ainda que não seja expresso nesse sentido, tratando-se de incidente processual, a exemplo do que ocorre com outros incidentes já presentes no CPC/1973, como o de uniformização de jurisprudência e de

inconstitucionalidade, *o incidente de assunção de competência deve ser suscitado antes do julgamento do recurso*, reexame necessário ou ação de competência originária pelo órgão originariamente competente” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1.345, grifei).

Nesse sentido trago à colação precedentes desta Corte, que, malgrado não tenham versado sobre idêntica temática – até mesmo em razão da novidade trazida com a novel codificação de 2015 –, não podem ser ignorados, mormente em razão da similitude finalística do IAC com outros incidentes correlatos – que também visavam a uniformização da jurisprudência –, porquanto não haveria razão ontológica para o discrimen. Eis os precedentes:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Roubo duplamente majorado. Fração das majorantes. Critério matemático. Impossibilidade.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão que concedeu *habeas corpus*, de ofício, a fim de diminuir para 1/3 o aumento procedido na terceira etapa da dosimetria do crime de roubo, uma vez que, no caso em análise, as instâncias ordinárias utilizaram apenas o critério matemático para fins de exasperação da reprimenda em patamar superior ao mínimo legalmente previsto, em inobservância ao enunciado na Súmula n. 443/STJ.

2. O incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no artigo 476 do Código de Processo Civil e nos artigos 118 e seguintes do RISTJ, *possui natureza preventiva de dissenso jurisprudencial, não sendo admitido como forma de irrisignação recursal. Ademais, deve ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa, em momento anterior ao julgamento do recurso, cujo processamento constitui faculdade do relator, não sendo possível a sua arguição em sede de agravo regimental*.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 275.416/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014, grifei.)

Processual Civil. Incidente de uniformização de jurisprudência. Extemporaneidade. Faculdade do órgão julgador.

1. *O incidente de uniformização de jurisprudência, mercê de sua natureza preventiva, deve ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa, evidentemente, antes do julgamento do recurso (art. 476 do CPC), cujo processamento se dá ao nuto do julgador*. Precedentes do STJ: PET nos EREsp 437.227/DF, Primeira Seção, DJ de 03/08/2009; PET no RMS 21.527/RN, Primeira Turma, DJ de 30/03/2009; EDcl no AgRg no Ag 1.031.834/RJ, Quinta Turma, DJ de 01/12/2008; EDcl no AgRg no Ag 968.141/SP, Terceira Turma, DJ de 05/08/2008; RMS 25.177/

MG, *Quarta Turma*, DJ de 12/08/2008; AgRg nos EREsp 897.812/RS, *Primeira Seção*, DJ de 25/02/2008; EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 644.834/PR, *Terceira Turma*, DJ de 04/04/2008 e AgRg no AgRg no Ag 789.582/MG, *Quinta Turma*, DJ 07/02/2008.

2. *In casu*, trata-se de pedido de instauração de Incidente de Uniformização (art. 476, parágrafo único, do CPC) formulado em face de julgado proferido nos autos do AgRg nos EDcl nos EREsp 999.662/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, *Corte Especial*, publicado no DJ 04/08/2009. (PET nos EREsp 999.662/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, *Corte Especial*, DJe 25/02/2010, grifei.)

Agravo regimental. Pedido para instauração de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado após o julgamento do recurso especial. Descabimento. Inscrição em cadastro de emitentes de cheques sem fundo (CCF). Ausência de notificação prévia. Danos morais. Ilegitimidade do Banco do Brasil.

1.- *O incidente de uniformização de jurisprudência, tendo em vista sua natureza preventiva de dissenso jurisprudencial, não constitui forma de irrisignação recursal. Impõem-se, por isso, seja apresentado em momento anterior ao julgamento do recurso, cujo processamento constitui faculdade do relator. Não se admite, portanto, sua arguição após o julgamento monocrático do recurso especial, como se fosse “embargos de divergência” contra a decisão unipessoal do Relator. Precedentes.*

[...]

3.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.444.304/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, *Terceira Turma*, julgado em 05/08/2014, DJe 01/09/2014, grifei.)

I - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Administrativo. Policial militar. Gratificação de Encargos Especiais por mérito e ato de bravura. Prescrição do fundo de direito reconhecida pelo acórdão recorrido. Alegação de tratar-se de relação de trato sucessivo. Análise. Impossibilidade. Súmula 280/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. II - Incidente de uniformização de jurisprudência. Utilização como recurso. Inviabilidade.

1. *O incidente de uniformização de jurisprudência, em regra, de iniciativa dos órgãos julgadores, deve ser suscitado até o julgamento do recurso (art. 476, § único, do CPC), não podendo ser utilizado como nova via recursal. Precedente da Corte Especial: PET nos EREsp 999.662/GO, Min. Luiz Fux, DJe 25/02/2010. (EDcl no AREsp 31.747/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, *Primeira Turma*, DJe 16/04/2012, grifei.)*

Ante o exposto, *indefiro o pedido* de instauração do incidente de assunção de competência.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 55.940-SP (2015/0017027-5)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Recorrente: Walter Faria

Advogados: Dora Marzo de A Cavalcanti Cordani e outro(s) - SP131054
Rafael Tucherman - SP206184

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Art. 357 do Código Penal. Trancamento da ação penal. Conduta equivalente ao de “comprador de fumaça” não encontrada nos núcleos do tipo de exploração de prestígio. Ofensa ao princípio da legalidade. Atipicidade da conduta. Recurso provido.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que se verifica na presente hipótese.

2. Dispõe o art. 357 do Código Penal que, para a configuração do delito de exploração de prestígio, deve o agente “Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha”.

3. Na linha da jurisprudência desta Corte, “O crime de exploração de prestígio é, por assim dizer, uma subespécie do crime previsto no art. 332 do Código Penal (tráfico de influência). É a exploração de prestígio, a venda de influência, a ser exercida especificamente sobre pessoas que possuem destacada importância no desfecho de processo judicial (APn n. 549/SP, rel. Corte Especial, Ministro Felix Fischer, DJe 18/11/2009).

4. Na hipótese, a denúncia não se desincumbiu de descrever nenhum comportamento típico do ora recorrente, comportamento esse conhecido como o de “vendedor da fumaça” (*venditio fumi*),

sob o qual poderia exercer a influência jactante, caracterizadora da exploração de prestígio. Ao revés, a incoativa descreve, amiúde, a conduta do recorrente como a de um “comprador de fumaça”.

5. “Sujeito passivo é o Estado, pois ofendida é a administração pública [*rectius*: da Justiça]. Secundariamente é também vítima o comprador de prestígio, mas prestígio vão, fraudulento e inexistente. É ele que sofre prejuízo concreto ou material, com a vantagem obtida pelo vendedor de fumo. Dá-se aqui o que se passa na fraude bilateral, no estelionato [...] Não obstante a conduta ilícita do comprador de influência, não pode ele ser também sujeito ativo do crime, como alguns pretendem, conquanto sua conduta seja imoral. Realmente, ele se crê agente de um crime de corrupção em co-autoria com o vendedor de prestígio, mas dito crime não existe, é putativo” (NORONHA. E. Magalhães. **Direito Penal**. Volume 4. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, págs. 325/326).

6. *Recurso provido* para trancar a ação penal ante a manifesta atipia da conduta do recorrente.

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, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o(a) Adv(a) Dora Marzo de A Cavalcanti Cordani, pela parte recorrente: Walter Faria

Brasília (DF), 04 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 14.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Walter Faria* contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que foi oferecida denúncia em desfavor do recorrente e de outros sete corréus pela suposta prática do delito de exploração de prestígio, por serem corresponsáveis por “[...] influir no Julgamento de processo de interesse de *Walter Faria*, em andamento perante a 1ª Vara da Comarca de Boituva/SP a fim de que fosse acelerada a sua análise pelo juiz responsável (com prioridade sobre os demais Processos em trâmite) e Julgada a sua extinção por decadência em benefício da ‘Cervejaria Petrópolis’, ré” (e-STJ fl. 23).

Irresignada, a defesa impetrou prévio *habeas corpus* no Tribunal de origem, postulando o trancamento da ação penal.

Contudo, a ordem foi denegada, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 212/213):

Habeas corpus. Penal. Processual Penal. Crime de exploração de prestígio. Art. 357, CP. Trancamento da ação penal. Atipicidade dos fatos não comprovada. Possibilidade de o “comprador de prestígio” figurar como sujeito ativo do crime em questão. Ordem denegada.

1 - No caso, o paciente foi denunciado, juntamente com outras sete pessoas, pela suposta prática do crime de exploração de prestígio, previsto no art. 357, do Código Penal, na forma do art. 29, do referido código.

2 - No presente *writ* os impetrantes não alegam a inépcia formal da denúncia, mas a atipicidade dos fatos, que, segundo aduzem, seria manifesta, dada a impossibilidade de o pretense comprador de prestígio figurar como sujeito ativo do crime em questão, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial transcrito na inicial.

3 - Entretanto, reputo não estar caracterizada a alegada atipicidade manifesta dos fatos imputados ao paciente, haja vista que, como leciona Cezar Roberto Bitencourt, no polo ativo do crime em testilha, “não poder deixar de ser considerada a participação decisiva de uma terceira pessoa, qual seja, a beneficiária da ‘venda do prestígio’, que é parte diretamente interessada no resultado da ação, e, no mínimo, ‘concorre de qualquer modo para sua prática’ (art. 29 do CP)” (*in* Tratado de Direito Penal, Parte Especial 5. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2103, p. 445).

4 - Ademais, saber se havia divergência ou convergência de vontades entre o paciente e demais corréus é matéria afeta ao próprio mérito da pretensão punitiva, que deverá, pois, ser deslindada após a instrução processual, quando da prolação da sentença.

5 - Ordem denegada.

No Superior Tribunal de Justiça, alega a defesa a atipia da conduta em relação ao recorrente, quanto ao delito de exploração de prestígio, porquanto

“apenas aquele que pede ou aceita pagamento com a finalidade específica de influenciar na decisão de membro do Poder Judiciário incorre na prática do delito” (e-STJ fl. 221, grifos no original).

Argumenta, para tanto, que “O legislador pátrio deliberadamente optou por não tipificar a conduta daquele que paga ou oferece pagamento - ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o crime de corrupção, previsto em nosso ordenamento tanto na forma ativa quanto na passiva. Em verdade, tem-se situação semelhante àquela ocorrida no estelionato: a pessoa que ‘compra’ o prestígio apregoado pelo ‘vendedor’ está sendo **enganada**, de modo que **não pode figurar, simultaneamente, como vítima e autor do mesmo crime**” (e-STJ fl. 221, grifos no original).

Arremata, por conseguinte, que “apenas comete o crime em apreço aquele que pede ou recebe vantagem sob o falso pretexto de influenciar na ação de membro do Poder Judiciário. A pessoa que paga por essa (inexistente) influência longe está de ser autora ou mesmo coautora do delito, figurando no polo oposto da contenda, como verdadeira vítima” (e-STJ fl. 223, grifo no original).

Diante disso, requer a defesa o provimento do recurso para se determinar o trancamento da Ação Penal n. 2009.61.04.007454-0, em trâmite perante a 6ª Vara da Subseção Judiciária de Santos/SP.

Opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso. Eis a ementa do parecer (e-STJ fl. 264):

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Exploração de prestígio. Art. 357 do CP. Falta de justa causa. Trancamento. Inadequação da via eleita. Necessidade de exame de provas. Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Manutenção do acórdão recorrido. Não provimento.

1. O pleito de trancamento da ação penal no âmbito do *habeas corpus* é medida excepcional, justificando-se somente quando demonstrada de forma absoluta e sem necessidade de valoração probatória a ausência de provas da materialidade e indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva de punibilidade, o que não é o caso dos autos.

2. Para o cumprimento dos requisitos dispostos no art. 41 do Código de Processo Penal, a peça acusatória deve delinear, de forma suficiente, os fatos atribuídos ao acusado e o nexos causal entre eles e a prática criminosa, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa. Cumpridos esses requisitos pelo Ministério Público, não há que se falar em trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

3. A descrição feita na denúncia é absolutamente clara, imputando ao recorrente a prática de atos que, sem dúvida alguma, se encaixam no tipo previsto no artigo 357, *caput*, do Código Penal, na forma do artigo 29, do mesmo *codex*.

4. “Não pode deixar de ser considerada a participação decisiva de uma terceira pessoa, qual seja, a beneficiária da ‘venda do prestígio’, que é parte diretamente interessada no resultado da ação, e, no mínimo, ‘concorre de qualquer modo para sua prática’ (art. 29 do CP).

5. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Em consulta realizada no sítio eletrônico do Tribunal de origem, constatou-se, em 13/8/2018, que o feito ainda não foi sentenciado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Como se vê do relatório, busca-se o trancamento da ação penal originária ante a alegada atipia da conduta.

Não constitui demasia enfatizar, a propósito do assunto, que a extinção da ação penal em tema de *habeas corpus* consiste em medida excepcional, apenas cabível em situações em que se evidenciarem, de plano, situações suficientes a ensejar o prematuro encerramento da persecução criminal.

Com efeito, é cediço, no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que “O trancamento da ação penal é medida excepcional, cabível apenas nas hipóteses de *manifesta atipicidade da conduta*, de causa extintiva de punibilidade e de ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva” (HC n. 150.842 ED-ED, rel. Min. **Luiz Fux**, *Primeira Turma*, julgado em 15/6/2018, DJe-127 Divulg 26/6/2018 Public 27/6/2018, grifei.)

Nesse contexto, a jurisprudência desta Casa não aceita, em regra, discussões fundadas na ausência de comprovação do elemento subjetivo do tipo ou na carência de indícios suficientes de autoria do delito, porquanto tais esclarecimentos demandam, na maior parte das vezes, apreciação detalhada dos elementos de convicção constantes do processo, providência manifestamente inconciliável com o rito célere e sumário deste remédio constitucional.

Feitas essas considerações, passo à apreciação do pedido.

Foram estes os fatos narrados na denúncia (e-STJ fls. 21/30):

Conforme minuciosamente descrito na peça acusatória ofertada nos autos do Processo n. 2008.61.81.014611-3, e comprovado através das investigações que precederam ao ajuizamento da mesma ação, os denunciados *Walter Faria, Marcos Valerio, Rogério Tolentino Ildeu, Eloá, Paulo Endo, Daniel Balde, Silvio Salazar, Antônio Hadano, Leandro Balducci e Fabio Gatto* se organizaram em quadrilha a fim de garantir, com suas articuladas ações criminosas, o favorecimento da “Cervejaria Petrópolis”, de propriedade do co-réu Walter Faria.

Neste sentido, praticaram as condutas delitivas descritas na mencionada denúncia (fls. 555/501 dos autos n. 2008.61.81.014611-3) voltadas a desmoralização de dois fiscais da Receita Estadual que haviam autuado a sobrecitada cervejaria.

A ação da quadrilha, contudo, não se limitara a tanto. Conforme consignado às fls. 594 e ss. da citada peça acusatória as provas colhidas ao longo das investigações, notadamente as interceptações de comunicação telefônica, dão conta de que *a associação permanente e organizada formada pelos denunciados tinha por fim ainda a prática de diversos outros crimes, todos voltados ao favorecimento de **Walter Faria** nas mais diversas instâncias, mediante infiltração em órgãos públicos e corrupção de agentes do Estado ou, ainda, mediante pura e simples violência.*

Neste contexto se deram as ações criminosas a seguir descritas, perpetradas pelos denunciados *Walter Faria, Marcos Valério, Rogério Tolentino, Ildeu, Eloá, Paulo Endo e Daniel Balde*, em concurso com *José Ricardo Tremura*, em mais uma frente da atuação da quadrilha, desta feita envolvendo o Poder Judiciário na Comarca de Boituva/SP.

Tais fatos criminosos se encontram amplamente demonstrados pelas provas produzidas no bojo do IPL 2-5901/08 (autos n. 2008.61.81.014611-3), bem como do seu apenso IPL 2-2478/07, tendo-se optado pela apresentação de denúncia em separado a fim de evitar tumulto no andamento do processo n. 2008.61.81.014611-3, em vista do elevado número de réus ali denunciados (os quais se encontravam, em sua maioria, presos por ocasião do oferecimento da denúncia), bem como em razão de os fatos tratados na presente ação e aqueles enfocados na ação n. 2008.61.81.014611-3 serem diversos, embora conexos à luz do art. 76, III, do Código de Processo Penal (notadamente considerando que os ora acusados *Walter Faria, Marcos Valerio, Rogério Tolentino, Ildeu, Eloá, Paulo Endo e Daniel Balde* praticaram as condutas a seguir descritas, em concurso com *José Tremura*, organizados como quadrilha, a qual foi denunciada na ação anterior). A propósito, é diante de tais circunstâncias que se impõe a distribuição desta ação por dependência ao processo n. 2008.61.81.014611-3 à 6ª Vara Federal desta Subseção Judiciária de Santos/SP.

2. Dos fatos

Como comprovam os elementos reunidos nos autos, notadamente as conversas monitoradas mantidas pelos ora denunciados no período de de abril

a Setembro de 2008, *Walter Faria, Marcos Valério, Rogério Tolentino, Ildeu, Eloá, Paulo Endo e Daniel Balde*, reunidos na quadrilha já denunciada - na qual **Walter Faria** se coloca como patrocinador da Organização e maior interessado em sua atuação; *Marcos Valério* e *Rogério Tolentino* como os mentores dos meios pelos quais são atingidos os objetivos da patrocinador, detendo domínio de toda a rede que operacionaliza suas diretrizes; *Ildeu* e *Eloá*, como os primeiros braços operacionais do grupo criminoso, reportando-se diretamente aos mentores; e *Paulo Endo* e *Daniel Balde*, como um segundo nível Operacional da Organização, sendo responsáveis por sua qualidade de policiais federais aposentados com grande trânsito tanto nos meios estatais quanto nos meios criminosos (como demonstraram as escutas) pelo cumprimento das ordens de *Ildeu* e *Eloá*, a quem se reportavam -, pretendiam -, através da atuação do juiz aposentado *Tremura*, influir no Julgamento de processo de interesse de *Walter Faria*, em andamento perante a 1ª Vara da Comarca de Boituva/SP a fim de que fosse acelerada a sua análise pelo juiz responsável (com prioridade sobre os demais Processos em trâmite) e Julgada a sua extinção por decadência em benefício da “Cervejaria Petrópolis”, ré.

Trata-se de ação pauliana de n. 082.01.2006.002437-1 (número de controle 723/2006 - relacionada à anterior ação de execução de n. 082.01.2003.002912-9, número de controle 1512/2003), envolvendo valores no montante aproximado de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), ajuizada pelo BNDES, em que figuram como rés as Cervejarias Petrópolis e São Paulo S/A, esta pertencente ao grupo empresarial da “Cervejaria Petrópolis” [...].

Assim, em benefício de *Walter Faria* e por determinação deste, em conjunto com seus “consultores” *Marcos Valério* e *Rogério Tolentino, Ildeu*, aluando sempre ao lado e com a colaboração de *Eloa*, contou com os préstimos de *Danile* e *Endo*, os quais, por sua vez, buscaram colaboração do juiz aposentado *Tremura*, na tentativa de influenciar o andamento da citada ação.

Tremura, de seu ledo, dispôs-se a atuar, mediante promessa de pagamento, e se valendo de sua condição de juiz aposentado, no sentido de influir sobre os juízes responsáveis pela causa, que se sucederam, em razão da licença-maternidade da titular, *Karla Peregrino Sotilo* (vide fls. 239/240, volume 1, dos autos n. 2008.61.81.014611-3), substituída à época dos fatos por *Diogo Correa de Moraes Aguiar* (vide fls. 266/267, volume I, dos autos n. 2008.61.81.014611-3).

Do mesmo modo, e cada qual ocupando seu lugar na estrutura da organização criminosa desvendada, *Ildeu, Eloá, Daniel* e *Endo* também cobravam contraprestação de seus “superiores” na hierarquia da quadrilha, a fim de promoverem (através de *Tremura*) a agilidade na análise da ação e o julgamento da sua extinção pelo juiz da causa.

Walter Faria, Marcos Valério e Rogério Tolentino, na outra ponta da conduta criminosa, encomendaram os serviços ilícitos dos demais denunciados, comprometendo-se a remunerá-los caso obtivessem sucesso na empreitada.

[...]

Pois bem. A essa altura se encerraram os registros referentes à ação criminosa dos denunciados destinada a influir junto ao Poder Judiciário em Boituva/SP quanto ao julgamento da causa de interesse do co-acusado *Walter Faria*, em vista da deflagração, em outubro de 2008, da Operação Avalanche, que culminou com a prisão da maior parte dos componentes da quadrilha em questão, e com a subsequente cessação do monitoramento telefônico dos investigados.

Conforme revelam as inclusas certidões de objeto e pé, a ação pauliana n. 082.01.2006.002437-1 (número de controle 723/2000 e a ação de execução n. 082.01.2003.002912-9 (número de controle 1512/2003) àquela relacionada não firmaram extintas, como pretendiam os denunciados, encontrando-se ambos os fritos suspensos desde o mês de março do corrente ano de 2009, a pedido das partes, que firmaram acordo extrajudicial voltado a pôr fim às demandas.

Não obstante, das conversas telefônicas interceptadas, bem como das provas colhidas com a deflagração das Operação Avalanche, extraem-se, livre de dúvidas materialidade e autoria do delito de exploração de prestígio ora denunciado.

De fato, restou comprovado que *Tremura, Daniel, Endo, Ildeu e Eloá*, praticaram, na forma do art. 29, do Código Penal, o crime de exploração de prestígio, capitulado no art. 357, do CP, *vez que solicitaram dinheiro da cúpula da organização criminosa, vale dizer, de **Walter Faria**, Marcos Valério e Rogério Tolentino, a pretexto de influir sobre os juízes responsáveis pela ação pauliana n. 082.01.2006.002437-1 (número de controle 723/2006 - relacionada à anterior ação de execução de n. 082.01.2003.002912-9, número de controle 1512/2003), em Irámité perante a 1ª Vara da Comarca de Boitvva/SP.*

De outro lado, ***Walter Faria**, enquanto patrocinador e maior interessado na ação criminosa (e, no mais, o grande favorecido por toda a atuação da quadrilha), Marcos Valério e Rogério Tolentino, na condição de "consultores" de *Walter Faria*, e, nesta função, apresentando-se como mentores dos meios pelos quais eram atingidos os objetivos do patrocinador, detendo domínio de toda a rede que operacionalizava suas diretrizes, *figuraram como partícipes do delito em questão, à luz do art. 29, do Código Penal, na medida em que, sendo os principais interessados no resultado da ação dos demais denunciados, a quem procuraram para a prestação dos serviços criminosos, pelos quais iriam pagar, concorreram de modo determinante para a prática da conduta típica.**

Dispõe o art. 357 do Código Penal:

Art. 357 - **Solicitar ou receber** dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa (grifei.)

Inicialmente, ao conceituar o aludido preceito de regência, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar, por ocasião do julgamento da APn n. 549/SP (rel. Ministro *Felix Fischer*, DJe 18/11/2009), que “O crime de exploração de prestígio é, por assim dizer, uma ‘subespécie’ do crime previsto no art. 332 do Código Penal (tráfico de influência). É a exploração de prestígio, *a venda de influência*, a ser exercida especificamente sobre pessoas que possuem destacada importância no desfecho de processo judicial (*Nelson Hungria* in ‘*Comentários ao Código Penal – Volume IX*’, Ed. Forense, 2ª edição, 1959, página 529)”.

É dizer, singrando o escólio da doutrina clássica, que o dolo, em delitos desse jaez, “consiste na vontade conscientemente dirigida à *obtenção de vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público* em ato de ofício” (**Heleno Cláudio Fragoso** in *Lições de Direito Penal, Parte Especial, Volume II*, Editora Forense, Rio de Janeiro: 1989, pág. 489, grifei.)

Pois bem. A exegese que se extrai da norma inserta no aludido art. 357 do CP – na linha intelectual da doutrina majoritária –, não permite equiparar a conduta de quem “compra” o prestígio àquela a que alude o tipo penal, sob pena de se malferir um dos princípios comezinhos do direito penal, qual seja, o da legalidade (estrita).

Como já decidiu esta Corte, “Não se pode perder de vista – sobretudo em matéria penal que se rege, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade – da sujeição do juiz à lei. Com efeito, ao substituí-la pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do magistrado, estaríamos, a bem da verdade, desvinculando a atividade judicial, na medida em que a consideração do que seria justo ou injusto, no caso concreto, estaria confiada ao alvedrio do intérprete. Seria assim o arbítrio na aplicação do direito que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica” (HC n. 166.377/SP, rel. Ministro **Og Fernandes, Sexta Turma**, julgado em 10/6/2010, DJe 1º/7/2010).

A adoção de métodos interpretativos que refogem aos limites da estrita legalidade, como, *verbi gratia*, a analogia, importará, inevitavelmente, como bem pontuou o Supremo Tribunal Federal, de há muito, “[...] a insegurança do direito. Nem mesmo poderá subsistir um nítido traço distintivo entre o injusto penal e o fato lícito, o texto expresso da lei cederá lugar à sensibilidade ética dos juízes, acaso mais apurada que a moral média do povo. Além disso, haverá o grave perigo de expor os juízes, na criação de crimes ou na imposição de penas

a pressões externas, a paixões dominantes no momento, às sugestões da opinião pública, nem sempre bem orientada ou imparcial” (HC n. 50.533/RS – relator Min. **Bilac Pinto**, *Tribunal Pleno*, Julgamento: 25/4/1973).

Na espécie, constou da inicial acusatória, amiúde, que a conduta supostamente perpetrada pelo ora recorrente consistia em encomendar “os serviços ilícitos dos demais denunciados, comprometendo-se a remunerá-los caso obtivessem sucesso na empreitada”, tendo sido comprovado, segundo a exordial, que *os corréus Tremura, Daniel, Endo, Ildeu e Eloá teriam solicitado dinheiro da cúpula da organização criminosa, vale dizer, de **Walter Faria** e outros corréus, a pretexto de influir sobre os juízes responsáveis pela ação pauliana n. 082.01.2006.002437-1, uma vez que, enquanto patrocinador, seria o recorrente **Walter Faria** o maior interessado na ação criminosa.*

Deveras, a denúncia não se desincumbiu de descrever nenhum comportamento típico do então denunciado (ora recorrente), *comportamento esse conhecido como o de “vendedor da fumaça” (venditio fumi)*, sob o qual poderia exercer a famigerada “influência jactante”, caracterizadora da exploração de prestígio. Ao revés, a *incoativa descreve a conduta do recorrente como a de um “comprador de fumaça”*, dessumindo-se, daí, que a denúncia o equipara à figura de vítima.

Nesse sentido é o ensinamento de Magalhães Noronha, ao afirmar que “Sujeito passivo é o Estado, pois ofendida é a administração pública [*rectius*: da Justiça]. *Secundariamente é também vítima o comprador de prestígio*, mas prestígio vão, fraudulento e inexistente. É ele que sofre prejuízo concreto ou material, com a vantagem obtida pelo vendedor de fumo. Dá-se aqui o que se passa na fraude bilateral, no estelionato [...] *Não obstante a conduta ilícita do comprador de influência, não pode ele ser também sujeito ativo do crime, como alguns pretendem, conquanto sua conduta seja imoral. Realmente, ele se crê agente de um crime de corrupção em co-autoria com o vendedor de prestígio, mas dito crime não existe, é putativo.* E co-autor do presente delito também não será, porque, conquanto de certa maneira ele concorre para o descrédito administrativo, não pode ser co-partícipe de obter vantagem quem a dá ou dela se despoja. Como escreve Manzini, ‘enquanto um quer vender fumo, o outro quer e supõe, ao contrário, comprar um assado’” (NORONHA. E. Magalhães. **Direito Penal**. Volume 4. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, págs. 325/326, grifei).

Nesse sentido foi o entendimento adotado pelo voto vencido, cujo excerto trago à colação, no que interessa, *in verbis* (e-STJ fls. 208/211):

Embora o conteúdo normativo esteja vinculado à práxis, não se sustenta uma pretendida alteração de sentido em razão da modificação social, notadamente quanto ao que atualmente se constata na intermediação de interesses perante a administração pública em geral e, em particular, a administração da justiça. Pois desde os romanos, como visto, pune-se, sob esse título, o mercado ilusório em relação ao qual, força convir, desde sempre se percebe a nota de torpeza bilateral. *Tivesse o tipo penal o conteúdo normativo segundo o qual, além do vendedor, também o comprador merecesse igual punição, certamente essa compreensão já se encontraria historicamente consolidada: o chamado lobby não é, na sua essência, novidade, como também não o é a introdução de neologismos, ou talvez eufemismos, pelos quais se dissimulam práticas moral ou juridicamente reprováveis, não poucas com tipificação penal. Não se concebe, porém, que o Estado, que detém o monopólio de legislar, quede-se inerte, seja na introdução de tipos penais que alcancem condutas que considere disso merecedoras e ainda não se encontram tipificadas seja mediante a correta aplicação da lei penal em vigor. Deve prevalecer sempre o princípio: nullun crimem sine lege.*

[...]

Como se vê, a exploração de prestígio tipifica-se pelas condutas de “solicitar” ou “receber” dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, daí resultando que o interessado na comercialização do suposto prestígio não realiza o núcleo do tipo penal, a despeito de sua torpeza em que determinado ato seja praticado sob a influência do agente do delito.

Na espécie, a denúncia narra que alguns dos denunciados, por intermédio da atuação do Juiz aposentado Tremura, pretendiam influir no julgamento de processo de interesse de Walter Faria, em andamento perante a 1ª Vara de Boituva (SP), “a fim de que fosse acelerada a sua análise pelo juiz responsável (com prioridade sobre os demais processos em trâmite) e julgada a sua extinção por decadência” (fl. 23).

Não descreveu qualquer conduta delitiva que pudesse ser imputada ao paciente, de modo que não se pode inferir que Walter Faria tenha solicitado ou recebido dinheiro ou qualquer utilidade para influenciar em processo em trâmite perante a Comarca de Boituva (SP).

Apesar da reprovabilidade da conduta do paciente, que, em tese, pretendia pagar pela pretensa influência, não é possível inferir que Walter praticou quaisquer condutas previstas no art. 357 do Código Penal.

De fato, o princípio da correlação entre acusação e sentença permite que o Juiz, ao decidir, dê ao fato classificação diversa daquela descrita na denúncia.

Contudo, verifico que a peça acusatória não descreve de forma clara e satisfatória a conduta praticada pelo paciente, que seria tão somente aquele que “encomendou os serviços de influência”. Dessa forma, não pode o paciente ser

considerado coautor ou partícipe de crime do qual é vítima, em que pese a sua torpeza, pois é atingido em seu patrimônio. (Grifei)

Por fim, também não há como considerar o recorrente como partícipe do delito, pois, “conquanto de certa maneira ele concorre para o descrédito administrativo, não pode ser co-partícipe de obter vantagem quem a dá ou dela se despoja. Como escreve Manzini, ‘enquanto um quer vender fumo, o outro quer e supõe, ao contrário, comprar um assado’” (NORONHA. E. Magalhães. **Direito Penal**. Volume 4. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, págs. 325/326).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus* para trancar a Ação Penal n. 2009.61.04.007454-0, ante a manifesta atipicidade da conduta supostamente perpetrada pelo recorrente.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 85.272-RS (2017/0131630-4)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Annicio Alves de Souza

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Penal. Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Dano qualificado. Inutilização de um cone. Idoso com 83 anos na época dos fatos. Primário. Peculiaridades do caso concreto. Mitigação excepcional da Súmula n. 599/STJ. Justificada. Princípio da insignificância. Incidência. Recurso provido.

1. A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.

2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que *O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública*, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

3. Recurso em *habeas corpus* provido para determinar o trancamento da ação penal n. 2.14.0003057-8, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Gravataí/RS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

DJe 23.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Annicio Alves de Souza*, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que denegou o *habeas corpus* de origem.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 183, parágrafo único, III, do Código Penal.

Sustenta nas razões recursais, em síntese, atipicidade material da conduta de passar com o veículo por cima de um cone da Polícia Rodoviária, ao argumento de que o valor do objeto não ultrapassa R\$ 20,00, que o recorrente tinha 83 anos de idade na época dos fatos e que com a conduta apenas incorreu em infração de trânsito, prevista no art. 169 do CTN, penalizado com multa.

Requer, assim, o trancamento da ação penal.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo provimento do recurso em *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Consoante relatado, pretende o recorrente o trancamento da ação penal por atipicidade material da conduta de avariar um cone da Polícia Rodoviária, cujo valor não ultrapassa R\$ 20,00, bem como porque o recorrente tinha 83 anos de idade na época dos fatos e que com a conduta apenas incorreu em infração de trânsito, prevista no art. 169 do CTB, penalizado com multa.

A denúncia assim descreve a conduta delitiva (fl. 12):

No dia 04 de novembro de 2013, por volta das 17h25min, na Rodovia Estadual RS 030, KM 09. em via pública, na cidade de Gravataí/RS, o denunciado Anício Alves de Souza, *na condução de veículo automotor, destruiu e inutilizou 01 (um) cone de sinalização pertencente à Polícia Rodoviária, causando, assim, danos ao patrimônio público estadual.*

Na ocasião, policiais rodoviários estavam fazendo operação de fiscalização no local, momento em que o veículo conduzido pelo denunciado aproximou-se e transpôs o bloqueio policial, derrubando e passando por cima de 01 (um) cone supramencionado. vindo a danificá-lo, conforme auto de constatação de dano (fl. 16).

No que se relaciona à tese de atipicidade material da conduta, assim manifestou-se o Tribunal de Justiça (fls. 229/230):

Por meio da presente ação constitucional, pretende o impetrante o trancamento da ação penal por ausência de justa causa em razão da atipicidade

da conduta imputada ao paciente, pela incidência do princípio da insignificância, e em virtude da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva.

De início, cumpre destacar que o reconhecimento da ausência de justa causa para a persecução penal do indivíduo na via estreita do *habeas corpus*, que não comporta o exame aprofundado do conjunto fático-probatório do processo, ocorre apenas na hipótese de evidente atipicidade da conduta, manifesta ausência de suporte probatório mínimo para a acusação, inépcia da inicial ou causa extintiva da punibilidade.

A aplicação do princípio da insignificância, é certo, deve ser criteriosa e cautelosa, norteada por um exame de requisitos de ordem objetiva e subjetiva, segundo as circunstâncias do caso. Nessa esteira, e considerando o que preleciona o tranquilo entendimento jurisprudencial desta Corte e dos Tribunais Superiores, o valor total do bem não deve ser o único parâmetro para a análise da lesividade da conduta.

Para a configuração do indiferente penal, além da inexpressividade da lesão jurídica provocada, é preciso verificar, ainda, “a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.” (STF, HC 84.412, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004). E no presente caso, não se verificam, de plano, todos esses vetores simultaneamente.

Ainda que se considere que a atuação do agente tenha sido de pouca repercussão ao patrimônio da vítima, no caso o Estado, é preciso considerar o seu contexto e a sua repercussão, a revelarem intensa lesividade. A transposição de bloqueio organizado pela polícia rodoviária e a decorrente avariação de cone de sinalização, apresenta alto grau de reprovação, gerando sentimento de insegurança aos demais cidadãos, o que reclama imediata providência das autoridades. Diante disso, é necessário melhor esclarecer o fato ocorrido, não sendo possível, na espécie, emitir um juízo de valor sem a regular instrução do processo, razão pela qual entendo prematuro o pré-julgamento do mérito e, logo, inapropriado o trancamento da ação penal. Por seu turno, maior incursão acerca do dolo da conduta está reservada ao Juízo da cognição penal, sendo defesa sua discussão no rito sumaríssimo deste writ.

Por esses fundamentos, em síntese, tenho que as circunstâncias do caso obstam a conclusão de que se trata de irrelevante penal, em face da intensa lesividade da conduta.

Destaque-se, de início, que a subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.

Assim, sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Na espécie, o Colegiado local afastou a aplicação do princípio da insignificância com fundamento de que *A transposição de bloqueio organizado pela polícia rodoviária e a decorrente avariação de cone de sinalização, apresenta alto grau de reprovação.*

Todavia, a despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que *O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública*, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos, avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

Nesse sentido, prevalece no Supremo Tribunal Federal que a prática de crime contra a Administração Pública, por si só, não inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, devendo haver uma análise do caso concreto para se examinar se incide ou não o referido postulado. Veja-se o seguinte julgado:

Habeas corpus. Penal. Crime de dano. Princípio da insignificância. Incidência. Prejuízo ínfimo. Circunstâncias da conduta. Ordem concedida. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. *O que se imputa ao paciente, no caso, é a prática do crime de dano, descrito no art. 163, III, do Código Penal, por ter quebrado o vidro da porta do Centro de Saúde localizado em Belo Horizonte em decorrência de chute desferido como expressão da sua insatisfação com o atendimento prestado por aquela unidade de atendimento público.* 3. Extrai-se da sentença absolutória que o laudo pericial sequer estimou o valor do dano, havendo certificado, outrossim, o péssimo estado de conservação da porta, cujas pequenas lâminas vítreas foram fragmentadas pelo paciente. *Evidencia-se, sob a perspectiva das peculiaridades do caso, que a ação e o resultado da conduta praticada pelo paciente não assumem, em tese, nível suficiente de lesividade ao bem jurídico tutelado a justificar a interferência do direito penal. Irrelevância penal da conduta.* 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória do

juízo de primeiro grau, por aplicação do princípio da insignificância. (HC 120.580, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 30/6/2015, Processo Eletrônico DJe-157 divulg 10/8/2015 public 12/8/2015.)

Esta Sexta Turma, em caso semelhante, por unanimidade, concedeu *habeas corpus* de ofício. Vejamos:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Dano qualificado. *Inutilização do lençol fornecido pelo presídio*. Princípio da insignificância. Incidência. Concomitância dos requisitos ensejadores.

1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. *Confessado pelo paciente que rasgou o lençol em tiras para improvisar um varal com o fim de secar suas roupas, não se deve valorar o ato ilícito por meras ilações de que o condenado iria utilizar as tiras do tecido para outro fim, como, por exemplo, para propiciar sua fuga, ainda mais quando tal fato sequer foi abordado na denúncia.*

3. *É de ser considerada insignificante a conduta do paciente em rasgar o lençol que lhe foi oferecido no presídio pela Secretaria de Segurança Pública local, porquanto a lesão ao patrimônio público foi mínima em todos os vetores.*

4. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reconhecer a atipicidade da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, e absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal. (HC 245.457/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 3/3/2016, DJe 10/3/2016.)

Corroborar este entendimento o bem lançado parecer ministerial da lavra do Subprocurador Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia (fls. 405/406):

Com efeito, o [valor do] cone danificado, "em que pese não ter sido apontado no processo o valor, não custa mais que R\$ 8,90 (oito reais e noventa centavos) cada, conforme pesquisa no site buscapé" (e-STJ Fl. 6).

Outrossim, a leitura da denúncia e do boletim de ocorrência também não noticiam qualquer motivo reprovável para o ocorrido, sendo crível a afirmação do recorrente no sentido de que se distraiu e não acabou não tendo como se desviar do cone (e-STJ Fl. 23).

A leitura dos antecedentes demonstra que o ocorrido constitui a única anotação delitiva do recorrente (e-STJ Fl. 28).

Não há, pois, qualquer razão para movimentar o aparelho repressor do Estado por conta de fato sem a menor repercussão social e com ínfima violação ao bem jurídico tutelado.

Noto que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a atipicidade material da conduta em casos envolvendo dano mínimo ao patrimônio público: [...]

Por fim, é grande a possibilidade de que o caso concreto resulte em extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Com efeito, o recorrente é pessoa idosa (83 anos ao tempo dos fatos), de modo que o prazo prescricional é diminuído pela metade.

Tendo em vista que, diante das circunstâncias do fato, possivelmente será aplicada uma pena próxima ao mínimo de 6 meses, teríamos um prazo prescricional de 3 anos, diminuído para 1 ano e 6 meses, já transcorrido desde o recebimento da denúncia em 7 de novembro de 2014.

Não desconheço que a jurisprudência desse STJ não admite o trancamento do processo com base na chamada prescrição virtual, mas, na espécie, a tese é utilizada apenas como reforço argumentativo, a fim de demonstrar a desproporcionalidade da persecução penal no presente caso.

Por tudo isso, diante da excepcionalidade casuística dos autos, repita-se, *réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00*, entendo justificada a mitigação da Súmula n. 599/STJ, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal penal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada, melhor cabendo a resolução administrativa da situação pelo órgão de trânsito, em observância ao princípio da subsidiariedade do direito penal.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso *habeas corpus* afim de determinar o trancamento da ação penal n. 2.14.0003057-8, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Gravataí/RS.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 54.112-SP
(2017/0113256-6)**

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Recorrido: Estado de São Paulo
Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M
Interes.: Jose Aparecido Pereira Nizio

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso em mandado de segurança. Competência em razão da matéria. Natureza da relação jurídica litigiosa. Seções criminais. Aplicação de multa. Art. 265 do Código de Processo Penal. Defensor público. Recusa para atuar em ato específico do processo. Regramento administrativo da Defensoria Pública. Recurso provido.

1. *Na definição da competência das Seções deste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a natureza da relação jurídica litigiosa. Pouco importa o instrumento processual utilizado ou a espécie da lei que fundamentou a decisão recorrida ou que foi invocada no recurso [...] (in CC n. 29.481/SP, Corte Especial, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 28/05/2001).*

2. Considerando que a multa fixada com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal decorre necessariamente de relação jurídica litigiosa regida pelas normas de direito penal, a competência para o julgamento de eventuais controvérsias será das respectivas turmas criminais.

3. O abandono ou recusa do advogado (defensor) em atuar em ato específico do processo penal, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal.

4. A impossibilidade material de atender a todos necessitados não permite transferir do órgão - Defensoria Pública - para o magistrado o critério eletivo.

5. Punição que pretende obrigar o defensor público a atender aos critérios do juiz, contrariando inclusive regramento próprio do órgão. Impossibilidade.

6. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa aplicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Rafael Muneratti - Defensor Público do Estado de São Paulo, pela parte recorrente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Brasília (DF), 11 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

DJe 24.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a segurança ao concluir pela idoneidade da multa aplicada a defensor público que se recusou a prestar assistência a um jurisdicionado.

Extrai-se dos autos que, no dia 25/5/2016, após a abertura de audiência criminal, constatada a ausência do acusado e de seu advogado constituído, o Magistrado nomeou, para atuar no ato, na qualidade de *ad hoc*, o Defensor Público Menésio Pinto Cunha Júnior, o qual, ao tomar conhecimento de que havia advogado constituído nos autos, declinou da nomeação, invocando Regramento Administrativo próprio da Defensoria.

Não acolhida a justificativa do defensor, foi-lhe aplicada multa de 10 salários-mínimos, com fundamento nos arts. 264 e 265 do CPP, determinando-se, ainda, a comunicação do fato à Corregedoria da DPSP para a devida apuração; a intimação pessoal do defensor para a realização do pagamento no prazo de 5 dias, sob pena de cobrança coercitiva; no caso de não quitação da penalidade, a inscrição do inadimplente em dívida ativa; a indicação, por parte da Defensoria, de advogado dativo, sob pena de o fato ser levado à Corregedoria-

Geral da Defensoria e a advertência de que nova recusa implicaria fixação de nova multa, mais elevada, em razão da recidiva.

Impetrado Mandado de Segurança junto ao TJSP, a ordem foi denegada, em acórdão assim ementado (fl. 174):

Mandado de segurança. Processo criminal. Audiência de instrução debates e julgamento. Autuação de defensor público. Ad hoc. Abandono. Multa. Incompetência da Seção Criminal. Inocorrência. Aplicação no âmbito criminal. Dentro das possibilidades recursais de responsabilidade desta colenda Seção Criminal. Decisão mantida. Preliminar rejeitada

Mandado de segurança. Processo criminal. Audiência de instrução debates e julgamento. Autuação de defensor público. Ad hoc. Abandono. Multa. Imposição. Necessidade. Nomeação dentro da previsão legal. Prescindibilidade de legislação específica. Basta a capacidade postulatória. Inexistência de "ampliação de atribuição". Agente público que deve prezar pela efetiva e eficiente prestação de serviços à população. Possibilidade de ressarcimento do erário público pelos serviços prestados pela Defensoria Pública. Recusa imotivada do causídico. Multa aplicada de forma fundamentada e dentro dos limites legais. Dispositivo vigente e dentro das regras constitucionais. Penalidade que não se confunde com as sanções administrativas. Liminar cassada. Decisão de 1º grau mantida. Ordem denegada

Neste recurso, preliminarmente, suscita a recorrente a incompetência do órgão julgador, em razão da matéria, pois as questões suscitadas no *mandamus* cingiam-se a temas relativos ao direito constitucional e administrativo, razão pela qual o julgamento da impetração competiria à Seção de Direito Público e não à Câmara vinculada à Seção de Direito Criminal.

No mérito, a recorrente alega que (i) *Se há Advogado particular nos autos, não pode o Defensor Público atuar no processo em favor do constituinte desse Advogado, ainda que pontualmente, porque essa atuação está fora das atribuições da Defensoria Pública. E nessa conjuntura, pondera-se que o Defensor Público está constitucionalmente proibido de atuar fora de suas atribuições, como determina expressamente o art. 134, § 1º, da Constituição* (fl. 201); (ii) a atuação da Defensoria Pública como órgão de apoio de advogado privado que, eventualmente, falte à audiência criminal de cliente, acarretaria deletérios efeitos ao planejamento de atuação da instituição; (iii) ao prever o art. 263, parágrafo único, do CPP, que o acusado que não for pobre deverá pagar os honorários do defensor dativo, não tinha o legislador como propósito transformar a Defensoria em órgão de apoio a escritórios privados para cobrir serviços pagos, mas não prestados plenamente ao cliente; (iv) ao se negar a atuar em audiência de instrução, não

violou o defensor o princípio da cooperação, pois o modelo cooperativo não pode ser utilizado para forçar órgão público (no caso a Defensoria Pública) a sair de sua matriz de atribuições a título de “cooperar” em processo judicial. Essa interpretação foge por completo da matriz teórica do modelo cooperativo ou princípio da cooperação. Tal uso indevido do art. 6º do CPC, no presente caso concreto, corresponde ao mesmo raciocínio jurídico invertido que se praticou pelo parágrafo único do art. 263 do CPP, a saber: interpreta-se o texto constitucional e as leis complementares da Defensoria Pública ajustando-os à vontade da d. autoridade coatora, a qual utiliza, indevidamente, artigo de lei ordinária (art. 6º do CPC) que não oferece lastro para acomodar o entendimento judicial aplicado (fl. 211); (v) o art. 139, IV, do CPC deve ser interpretado de forma sistemática com o art. 77, IV, e o § 6º, do CPC, que formam uma barreira jurídica a impedir que os membros de Funções essenciais à justiça sejam punidos pelo Judiciário; (vi) as punições previstas nos arts. 264 e 265, ambos do CPP são inconstitucionais, porquanto impossível o convívio dos mencionados dispositivos de lei com a prerrogativa constitucional comum de autodisciplina das funções essenciais à justiça que exercem defesa criminal; (vii) o modo com que aplicada a multa violou o contraditório; (viii) incompetência da autoridade judicial para inscrever o defensor em dívida ativa; (ix) as disposições dos arts. 264 e 265 do CPP, em irregular atividade legislativa, foram fundidas pelo julgador para criar uma terceira norma sancionadora; e, por fim, (x) o defensor agiu em cumprimento de ordem superior da respectiva corregedoria, o que exclui a aplicabilidade de multa, nos termos do art. 264 do CPP, por configurar excepcionalidade relevante, bem como inviabiliza que a multa atinja o patrimônio particular do defensor.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Acerca das teses aventadas no presente recurso, a Corte *a quo* teceu as seguintes considerações (fls. 175/183):

José Aparecido Nizio foi acusado de praticar o crime do artigo 171, do Código Penal, por sete vezes, juntamente com Marcelo Tiago da Silva.

Recebida a denúncia em 12.06.2012 (fls. 104/106), o processo foi suspenso em 02.06.2014, em razão de o réu não ter sido localizado, retornando ao seu curso

somente em 19.08.2015, quando o acusado foi localizado e citado (fls. 133/134), momento em que nomeou como patrono o Advogado João Rodrigo Santana Gomes, o qual apresentou resposta à acusação (fls. 135/136)

Realizada audiência de instrução no dia 17.02.2016 o réu e seu advogado constituído, embora intimados, não compareceram ao ato, o que ensejou a decretação da revelia e a nomeação da Defensora Pública Danielle Mitie Kita, para atuação *ad hoc*, sendo ouvidas duas vítimas e uma testemunha (fls. 144/145).

Contudo, foi designada nova audiência para oitiva de outras três vítimas, inclusive, com a necessidade de condução coercitiva (fls. 150/151 e 152).

O causídico constituído apresentou justificativa para a ausência na primeira audiência, bem como para a próxima designada, alegando impossibilidade financeira, porquanto a distância entre as comarcas superava os quinhentos quilômetros, não se opondo a realização do ato com a presença de defensor *ad hoc*, conforme petições de fls. 147/149 e 153/154, além da decisão de fl. 155.

Assim, na data marcada não houve o comparecimento do réu e de seu advogado, ocasião em que, fora solicitada a colaboração da Defensoria Pública local, por meio do Dr. Menésio Pinto Cunha Júnior, para atuação apenas naquele ato. Entretanto, o agente público tomou vista dos autos, mas abandonou a audiência, alegando regramento administrativo, se recusando a colaborar para a realização do ato (fl. 155).

Diante disso, foi imposta pelo magistrado de 1º grau a multa mínima de 10 (dez) salários mínimos, ao referido defensor, nos termos do artigo 264 c.c. 265, ambos do Código de Processo Penal, conforme decisão de fl. 155, motivo do inconformismo ora invocado.

Inicialmente, em que pese se tratar de interesse individual, porquanto a multa foi aplicada especificamente ao defensor e não ao órgão, é certo que a entidade impetrante tem legitimidade, ainda que extraordinária, para ajuizar este remédio constitucional, considerando-se, além da relevância do exercício da advocacia pública, a defesa de questões ligadas ao exercício da profissão e às prerrogativas a ela inerentes.

Por outro lado, a preliminar de incompetência da Seção Criminal não deve ser acolhida, porquanto, como já exposto na primeira análise, se trata de multa aplicada no âmbito criminal, ou seja, durante uma ação penal, envolvendo defensor público apto a atuar naquele processo, por magistrado materialmente subordinado a esta subdivisão penal e dentro das possibilidades recursais de responsabilidade desta colenda Seção Criminal, não merecendo mais delongas.

No mérito, razão, também, não assiste ao impetrante, devendo a liminar ser cassada e a segurança denegada.

Inegável que o Defensor Público Menésio Pinto Cunha Júnior foi nomeado para acompanhar, como “ad hoc”, uma peculiar audiência de instrução, para oitiva

de três vítimas, conduzidas coercitivamente àquela sessão, em razão da ausência do réu, revel, e de seu defensor, ambos intimados (fl. 155).

Assim, perfeita a incidência inicial do artigo 264, do Código de Processo Penal, no momento da nomeação do Defensor Público para a realização daquele específico ato processual:

Art. 264. Salvo motivo relevante, os advogados e solicitadores serão obrigados, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, a prestar seu patrocínio aos acusados, quando nomeados pelo Juiz.

Ora, o dispositivo encontra-se vigente e em uso diário pelos magistrados.

Nesse ponto, ressalto ser prescindível a previsão legal específica para autorizar defensor público a atuar como ad hoc, uma vez que para tal mister basta possuir capacidade postulatória, característica intrínseca aos advogados e defensores, não configurando qualquer forma de "ampliação de atribuição", como crer fazer crer o eminente chefe daquele Órgão.

Ademais, ao contrário de toda a alegação dos impetrantes, é certo que, acima da condição de Defensor estatal, estamos diante de um agente público, motivo pelo qual deveria prezar pela efetiva e eficiente prestação de serviços à população, condição que não se viu no presente caso, diante da reprovável atuação daquele servidor.

Aliás, não basta apenas invocar o Princípio Constitucional da Legalidade para, hipoteticamente, justificar a não atuação em processo com Advogado particular constituído, mas se afastar por completo dos demais, seja aqueles expressos no artigo 37, da Carta Magna, ou os intrínsecos ao próprio cargo.

Por outro lado, em que pese os serviços prestados pela Defensoria não serem cobrados, é certo que não cabe ao Defensor Público, no momento da audiência, rejeitar a nomeação e abandonar a sala de audiência, mas sim, posteriormente, acionar o acusado a fim de ressarcir o erário público pelo serviço prestado, caso entenda que a constituição de Advogado particular seja incompatível com a hipossuficiência financeira, condição apontada para a atuação da Defensoria Pública, inclusive amparado legalmente pelo artigo 263, do Código de Processo Penal:

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz (grifei).

No presente caso essa situação seria facilmente superada, uma vez que o patrono nomeado pelo acusado já havia manifestado a impossibilidade financeira do réu de custear o deslocamento de ambos, por mais de quinhentos quilômetros,

entre a cidade em que reside (Garça/SP) e comarca onde tramita o processo (Registro/SP) para acompanhar a sessão.

Assim, bastaria o bom senso do defensor, diante da situação excepcional, para evitar todo o transtorno causado, além dos prejuízos decorrentes dessa atitude antiproducente e contra os objetivos da administração pública, sendo irrelevante a existência de eventual “orientação superior” de duvidosa legalidade.

Portanto, nem por amor ao debate, a nomeação de Defensores Públicos para atuação *ad hoc*, configura ato ilegal ou de abuso de poder.

Por outro lado, o Dr. Menésio Pinto Cunha Júnior, após analisar os autos, abandonou o recinto, tornando prejudicada a realização do ato processual, simplesmente, invocando “regramento administrativo”, motivo pelo qual lhe foi imposta a multa, generosamente, fixada no mínimo legal de 10 (dez) salários mínimos.

Aliás, o Magistrado deixou muito clara a displicência no comportamento do causídico ao fundamentar a imposição da multa, nos termos do art. 265, do Código de Processo Penal, destacando a participação dele, assim como os seus companheiros de carreira, em outras audiências, na mesma condição, conforme decisão de fls. 150/151.

Aqui, impossível compactuar com a alegada inconstitucionalidade daquele dispositivo, porquanto, a aplicação dessa penalidade não se confunde com as sanções administrativas e não acarreta prejuízo às demais punições eventualmente impostas, inclusive aquelas relacionadas na lei Orgânica da Defensoria Pública ou, até mesmo, no Estatuto da OAB, pois se refere tão somente ao indevido abandono, com o efetivo prejuízo ao andamento dos processos judiciais, retardando a prestação jurisdicional.

Não se desconhece a existência da ADIn n. 4.398/DF, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em março de 2010, contra o texto do artigo 265, do diploma legal citado, mas que ainda não tem previsão de julgamento, encontrando-se, atualmente, conclusos ao relator, situação que em nada ajuda os impetrantes.

Com efeito, não trouxe naquele momento e, muito menos agora, qualquer justificativa plausível para o abandono. Ressalte-se, inclusive, que nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, há notícia de que não é a primeira vez que o ilustre defensor toma tal atitude.

Portanto, a decisão que decretou o pagamento de multa ao impetrante, além de encontrar amparo legal, está suficientemente fundamentada (fls. 144/145, 150/151 e 155), nela não detectando irregularidade que mereça, de plano, a decretação de qualquer nulidade.

Em contrapartida, não procede a alegação de ausência de contraditório quanto à multa aplicada, uma vez que há, ao menos, um recurso específico para se questionar esse tipo de ação do magistrado, qual seja a correição parcial, momento em que,

apesar de já aplicada a multa, o autuado poderá apresentar as suas razões de defesa a justificar o afastamento ou não da medida, de forma que, novamente, é impossível acolher a versão defensiva.

Outrossim, inadmissível o pedido de tornar a Defensoria Pública a destinatária da multa, uma vez que, como já exposto no início, a imposição da punição foi pessoal e direcionada à pessoa do impetrante em decorrência da sua lamentável atuação, motivo pelo qual se trata de direito individual.

Aliás, ainda que estivesse agindo sob “orientação superior”, caberia, unicamente, ao defensor escolher se é caso de acionar judicialmente o estado para ser ressarcido ou, então, incumbiria à própria Defensoria Pública rever o seu ato administrativo, ao reconhecer nesse momento que a sua orientação pode causar prejuízos pessoais aos seus integrantes e, conseqüentemente, ao erário público.

Quanto aos pedidos de cassação da decisão quanto à nomeação do mesmo Defensor Público para as próximas audiências, assim como o risco de novas imposições de multas, fica prejudicada a sua apreciação, uma vez que o réu nomeou a Advogada Suelen Regina Rosa de Sousa, a qual já participou da audiência de instrução realizada em 23.08.2016, conforme ata da sessão que determinei a juntada aos autos (fl. 167).

Diante de todo o exposto não se verifica, em absoluto, ofensa a direito líquido e certo do Defensor Público, cuja sanção sofrida está prevista em lei e, com muito mais razão nesse caso de prestação de serviço público, com amparo constitucional, observado o respeito ao nobre e imprescindível exercício da Advocacia, inclusive no que tange ao *quantum* estabelecido que, também, não enseja qualquer redução.

Passo, inicialmente, à análise da preliminar de incompetência suscitada.

Da mesma forma que o Tribunal bandeirante, entende este Sodalício que *Na definição da competência das Seções deste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a natureza da relação jurídica litigiosa. Pouco importa o instrumento processual utilizado ou a espécie da lei que fundamentou a decisão recorrida ou que foi invocada no recurso [...] (in CC n. 29.481/SP, Corte Especial, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 28/05/2001).*

Deste modo, considerando que a multa foi fixada com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal, em razão de o defensor público ter se recusado a patrocinar interesse de jurisdicionado, conclui-se que a relação jurídica litigiosa é regida pelas normas de direito penal e, por este motivo, a competência para o julgamento do *mandamus* não poderia ser outra que não a das respectivas seções criminais. Neste mesmo sentido, confira-se: RMS n. 53.678/PR, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 4/4/2017.

Superada a questão preambular, passo ao exame de mérito da pretensão.

De acordo com o entendimento firmado pelo Tribunal de justiça paulista é possível a aplicação de multa ao defensor público que porventura se recuse a patrocinar interesse de réu assistido por causídico constituído, ainda que em atenção a regramento administrativo próprio da Defensoria Pública estadual.

Por outro lado, entende esta Corte que a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal somente poderia ser aplicada *naquelas situações em que fique demonstrado que, sem comunicação prévia ao juiz do feito, o advogado (defensor) abandonou, sem justo motivo, o processo, a causa, deixando o cliente indefeso. A isso não se equipara o abandono de um ato processual, como no caso concreto.* (RMS 51.511/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Neste trilhar, inaplicável a multa disposta no art. 265 do CPP, a uma, porque, no caso concreto, o defensor foi nomeado pelo juízo para ato específico, a duas, porque a recusa do defensor se justifica em ato normativo interno do órgão de defesa pública e, a três, porque tampouco se pode considerar indefeso o réu, na medida em que possuía advogado constituído nos autos.

Ademais, caso o defensor aceitasse a nomeação *ad hoc*, e, por conseguinte, desobedecesse a orientação superior corria o risco de vir a ser sancionado pela própria instituição a que integra.

Logo, qualquer que fosse a atitude adotada pelo Defensor, estaria sujeito a punição, quer por desobedecer a regra imposta pelo órgão a que pertence, quer por recusar a nomeação do juízo para atuar como defensor *ad hoc*. Neste sentido, confira-se o seguinte precedente:

Processual Penal. Mandado de segurança. Sanção ao advogado que abandona a causa sem prévia comunicação ao juízo (não comparecimento a audiência). Art. 265 do CPP. Desrespeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF/88). Recurso provido.

1. Não é lícito ao Advogado abandonar sem justo motivo previamente comunicado ao Juízo, o patrocínio da causa, no momento da realização de ato processual ao qual, devidamente intimado, deve comparecer, por configurar, prima facie, menoscabo às atividades do Poder Judiciário, nas quais desempenha função essencial e insubstituível (art. 133 da Carta Magna).

2. Não se deve confundir a ausência a determinado ato processual com o abandono do processo, tal como previsto no art. 265 do CPP (redação da Lei

11.719/08), tanto que cumpre ao Juiz, em tal hipótese, se for o caso, nomear defensor substituto, como dispõe o art. 265, § 2º do CPP (redação da Lei 11.719/08), mas sem afastar a atuação do causídico em atos processuais futuros.

3. A aplicação de qualquer sanção, ainda que de cunho administrativo, mas com reflexo patrimonial, se sujeita aos rígidos padrões de procedimento que integram o *due process of law* (justo processo jurídico), que não admite a noção de responsabilidade objetiva por ato infracional disciplinar, a exigir a devida apuração de sua prática e do correspondente contexto circunstancial em que ocorreu, haja vista o disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

4. Cabe ao Juiz prover medidas de pronta eficácia para impedir delongas processuais, inclusive suscitando ao órgão de classe dos Advogados a adoção de sanções administrativas, mas deve abster-se de exercer diretamente essa atividade de controle disciplinar.

5. Recurso a que se dá provimento, para conceder a ordem de segurança.

(RMS 32.742/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso em mandado de segurança para afastar a multa aplicada.

RECURSO ESPECIAL N. 1.738.264-DF (2015/0140110-3)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Jonatas Arcaño de Moraes Gomes

Recorrido: Juliano Rosa de Resende

Advogado: Thiago Rodrigues Braga - DF031590

EMENTA

Recurso especial. Acórdão *a quo* que desclassificou a conduta perpetrada pelos recorridos de crime de tortura-castigo (art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997) para o crime de lesão corporal grave.

Violação do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Recurso que objetiva o restabelecimento da condenação. Improcedência. Crime próprio, que só pode ser perpetrado por agente que ostente posição de garante (obrigação de cuidado, proteção ou vigilância) com relação à vítima.

1. O conceito de tortura, tomado a partir dos instrumentos de direito internacional, tem um viés estatal, implicando que o crime só poderia ser praticado por agente estatal (funcionário público) ou por um particular no exercício de função pública, consubstanciando, assim, crime próprio.

2. O legislador pátrio, ao tratar do tema na Lei n. 9.455/1997, foi além da concepção estabelecida nos instrumentos internacionais, na medida em que, ao menos no art. 1º, I, ampliou o conceito de tortura para além da violência perpetrada por servidor público ou por particular que lhe faça as vezes, dando ao tipo o tratamento de crime comum.

3. A adoção de uma concepção mais ampla do tipo, tal como estabelecida na Lei n. 9.455/1997, encontra guarida na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que ao tratar do conceito de tortura estabeleceu –, em seu art. 1º, II –, que: *o presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo*; não há, pois, antinomia entre a concepção adotada no art. 1º, I, da Lei n. 9.455/1997 – tortura como crime comum – e aquela estatuída a partir do instrumento internacional referenciado.

4. O crime de tortura, na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997 (tortura-castigo), ao contrário da figura típica do inciso anterior, não pode ser perpetrado por qualquer pessoa, na medida em que exige atributos específicos do agente ativo, somente cometendo essa forma de tortura quem detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade (crime próprio).

5. A expressão *guarda, poder ou autoridade* denota um vínculo preexistente, de natureza pública, entre o agente ativo e o agente passivo do crime. Logo, o delito até pode ser perpetrado por um particular, mas ele deve ocupar posição de garante (obrigação de cuidado, proteção ou vigilância) com relação à vítima, seja em virtude da lei ou de outra relação jurídica.

6. Ampliar a abrangência da norma, de forma a admitir que o crime possa ser perpetrado por particular que não ocupe a posição de garante, seja em decorrência da lei ou de prévia relação jurídica, implicaria uma interpretação desarrazoada e desproporcional, também não consentânea com os instrumentos internacionais que versam sobre o tema.

7. No caso, embora a vítima estivesse subjugada de fato, ou seja, sob poder dos recorridos, inexistia uma prévia relação jurídica apta a firmar a posição de garante dos autores com relação à vítima, circunstância que obsta a tipificação da conduta como crime de tortura, na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997.

8. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro negando provimento ao recurso especial, sendo seguido pelo Sr. Ministro Nefi Cordeiro, e os votos dos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Maria Thereza de Assis Moura dando-lhe provimento, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 14.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: O *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* denunciou Jonatas Arcanjo de Moraes Gomes e Juliano Rosa de Resende pela suposta prática dos crimes de tortura e exercício arbitrário das próprias razões. Finda a instrução, foi proferida sentença que condenou

Jonatas – como incurso nos crimes tipificados no art. 345 do Código Penal e no art. 1º, II, e § 3º, primeira parte, da Lei n. 9.455/1997, na forma do art. 70, primeira parte, do Código Penal – à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 40 dias multa; e Juliano – como incurso nos crimes tipificados no art. 345 do Código Penal e no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997, na forma do art. 70, primeira parte, do Código Penal – à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 40 dias-multa (fls. 280/292). Contra a sentença a defesa dos réus apelou. Julgado em 21/8/2014, o recurso foi desprovido nos termos do acórdão assim ementado (fls. 395/396):

Penal. Apelação criminal. Delitos. Exercício arbitrário das próprias razões. Tortura. Pedido principal. Absolvição. Atipicidade da conduta. Não caracterizada. Ausência de provas. Não ocorrência. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto e coeso. Teses subsidiárias. Tortura. Desclassificação. Lesão corporal grave. Impossibilidade. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Dosimetria. Reprimenda adequada. Regime fechado justificado. Substituição por restritivas de direitos. Inviável. Sentença mantida.

I. As provas existentes nos autos são suficientes para o julgamento de procedência do pleito condenatório deduzido na denúncia, mormente quando a materialidade e a autoria encontram-se suficientemente evidenciadas nas declarações harmônicas e coerentes da vítima e da testemunha corroboradas pelos laudos periciais e pelo auto de apresentação e apreensão.

II. Não pode ser vista como atípica a conduta do agente que subjuga uma pessoa, submetendo-a a intenso sofrimento físico e mental, mediante emprego de violência e grave ameaça, por mais de duas horas, tudo isso como forma de aplicar-lhe castigo pessoal. Ao contrário, tal conduta amolda-se perfeitamente no tipo penal previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/97.

III. A conduta de manter uma pessoa em seu poder e de submetê-la a intenso sofrimento físico e moral, como forma de castigá-la, em represália à importunação causada pelo descumprimento de acordo relativo à prestação de serviços, segundo o princípio da especialidade, não se enquadra como delito de lesões corporais graves.

IV. Não merece acolhida a tese defensiva de condenação apenas pelo crime de tortura, porquanto as provas evidenciam que os réus tinham arquitetado um plano para reaver a quantia paga pelo serviço que não foi prestado, sendo que todos tinham ciência de que se tratava de uma ação ilegal.

V. O crime de exercício arbitrário das próprias razões não pode ser absorvido pelo delito de tortura, tendo em vista que o preceito secundário daquela infração penal prevê a punição do agente pela violência praticada contra a vítima, o que na hipótese restou caracterizado com a tortura perpetrada contra a vítima.

VI. A margem de discricionariedade na valoração das circunstâncias judiciais e fixação da pena-base só merece ser reparada se ultrapassados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, ou no caso de afastar-se do modelo legalmente previsto, o que não ocorreu na espécie.

VII. Considerando-se a desproporcionalidade da ação de torturar a vítima por conta de um mero descumprimento contratual, o que evidencia a periculosidade exacerbada da conduta, a imposição de regime mais severo resta justificada, assim, na gravidade concreta do fato.

VIII. A substituição da pena por restritivas de direitos não pode beneficiar o réu que cometer o delito com violência e grave ameaça à pessoa e for condenado a uma reprimenda superior a quatro anos, bem como se as circunstâncias judiciais demonstrarem não ser socialmente recomendável a concessão de tal benesse para o agente.

IX. Recurso conhecido e *não provido*.

Em face do aresto, sobreveio a oposição de embargos infringentes, que foram providos, a fim de desclassificar a conduta tipificada como tortura para o crime de lesão corporal grave. Eis a ementa do acórdão (fls. 486/487):

Penal. Réu condenado pelo crime de tortura-castigo (artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/97). Voto minoritário reclassificando a conduta para a de exercício arbitrário das próprias razões cumulada com lesão corporal grave (artigos 345 e 129, § 1º, do Código Penal). Prevalência do voto vencido. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Embargos providos.

1. A defesa propugna o prevalecimento do voto minoritário que desclassificava a conduta de tortura-castigo (Artigo 1º, Inciso II, da Lei 9.455/97) para exercício arbitrário das próprias razões mais lesão corporal grave (artigo 345 combinado com 129, § 1º, do Código Penal). A vítima contratou com o réu instalar equipamento de ar condicionado num salão de beleza e recebeu um adiantamento em dinheiro, mas nada fez para cumprir o trato, deixando, ainda, de atender os seus telefonemas pedindo a restituição do que foi pago. Diante disso, o réu pediu a um casal amigo que fingisse interesse num orçamento para instalação de ar-condicionado doméstico. A vítima foi ao endereço indicado, sendo ali subjugada, amarrada, desapossada dos cartões bancários e obrigada, mediante violência e grave ameaça, a revelar as senhas. O saque se frustrou por falta de dinheiro na conta, sendo por isso torturada com pimenta nos olhos e thinner jogado nos órgãos genitais, sofrendo lesões corporais que a deixaram incapacitada para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Desesperada, a vítima ofereceu o televisor da mãe para pagar o prejuízo e foi à casa dela, suplicando-lhe que o entregasse aos seus algozes. A mulher, vendo as condições deploráveis do filho, gritou e fez um escarcéu que chamou a atenção dos vizinhos, provocando a fuga dos réus, que deixaram a vítima, ainda amarrada, nos braços da mãe.

2. A teoria finalista da ação de Hans Welzel, adotada pelo Código Penal Brasileiro, determina que a finalidade da ação é o que define sua tipicidade. A prova dos autos provou que a violência empregada pelos réus tinha por finalidade única obrigar a vítima a devolver o que recebera indevidamente, e não a de obter uma informação, declaração ou confissão sobre fato juridicamente relevante. Não se cogita de tortura-castigo, que configura crime próprio e só pode ser cometido por agente que tenha a vítima “sob sua guarda, poder ou autoridade”.

3. Inaplicável o princípio da consunção porque o tipo exercício arbitrário das próprias razões, no preceito secundário, expressamente prevê a dupla punição do agente em caso de violência.

4. Embargos providos.

Inconformado, o órgão acusatório interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, suscitando contrariedade ao art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997.

Em suma, aduziu que a expressão *sob sua guarda, poder ou autoridade*, mencionada no dispositivo indicado, não possui viés exclusivamente estatal, razão pela qual a imposição de tortura como forma de castigo, tal como no caso dos autos, ainda que perpetrada por particular que mantém a vítima sob seu poder, configura o crime em referência (fls. 525/536).

A Corte de origem inadmitiu o recurso com fundamento na Súmula 7/STJ (fls. 553/555). Daí, sobreveio agravo (fls. 557/566). Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 589/590):

[...]

O argumento utilizado para inadmitir o recurso especial não procede.

A tese esposada na insurgência encontra-se devidamente prequestionada, tendo o recorrente, ora agravante, demonstrado, de forma efetiva, a ofensa ao artigo de lei elencado em sua peça – art. 1º, II, da Lei 9.455/97 do Código Penal.

Ademais, a discussão não busca o reexame de matéria fática ou o revolvimento das provas carreadas ao autos, bastando que se analise os acórdãos proferidos pelas instâncias inferiores e a sentença condenatória para concluir-se que se cuida, aqui, de hipótese que se restringe à reavaliação do Juízo feito pelo Colegiado acerca de determinados elementos de convicção.

A questão nuclear passa, unicamente, pela definição do conceito de guarda, poder ou autoridade contido no artigo apontado como malferido. Tanto é verdade que todos os votos proferidos na origem, mesmo os que negaram a tipificação, partem da mesma premissa fática: a intensa violência praticada como

forma de imprimir castigo à vítima que estava em poder dos réus. A controvérsia se deu, portanto, apenas em sede de tipificação.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reconheceu a prática de intensa violência física (chutes, thinner nos genitais e pimenta nos olhos), objetivando imprimir castigo ao ofendido que ficou sob o poder dos réus, por mais de duas horas, em represália à importunação causada pelo não cumprimento do acordo de instalação de ar condicionado na residência de um dos acusados.

Evidencia-se, pois, a presença de todos os elementos necessários para a incidência do tipo previsto no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97, *verbis*:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - [...] II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo provimento do agravo e do recurso especial, a fim de seja restabelecida a sentença condenatória.

O agravo foi provido e o recurso especial processado (fls. 593/597).

Em petição subsequente, o Ministério Público Federal ratificou o parecer anterior, pugnano, ainda, pela inclusão do recurso em pauta para julgamento (fls. 605/606).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A controvérsia está circunscrita ao âmbito de abrangência da expressão *guarda, poder ou autoridade*, prevista na figura típica do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997 (*tortura-castigo*), de modo a estabelecer se os recorridos podem figurar como sujeitos ativos dos crime em comento.

Colhe-se dos autos que a vítima foi subjugada fisicamente, sendo alvo de violência física, perpetrada por mais de duas horas, cujo escopo era, além de constrangê-la a devolver quantia em dinheiro que devia a um dos recorridos (Jonatas), causar-lhe sofrimento físico como forma de castigo (fl. 281):

[...]

Daly Cícero Silva, vítima, quando ouvido perante a autoridade policial, descreveu pormenorizadamente a dinâmica dos fatos, narrando, em síntese, que foi rendido por ambos os acusados, amarrado nos braços e pernas por fita adesiva - a qual também foi aposta em sua boca -, e agredido com chutes nas costelas, por várias vezes. Relatou, também, que os réus lhe exigiram a quantia em dinheiro proveniente do acordo de instalação do ar-condicionado, bem como senhas de cartões de crédito, mediante ameaças de morte e emprego de faca, que era encostada em seu pescoço quando demonstrava qualquer reação. Por fim, disse ter sido lesionado por produto químico nas regiões genitais e por molho de pimenta nos olhos, ambos jogados em seu corpo pelo acusado Jonatas, o que lhe impingiu intenso sofrimento físico (fls. 40/42).

[...]

O Magistrado, ao sentenciar, condenou os recorridos pela prática dos crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP) e de tortura, na modalidade castigo (art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997).

A referida tipificação foi mantida em sede de julgamento de apelação (fls. 394/428); mas, no julgamento de embargos infringentes, *prevaleceu o voto minoritário* proferido na apelação, no sentido de que os atos de violência perpetrados não consubstanciaram crime de tortura, nem na modalidade do inciso I – já que não visava à obtenção de informação, declaração ou confissão –, nem modalidade do inciso II (tortura-castigo), pois ***nessa modalidade, o delito configura crime próprio e só pode ser cometido por agente que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade*** (fl. 508 – grifo nosso).

Antes de tecer qualquer comentário acerca da interpretação do referido preceito, cumpre esclarecer que o conceito de tortura, tomado a partir dos instrumentos de direito internacional, tem um viés estatal, ou seja, é exercida por um agente estatal ou por um particular no exercício de função pública, consubstanciando, assim, crime próprio.

Nesse sentido, destaco o art. 1º, 1, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

Artigo 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta

pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; *quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.*

O legislador brasileiro, ao tratar do tema na Lei n. 9.455/1997, foi além da concepção estabelecida nos instrumentos internacionais, na medida em que, *ao menos no art. 1º, 1, da referida norma, ampliou o conceito de tortura para além da violência perpetrada por servidor público ou por particular que lhe faça as vezes, dando ao tipo o tratamento de crime comum:*

Confira-se:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

Nesse sentido, destaco lição de José Ribeiro Borges:

[...]

A lei brasileira, embora tipificando o crime de tortura, tornando realidade no campo infra-constitucional o mandamento contido na Carta Maior, se fez em dissonância com as recomendações internacionais, contidas nos diversos tratados e convenções celebrados, onde se prescrevia a definição do crime de tortura como crime próprio, qual seja, praticado por funcionário público, na condição de representante do Estado. A lei brasileira estendeu o conceito, passando a contemplar outras modalidades de conduta e alcançando os atos de tortura perpetrados por particulares e movidos por outros desideratos que não os apontados nos tratados internacionais. Ou seja, para nós a tortura não é só a institucional, qual seja a praticada em nome do Estado ou a pretexto de servir aos seus interesses, mas também a perpetrada por particular e sob outros pretextos que sejam os contemplados nos diplomas internacionais.

(BORGES, José Ribeiro. *Tortura: aspectos históricos e jurídicos: o crime da tortura na legislação brasileira - análise da lei 9.455/97*. Campinas: Romana, 2004, pág. 170)

Tal opção é alvo de críticas por parte da doutrina, sob o argumento de que uma concepção mais ampla acabou por banalizar o crime, reduzindo a segurança jurídica na aplicação da norma:

[...]

Não sem motivo a tortura nos documentos internacionais aparece como crime próprio. Restringir o autor da tortura à figura do agente estatal é uma forma de proteger os cidadãos contra os possíveis arbítrios cometidos por aqueles que exercem direta ou indiretamente, o poder institucionalizado, inclusive para que o Estado arque com a responsabilidade e, conseqüentemente, com as devidas indenizações.

Esse é, sem dúvida, o caminho para que a tortura não seja banalizada. Uma lei penal que vise protegê-la a todo custo, ampliando o próprio conceito de tortura, acaba por não protegê-la em nada. Afinal, tudo e nada podem ser tortura. A lei penal deixa, portanto, de garantir a tão cara segurança jurídica.

[...]

Frente a todos esses argumentos expostos, não encontramos outro caminho senão o de apontar com uma falha da nossa legislação vigente a inclusão do crime de tortura na categoria dos crimes comuns, ao mesmo tempo que levantamos e defendemos a bandeira da tortura como crime próprio, podendo ser cometido tão-somente por agente estatal.

(TEIXEIRA, Flávia Camello. *Da Tortura*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, págs. 140/142)

Ressalto, no entanto, que a adoção de uma concepção mais ampla do tipo, tal como estabelecida na Lei n. 9.455/1997, encontra guarida na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que, ao tratar do conceito de tortura, estabeleceu em seu art. 1º, II, que: *o presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.*

Nessa perspectiva, não há antinomia entre a concepção adotada no art. 1º, I, da Lei n. 9.455/1997 – tortura como crime comum – e aquela estatuída a partir do instrumento internacional referenciado.

Tal conclusão é reforçada pelo tratamento jurídico da questão no âmbito da jurisprudência desta Corte, a qual tem orientado que, na forma do art. 1º, I, da Lei n. 9.455/1997, a tortura é crime comum:

Agravo regimental. Recurso especial decidido monocraticamente. Ofensa ao princípio da colegialidade. Inocorrência.

1. O art. 557 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente na área penal, autoriza ao relator negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que o recurso foi decidido com base na jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

Penal. Tortura. Crime comum. Desnecessidade de reexame do conjunto fático-probatório para classificar o delito. Questão eminentemente de direito. Dissídio jurisprudencial. Requisitos de admissibilidade. Ausência. Apelo apreciado com base na alínea "a" do permissivo constitucional. Recurso improvido.

1. Averiguar a classificação jurídica do delito de tortura é questão eminentemente de direito.

2. Apesar de ausentes os requisitos de admissibilidade do dissídio jurisprudencial, o recurso especial também foi interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, tendo sido analisado sob este prisma.

3. *Nos termos do artigo 1º, I, "a", da Lei 9.455/97, da jurisprudência e da doutrina, a tortura é classificada como crime comum.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.291.631/MG, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/SE, Quinta Turma, DJe 13/10/2015)

[...]

5. *O art. 1º da Lei n. 9.455/1997, ao tipificar o crime de tortura como crime comum, não ofendeu o que já determinava o art. 1º da Convenção da ONU Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, em face da própria ressalva contida no texto ratificado pelo Brasil.*

[...]

(REsp n. 1.299.787/PR, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/2/2014)

O caso dos autos, no entanto, como já relatado, não cuida da prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei n. 9.455/1997, pois tal tipificação, embora tenha sido cogitada na denúncia, foi afastada na sentença e no acórdão da apelação, sob a conclusão de que a violência não foi perpetrada com o fim de obter *informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa*, mas sim como forma de castigo.

A controvérsia, pois, está circunscrita à possibilidade de tipificar a conduta na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997 (tortura-castigo):

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Tal tipificação, ao contrário da tortura elencada no inciso anterior, não pode ser perpetrada por qualquer pessoa, pois a circunstância de que a violência ocorra contra vítima submetida à **guarda, poder ou autoridade**, *afasta a hipótese de crime comum*, que pode ser perpetrado por qualquer pessoa, firmando a conclusão de que o crime ali descrito é próprio, só podendo ser praticado por alguém que detenha a guarda, poder ou autoridade sob a vítima.

Ao comentar o referido dispositivo, Guilherme de Souza Nucci afirma que seu objeto *é a pessoa que está sob guarda (vigilância), poder (força típica da autoridade pública) ou autoridade (força advinda de relação de mando, inclusive da esfera cível, como o tutor em relação ao tutelado, o curador no tocante ao curatelado e mesmo os pais em relação aos filhos menores)*. E que, assim, o sujeito ativo, que pode ser qualquer pessoa para a figura do inciso I do art. 1º, *passa a ser qualificado para o inciso II, exigindo atributos específicos, [somente cometendo] essa forma de tortura quem detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.199).

Nítido, pois, que, no referido preceito, há um *vínculo preexistente, de natureza pública, entre o agente ativo e o agente passivo do crime*. Logo, o delito até pode ser perpetrado por um particular, mas ele *deve ocupar posição de garante (obrigação de cuidado, proteção ou vigilância), seja em virtude da lei ou de outra relação jurídica*.

Nesse sentido, destaco doutrina pertinente:

[...]

De início, falta a lei em submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade. Submeter (do latim *submittere*) significa sujeitar, subjugar, subordinar, outrem. Guarda é cuidado, proteção amparo, pressupondo vigilância. Importa zelo pela segurança pessoal de alguém. Poder significa a faculdade de deliberar, agir, mandar, exercer domínio e força. Autoridade é o poder de se fazer obedecer, de dar ordens, tomar decisões, de agir.

Então o dispositivo em comento está a nos dizer que constitui crime de tortura sujeitar alguém que está sob o cuidado, o domínio ou obrigado a obediência do sujeito ativo, com o emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

[...]

*O crime em comento é um delito próprio, exigindo como pressuposto a presença de uma relação jurídica preexistente entre sujeito ativo e sujeito passivo. O sujeito ativo está na posição de garante, seja em virtude da lei outra relação jurídica. Só quem tem a guarda, vigilância, poder ou autoridade, pode cometer esse delito. Assim, **tem com sujeito ativo os pais, tutores, curadores, diretores de colégio ou de institutos profissionais, professores, patrões, chefes, médicos e enfermeiros, carcereiros, policiais, funcionários de internatos de menores infratores**, etc.*

[...]

(LIMA, Mauro Faria de. *Crimes de tortura*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, págs. 39/41)

Tal interpretação guarda perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte, pois, em caso de violência perpetrada por babá contra criança, concluiu-se pela possibilidade da tipificação da conduta como tortura-castigo:

Habeas corpus. Crime de tortura. Lei n. 9.455/1997. Nulidades processuais. Competência por prevenção. Nulidade relativa. Súmula 706/STF. Tortura. Sujeito ativo na condição de guarda sobre as vítimas. Babá em relação a menores entregues a seus cuidados. Definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. Inclusão pelo órgão julgador de causa de aumento de pena. Nulidade não configurada. Dosimetria da pena e regime prisional. Inexistência de ilegalidade.

1. A nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção é relativa, entendimento consolidado na Súmula 706/STF.

2. Não configura nulidade a atribuição pelo órgão julgador de definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. Hipótese de inclusão da causa de aumento com base nos fatos já narrados na peça acusatória.

3. *A conduta da paciente enquadra-se no tipo penal previsto no art. 1º, II, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997. A paciente possuía os atributos específicos para ser condenada pela prática da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Indubitável que o ato foi praticado por quem detinha as crianças sob guarda, na condição de babá.*

4. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com a devida fundamentação, consideradas as circunstâncias em que cometido o crime contra as crianças, mediante mordidas e golpe com pedaço de pau.

5. A fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena tem previsão na Lei n. 9.455/1997 (art. 1º, § 7º) e também acolhida na jurisprudência da Corte.

6. Ordem denegada.

(HC n. 169.379/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 31/8/2011)

Ampliar o âmbito normativo, de forma a admitir que o crime possa ser perpetrado por particular que não ocupe a posição de garante, seja em decorrência da lei ou por prévia relação jurídica, parece-me uma interpretação desarrazoada e desproporcional, não consentânea com os instrumentos internacionais que tratam da tortura.

Logo, entendo que, no caso, embora a vítima estivesse subjugada de fato, ou seja, sob poder dos recorridos, inexistente uma prévia relação jurídica apta a firmar a posição de garante dos autores com relação a vítima, circunstância que obsta a tipificação da conduta como crime de tortura, na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997.

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

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Na espécie, pedi vista dos presentes autos para melhor exame da matéria controvertida, mais especificamente acerca da classificação das condutas praticadas pelos recorridos.

Os autos reportam que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em julgamento dos embargos infringentes interpostos pela defesa, deu provimento, por maioria, para desclassificar o crime de tortura (art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997) para o delito de lesão corporal grave, em acórdão assim ementado, no que interessa (e-STJ fls. 486/487):

Penal. Réu condenado pelo crime de tortura-castigo (artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/97). Voto minoritário reclassificando a conduta para a de exercício arbitrário das próprias razões cumulada com lesão corporal grave (artigos 345 e 129, § 1º, do Código Penal). Prevalência do voto vencido. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Embargos providos.

1 A defesa propugna o prevalecimento do voto minoritário que desclassificava a conduta de tortura-castigo (Artigo 1º, Inciso II, da Lei 9.455/97) para exercício arbitrário das próprias razões mais lesão corporal grave (artigo 345 combinado com 129, § 1º, do Código Penal). *A vítima contratou com o réu instalar equipamento*

de ar condicionado num salão de beleza e recebeu um adiantamento em dinheiro, mas nada fez para cumprir o trato, deixando, ainda, de atender os seus telefonemas pedindo a restituição do que foi pago. Diante disso, o réu pediu a um casal amigo que fingisse interesse num orçamento para instalação de ar-condicionado doméstico. A vítima foi ao endereço indicado, sendo ali subjugada, amarrada, desapossada dos cartões bancários e obrigada, mediante violência e grave ameaça, a revelar as senhas. O saque se frustrou por falta de dinheiro na conta, sendo por isso torturada com pimenta nos olhos e thinner jogado nos órgãos genitais, sofrendo lesões corporais que a deixaram incapacitada para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Desesperada, a vítima ofereceu o televisor da mãe para pagar o prejuízo e foi à casa dela, suplicando-lhe que o entregasse aos seus algozes. A mulher, vendo as condições deploráveis do filho, gritou e fez um escarcéu que chamou a atenção dos vizinhos, provocando a fuga dos réus, que deixaram a vítima, ainda amarrada, nos braços da mãe.

2. A teoria finalista da ação de Hans Welzel, adotada pelo Código Penal Brasileiro, determina que a finalidade da ação é o que define sua tipicidade. A prova dos autos provou que a violência empregada pelos réus tinha por finalidade única obrigar a vítima a devolver o que recebera indevidamente, e não a de obter uma informação, declaração ou confissão sobre fato juridicamente relevante. Não se cogita de tortura-castigo, que configura crime próprio e só pode ser cometido por agente que tenha a vítima “sob sua guarda, poder ou autoridade”.

4. Embargos providos.

No recurso especial, o *Parquet* aduziu violação ao art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997, argumentando, em resumo, que os elementos do crime de tortura, no caso, estariam devidamente configurados, porquanto houve violência causadora de intenso sofrimento físico e mental contra a vítima subjugada ao poder dos réus, que buscavam aplicar-lhe um castigo.

Assim, o cerne da controvérsia posta a desate cinge-se a definir se a conduta praticada pelos ora recorridos pode ser enquadrada no delito previsto no art. 1º, II, da Lei de Tortura (Lei n. 9.455/1997).

A Lei n. 9.455/1997 é objeto de intermináveis discussões doutrinárias, seja pela possível antinomia com o texto de tratados internacionais acerca da natureza do crime de tortura (se comum ou próprio de agentes públicos) ou seja pela atecnia de seus dispositivos.

Assim, quantos aos crimes definidos na lei em comento, o ajuste perfeito entre a luva – fato da vida real – e a mão – tipo penal sancionado – resulta em atribuição ao aplicador do direito de penosa, senão “torturante”, tarefa interpretativa em alguns casos.

A posição doutrinária, em sua maior parte, coaduna com o entendimento de que o legislador brasileiro, ao editar a Lei n. 9.455/1997, tipificou a tortura como crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. E tal exegese é obtida da própria descrição das condutas criminosas ali contidas, que não citam explicitamente o agente público como sujeito ativo. Além do mais, a previsão de causa especial de aumento de pena (§ 4º do art. 1º), quando o sujeito ativo é agente público, reforça tal compreensão.

No passo desse raciocínio, o delito de tortura apenas transmuda o rótulo de crime comum para o de crime próprio quando o tipo exige particular condição do agente.

Nessa conjuntura é feita a interpretação do inciso II do art. 1º da Lei n. 9.455/1997, cuja redação ora transcrevo:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

[...]

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

O crime aqui é considerado próprio *por ser cometido por quem detenha, em relação à vítima, guarda, poder ou autoridade* e que, usando dessas condições, a submeta a *intenso sofrimento físico ou mental, com o objetivo de lhe impingir castigo pessoal ou como medida de prevenção*.

Pois bem. Os fatos em apuração foram bem delineados na ementa supracitada, de modo que não há necessidade de novamente destrinchá-los.

O *intenso sofrimento físico e mental ao qual foi submetida a vítima* é incontroverso, por isso passo aos demais elementos do injusto.

Início então, com a análise da *qualificação dos sujeitos ativos* das condutas em apuração.

Pois bem. A conceituação dos elementos normativos *guarda, poder, autoridade* é encargo que envolve imbróglgio especulativo a repercutir diretamente na configuração do delito.

E, no que diz respeito à essa conceituação, filio-me ao ensinamento de que “[...] **Guarda** expressa ‘o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição’ (STRENGER, 1998.

p. 32). *Autoridade*, no sentido normativo, deve ser enfocada como o ‘poder, derivado de direito público ou privado, exercido por alguém sobre outrem (v.g. diretores de escolas/alunos; carcereiros/presos)’ (PRADO, 2008b, p. 170). O vocábulo *poder*, no âmbito do direito público, denota a característica de que se revestem os atos praticados por detentores de função pública, decorrentes da própria potestade estatal, podendo ser utilizado, ainda, para expressar as relações privadas de subordinação, como o tutor em relação ao tutelado, e o curador em relação ao curatelado” (ADEL, El Tasse; LOPES, Cláudi; SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de; OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de; GOMES, Luís Roberto; TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; COIMBRA, Mário; BUGALHO, Nelson Roberto; ANDRADE Pedro Ivo; CASTRO, Renato de Lima; SILVA, Rita de Cássia Lopes da; PADRO, Robervani Pierin do. Leis Penais Especiais, Parte II. Coordenação Luiz Régis Prado. Vol. 6. São Paulo: editora RT, 2009, p. 263)

Ainda, confira-se lição consentânea acerca do tema, de Sheila Bierrenbach e Walberto Fernandes Lima (Comentários à Lei de Tortura, Aspectos Penais e Processuais Penais. Coleção Leis Especiais Criminais. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2006, pp. 58/59), *in verbis*:

Conforme Magalhães Noronha, *guarda implica proteção, defesa e amparo referente a pessoas que dela não podem prescindir.*

Poder e autoridade não se confundem. O poder emana daquele que ocupa cargo público ou exerce função pública.

Exerce-se autoridade, por sua vez, no âmbito das relações privadas.

A diferença entre poder e autoridade resta demarcada pelo próprio Código Penal, em seu artigo 61, inciso II, alíneas ‘f’ e ‘g’.

Podem, pois, ser sujeitos ativos do crime, não só os agentes do Poder Público, mas também, pais, professores, médicos, enfermeiros, babás, tutores, curadores, dentre outros.

Assim, a meu ver, as expressões guarda, poder e autoridade denotam a existência de *relação jurídica pré-existente de subordinação de fato ou de direito entre a vítima e o algoz.*

Aplicando tais diretrizes, exclui-se, aqui, por óbvio, a guarda, já que não havia dever de vigilância dos réus acerca da vítima.

Não reputo caracterizado, ademais, vínculo prévio de sujeição em âmbito privado que pudesse se amoldar aos conceitos de autoridade ou de poder.

Isso porque, “manter a vítima em seu poder, após subjulgá-la” (e-STJ fl. 495), traduz liame de subordinação criado tão somente no contexto da ação criminosa e para levá-la a cabo.

Todavia, como dito, somente o jugo derivado de vinculação – jurídica ou de fato – pré-estabelecida é que se adequa à definição de poder e de autoridade citadas no inciso II do art. 1º da Lei de Tortura, e entender o contrário vulgarizaria o conceito de soberania ao qual a norma se refere e fatalmente banalizaria o próprio crime em testilha.

Desse modo, os réus não podem ser considerados sujeitos ativos do crime de tortura, na hipótese, pois a submissão que exerceram sobre a vítima derivou da própria ação criminosa e não de vínculo de subordinação anteriormente firmado.

Outrossim, mesmo que ficasse vencido tal argumento, *para além da condição peculiar do agente*, o normativo em estudo vaticina uma finalidade na conduta transgressora. Assim é que o sofrimento físico e mental aplicado à vítima é motivado por um fim específico – castigo pessoal ou medida preventiva.

Com efeito, “a Lei 9.455/1997 exigiu do criminoso um outro elemento subjetivo do tipo, que parte da doutrina denomina ‘dolo específico’, ou seja, uma finalidade especial do agente. No art. 1º, II, a motivação específica é impor um castigo à vítima ou, na expressão da lei, ‘como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo’.” (NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves; DEZEM, Guilherme Madeira; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Leis Penais Especiais*. 2 ed. São Paulo: editora RT, 2013, p. 303).

O exame da dinâmica criminosa revela, a meu sentir, que a motivação especial do injusto, aqui, foi *o recebimento de quantia indevidamente paga à vítima, e não o castigo em si*.

É o que se depreende, inclusive, das próprias declarações do ofendido e de sua genitora, relatadas pelo Tribunal de origem, *in verbis* (e-STJ fls. 490/491):

(...) *A vítima Daly Cícero Silva, em juízo (fls. 157/158), além de indicar com absoluta certeza e segurança os apelantes como sendo os autores do crime de tortura perpetrado contra sua pessoa, descreveu com riqueza de detalhes o evento criminoso, destacando o modo como foi atraído e subjugado por eles; as agressões experimentadas e o intenso sofrimento físico sentido; a intenção dos agressores de reaver a quantia repassada a ela, em razão de um negócio relativo à instalação de um sistema de ar condicionado; as informações obtidas em razão dos castigos*

físicos impingidos, como as senhas dos cartões bancários; assim como o desfecho da situação vivenciada com sua fuga, fato presenciado por sua genitora.

(...)

*Nota-se que a vítima é clara ao narrar que foi rendida pelos apelantes, amarrada nos braços e pernas por fita adesiva, impedida de pedir socorro por ter sua boca tampada também por fita adesiva, e agredida com vários chutes nas costelas. **Em seguida, ela ressaltou a exigência dos apelantes da quantia em dinheiro decorrente do negócio relativo à instalação do ar-condicionado, das senhas de cartões de crédito**, mediante ameaças de morte, inclusive, com emprego de faca, que era constantemente encostada em seu pescoço. Finalizou seu extenso relato, de forma coerente, ao mencionar as lesões sofridas por produto químico lançado nas regiões genitais e por molho de pimenta derramado em seus olhos pelo apelante Jonatas; e a intensa dor física sentida por conta de tais ações.*

[...]

Além disso, corroborando com a palavra da vítima encontra-se o depoimento da testemunha Nadir Luiza da Silva que, em juízo (fl. 159), relatou a situação vivenciada por seu filho (...). Como se vê, a referida testemunha testifica sobre a dívida existente e as diversas cobranças, inclusive, com ameaças; a saída da vítima para realização de um orçamento de instalação de ar condicionado no dia dos fatos; a chegada da vítima em sua residência todo amarrado com fita adesiva e na companhia de dois indivíduos; as lesões sofridas pela vítima que a impediam de se locomover, o que dá mais robustez e credibilidade a palavra da vítima.

Veja-se que as agressões e as ameaças, em todo tempo, foram realizadas com o objetivo de que a vítima devolvesse a entrada paga por serviço que ele não realizou. Destarte, no quadro dos autos, *a conduta dos réus teve por fim especial a devolução de quantia paga indevidamente à vítima*, propósito que não consta na parte final no inciso II do art. 1º da Lei de Tortura, descaracterizando, assim, o tipo penal.

Ressalto, por fim, que, longe de deixar de punir com rigor aquele que provoca lesões físicas graves e funestos danos psicológicos a outrem, a depuração da norma aqui procedida tem por objetivo apenas o cumprimento de sua função sistemática e o atendimento do fim teleológico para a qual foi criada.

E, fiel a tais premissas, concluo que as condutas imputadas aos recorridos não foram praticadas nas circunstâncias previstas no inciso II do art. 1º da Lei de Tortura nem dirigidas às finalidades aí descritas.

Delineado esse cenário, *acompanho o relator para negar provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Senhor Presidente, as razões apresentadas pelo eminente Relator e, hoje, pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiro são bem plausíveis, mas, com todas as vênias, a meu ver, configurou-se, sim, o crime de tortura. E o faço dando uma interpretação não meramente literal do dispositivo legal, porque se trata de um crime praticamente de lesa-humanidade, objeto da Convenção Internacional Contra a Tortura, cujo art. 1º, item II, expressamente diz que:

“O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.”

No voto-vencido na origem, o eminente desembargador acentuou o seguinte:

“Por outro lado, também não merece prosperar o argumento de atipicidade da conduta por qualquer motivo que seja. Ora, a lei que define o crime de tortura exige apenas que o agente tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, não especificando em momento algum que tipo de poder é esse, estatal ou privado, subjugado ou não. Na hipótese, o ato foi praticado por quem mantinha a vítima em seu poder, após ser subjugada, conduta que se enquadra plenamente no tipo penal previsto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/1997.”

Então, vejo como uma questão de interpretar o que significa a vítima “estar sob a guarda, o poder ou a autoridade” de outrem. Podem ser autores do crime mesmo os particulares - e não só agentes públicos - como na presente situação, em que mantiveram a vítima sob o seu poder, sem lhe permitir livremente ir e vir, e após a tentativa, por meio de coação voltada a obter o que eles consideravam até uma providência justa - o ressarcimento por um serviço não prestado pela vítima - eles passaram a empregar meios cruéis de tortura, a saber, pimenta nos olhos, jogar thinner na região genital, o que já ultrapassava, digamos assim, os limites de algum ato que pudesse configurar o aventado exercício arbitrário das próprias razões. Assinalo que esta ação cruel já foi perpetrada em um momento posterior àquele em que não havia mais como ressarcir o prejuízo referido pelos agentes da tortura, tendo sido apenas um modo de castigar a vítima por não lhes haver ressarcido o valor gasto.

E, portanto, pareceu-me ser inequivocamente um ato de tortura, castigo, uma forma de impingir sofrimento cruel a alguém pelo fato de ser um inadimplente de uma dívida.

Por esses motivos, peço vênua e dou provimento ao recurso especial, que foi manejado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, de sorte a restabelecer a decisão inicial que condenou os recorridos pelo crime de tortura.

RECURSO ESPECIAL N. 1.745.410-SP (2017/0007371-4)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Relatora para o acórdão: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Gildeon Braga de Jesus

Recorrido: Marcelo Rodrigo dos Santos

Advogado: Defensoria Pública da União

Recorrido: Housseim Ali Ahmad

Advogado: Adelia Paoletti Bugarin Martins e outro(s) - SP293370

EMENTA

Recurso especial. Direito Penal e Processual Penal. Imputação de corrupção ativa a um dos recorridos. Imputação de corrupção passiva aos outros dois. Absolvição dos três recorridos nas instâncias ordinárias. Pedido Ministerial de condenação. Inviabilidade quanto ao recorrido acusado de corrupção ativa. Exigência explícita, no tipo penal, de “ato de ofício”. Viabilidade quanto aos recorridos acusados do crime de corrupção passiva. Expressão “em razão dela” que não pode ser equiparada a “ato de ofício”. Possibilidade de condenação ainda que as ações ou omissões indevidas não estejam dentro das atribuições formais do funcionário público. Recurso especial parcialmente provido, para condenar os réus que foram denunciados por corrupção passiva.

1. Hipótese em que um dos réus foi absolvido da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e os outros dois foram absolvidos da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP).

2. Ao contrário do que ocorre no crime de corrupção ativa, o tipo penal de corrupção passiva não exige a comprovação de que a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público esteja causalmente vinculada à prática, omissão ou retardamento de “ato de ofício”.

3. A expressão “ato de ofício” aparece apenas no *caput* do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no *caput* do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão “ato de ofício” figura apenas na majorante do art. 317, § 1º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2º do mesmo dispositivo.

4. Nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão “em razão dela”, presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de “ato que está dentro das competências formais do agente”.

5. Não é lícito ao intérprete simplesmente pressupor que, no crime de corrupção passiva, o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível “deduzir” do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação implícita ao poder-dever de punir. Ao contrário, a redação do dispositivo constitui nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da Administração Pública.

6. A desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação – referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais – e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Exigir nexo de causalidade entre a vantagem e ato de ofício de funcionário público levaria à absurda consequência de admitir, por um lado, a punição de condutas menos gravosas ao bem jurídico, enquanto se nega, por outro, sanção criminal a manifestações muito

mais graves da violação à probidade pública: “o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune” (STF, Voto do Ministro *Luís Roberto Barroso* no Inq 4.506/DF, p. 2.052).

7. O âmbito de aplicação da expressão “em razão dela”, contida no art. 317 do CP, não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente. O crime de corrupção passiva não exige nexos causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público. O nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.

8. O crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.

9. No caso, irrelevante, para a consumação do crime de corrupção passiva, o fato de que aos Recorridos não competia, à época dos fatos, a prática de função inerente ao controle imigratório no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP. Mostra-se suficiente à configuração do delito a constatação, presente no acórdão impugnado – e, por conseguinte, imune ao reexame de fatos e provas –, de que “exerciam a função de auxiliar de serviços gerais em empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo”, e de que, em razão dessa função, aceitaram “proposta de vantagem indevida para que auxiliassem o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional”.

10. Recurso parcialmente provido para, por um lado, manter a absolvição do Réu acusado por corrupção ativa, e, por outro, condenar os Corréus acusados por corrupção passiva, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à dosimetria da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz dando provimento ao recurso especial com relação a Gildeon Braga de Jesus e Marcelo Rodrigo dos Santos, e negando provimento com relação a Housseim Ali Ahmad, sendo acompanhada pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro, e o voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro acompanhando o Sr. Ministro Relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial com relação aos dois primeiros recorrentes e, por unanimidade, negar provimento com relação ao último, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Antonio Saldanha Palheiro. Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 23.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: O *Ministério Público Federal* denunciou *Gildeon Braga de Jesus, Marcelo Rodrigo dos Santos e Housseim Ali Ahmad*, além de outros corréus, pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, formação de quadrilha e introdução irregular de estrangeiro em território nacional, pois, consoante acusação, os dois primeiros denunciados – *na qualidade de funcionários da empresa “Seaviation Serviços Aeroportuários Ltda”, concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo* – teriam aceitado promessa de vantagem indevida, formulada pelo terceiro, consistente no pagamento de R\$ 1.000,00 (mil reais), a fim de que auxiliassem no ingresso irregular de estrangeiro no território nacional (fl. 154).

A associação criminosa e o *modus operandi* foram descritos na acusação nos seguintes termos (fls. 153/154):

[...]

Entre os últimos meses de 2011 e janeiro de 2012, em Guarulho, SP, *Gildeon Braga de Jesus, Marcelo Rodrigo dos Santos, Housseim Ali Ahmad e Talal Ahmad Madi*, além de outro indivíduos de nacionalidade libanesa, por ora não identificado, agindo de forma livre e consciente, e em unidade de desígnios, associaram-se, de forma permanente e estável, e com nítida divisão de funções, para a prática de crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, falsa identidade e ingresso irregular de estrangeiro no Brasil.

A *Gildeon e Marcelo*, na condição de funcionários de empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, atendendo a solicitação e promessa de pagamento (R\$ 1.000,00 em cada atuação criminoso) formuladas por indivíduos libaneses, dentre eles *Housseim e Talal*, fora de seus respectivos turnos de trabalho, mas valendo-se de facilidades inerentes às suas funções, competia promover a entrada clandestina de estrangeiros em território nacional, via Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos.

Cabia a ambos os aeroportuários aguardar o desembarque do estrangeiro, de origem libanesa, de vôo que chegava ao país e, já no corredor de desembarque, recepcioná-lo e escoltá-lo pelas áreas restritas do aeroporto, e o acompanhavam até que o mesmo passasse furtivamente pelo serviço de imigração, deixando-o em algum banheiro da área de desembarque internacional de qualquer dos terminais, ocasião em que lhe retiravam o crachá anteriormente fornecido.

Ato contínuo, bastava ao estrangeiro sair pela área de fiscalização da Receita Federal, como se fosse passageiro regular, desacompanhado de bagagem. Isso porque, as malas trazidas no avião eram desviadas pelos aeroportuários para locais onde poderiam ser retiradas posteriormente, mediante utilização dos elevadores de passageiros que se encontra entre a área de embarque e o conector.

A *Talal e Housseim*, esse último, ao que tudo indica, beneficiário direto do esquema criminoso, uma vez que não possui registro de movimentação migratória no Brasil, além do aliciamento dos funcionários do aeroporto, cabia dirigirem-se ao aeroporto a fim de recepcionarem o estrangeiro, após a superação do serviço fiscalizatório realizado por autoridades federais após o desembarque.

Mediante o supradescrito *modus operandi*, após obterem pleno sucesso em empreitada anterior. *Gildeon e Marcelo* foram flagrados pelas câmeras da Infraero. no dia 20.01.2012. quando promoviam entrada clandestina do cidadão libanês *Ali Hussein*. ocasião em que *Talal e Housseim*. nas dependências do supracitado aeroporto, aguardavam a chegada do referido estrangeiro.

Na ocasião, a demonstrar o nível de organização da quadrilha, contando com a possibilidade de insucesso na saída clandestina de *Hussein*, via Aeroporto Internacional de São Paulo, *Housseim* embarcaria em voo com destino a Campo Grande, MS, haja vista ser esta a rota prevista para o primeiro, o qual faria voo de doméstico para aquela localidade, onde se esquivaria do controle migratório da Polícia Federal.

[...]

A denúncia foi recebida em 2/3/2012 (fls. 163/164).

A ação penal, então, seguiu curso regular até que sobreveio sentença que absolveu todos os denunciados (fls. 911/944).

*Especificamente quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva, a conclusão do Magistrado foi de que Gildeon e Marcelo não detinham competência para permitir a entrada de estrangeiro, circunstância que excluiria a possibilidade de tipificar a conduta nos crimes descritos nos arts. 317 e 333, ambos do Código Penal, remanescendo a participação no crime de introdução irregular de estrangeiro em território nacional (art. 125, XII, da Lei n. 6.815/1980), que permitiria o oferecimento de *sursis* processual pelo órgão acusatório.*

Confira-se (fls. 925 e 934/937):

[...]

Ressalte-se que para caracterizar a infração penal de corrupção ativa, o funcionário público deve ser competente, quando da prática do ato determinado, e, pelo que se denota na dinâmica da empreitada criminoso, constante dos autos, nem o corréu Gildeon nem o corréu Marcelo detinham competência de permissão e introdução, no Brasil, de qualquer estrangeiro, e, muito menos, do corréu Ali Hussein.

Com isto, tal conduta de promessa de vantagem indevida, a par de não caracterizar corrupção ativa, por ausência de competência dos corréus Gildeon e Marcelo, permite ao Estado-juiz caracterizar sua participação na infração penal de introdução irregular do corréu Ali Hussein, estrangeiro, no território nacional.

[...]

[...]

Ressalte-se que para caracterizar a infração penal de corrupção passiva, o funcionário público deve ser competente, quando da prática do ato, e, pelo que se denota na dinâmica da empreitada criminoso, constante dos autos, nem o corréu Gildeon nem o corréu Marcelo detinham competência de permissão e introdução, no Brasil, de qualquer estrangeiro, e, muito menos, do corréu Ali Hussein.

Com isto, tal conduta de aceitar promessa de vantagem indevida, a par de não caracterizar corrupção passiva, por ausência de competência do corréu Marcelo, permite ao Estado-juiz caracterizar sua participação na infração penal de introdução irregular do corréu Ali Hussein, estrangeiro, no território nacional.

Não há que se falar em nenhuma contradição nestas razões de decidir, pois a par de a objetividade jurídica das infrações penais de corrupção passiva e de introdução irregular de estrangeiro em território nacional afetar a Administração Pública, aquela se dá em seu aspecto material e moral, enquanto está em seu aspecto de orientar e coordenar as atividades imigratórias.

Melhor sorte tem o corrêu Marcelo Rodrigo dos Santos, no que se refere à imputação penal de quadrilha ou bando, pois, afora a imputação de participação na infração penal de introdução irregular do corrêu Ali Houssein, estrangeiro, em território nacional, não há prova de estabilidade e permanência, presente em união criminosa, a *Justiça Federal* denotar contumácia, na prática de outras corrupções passivas ou mesmo de introduções irregulares de outros estrangeiros no território nacional.

É lógico que não se pode adentrar, com exatidão, no elemento anímico que motivou o corrêu Marcelo Rodrigo dos Santos, a aceitar a promessa de vantagem indevida R\$ 1.000,00 (mil reais) ofertada pelo corrêu Houssein Ali Ahmad, para facilitar o ingresso irregular do corrêu Ali Hussein, estrangeiro, no território nacional. Por outro lado, é certo que se encontrava no aeroporto internacional de São Paulo, Guarulhos, trabalhando em uma empresa prestadora de serviço contratada, em típica atividade da Administração Pública e acabou por proporcionar o ingresso irregular no território nacional de estrangeiro, o corrêu Ali Hussien.

Não bastassem esses argumentos, as demais provas corroboram, em parte, a peça inicial do *Parquet Federal*.

Marcelo Malta de Almeida Moreira à fl. 702, disse, em síntese, pelo sistema audiovisual, que “. . . Ali passou por mim pelo desembarque portando apenas um crachá, sem bagagem e consistia em uma passagem comum, restrita a funcionários; disse que o tio estaria o aguardando do lado de fora; ali é um tráfego intenso de funcionários, só olhamos crachá; Ali estava com o crachá, o Gildeon não dava para ver se estava com o crachá; só na imagem em cima do conector dá para ver eles falando; o banheiro é área restrita; ele foi abordado na saída; identifiquei quem eram os funcionários; o réu Talai disse que apenas estava dando uma carona, que nada sabia; Houssein foi visto no momento em que estava recarregando o celular e nada disse; Ali disse que nada sabia e que estava apenas esperando o tio; em relação aos réus brasileiros não teve qualquer contato; o funcionário da receita estranhou o desembarque sem bagagem e pediu o passaporte, quando notou que não havia registro de entrada/saída; passou pela área de imigração sem realizar a mesma; estava ilegal já...”

Roberto Cuttin Siqueira à fl. 703, disse, em síntese, pelo sistema audiovisual, que “. . . só participei em um segundo momento; o malta solicitou apoio; tentou encontrar as pessoas que estavam esperando o libanês que estava tentando entrar sem visto; no saguão levou o Ali para ver se encontrava o tio dele; foi encontrado o Talal que disse que era amigo, primo; passou a procurar o tio dele; por fim, encontramos ele carregando o celular, era o tio; eu vi as imagens; eles fizeram assim, o libanês estava no meio dos dois balanceiros; eles tinham o crachá; podiam acessar esta área; a hora que chegou no Terminal I deram o crachá para o Ali; passaria como se fosse um funcionário; Talai disse não saber de nada e estava como motorista, só veio dirigindo; com Ali não cheguei a conversar;

Houssein não falou nada; disse que ia buscar o sobrinho; se Ali passou pela Receita já estava dentro do Brasil; eles não fizeram o controle de imigração, só passaram porque tinham o crachá. .

Afora isto, as imagens materializadas no DVD à fl. 44, comprovam a participação na infração penal de introdução irregular de estrangeiro no território nacional, no caso, do corréu Ali Hussein.

Desse modo, pelas razões de decidir, pensa o Estado-juiz que a participação na aceitação de promessa de vantagem indevida não constituiu infração penal de corrupção passiva, mas sim de participação de introdução irregular de estrangeiro no território nacional, não restando comprovada a infração penal de quadrilha ou bando.

Logo, como o Estado-juiz reconhece só a participação na infração penal de introdução irregular de estrangeiros no território nacional, ao corréu Marcelo Rodrigo dos Santos, e, a mesma tem como preceito secundário, pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos (art. 125, XII, da Lei n. 6.815/80), capaz de proporcionar ao respectivo corréu a suspensão condicional do processo, diante do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a aplicação do instituto (art. 89, da Lei 9.099/95), determino a remessa dos Autos ao Ilustre representante do Ministério Público Federal.

[...]

Inconformado, o órgão acusatório apelou, sendo a irresignação desprovida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos do acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 0000388-34.2012.4.03.6119/SP, assim ementado (fls. 1.142/1.143):

Apelação criminal. Artigo 333 do CP. Absolvição. Trânsito em julgado para acusação. Restituição da fiança. Artigo 337 CNP. Recurso ministerial. Corrupção ativa e corrupção passiva. Absolvição mantida.

O apelante foi absolvido da imputação do crime definido no artigo 333 do Código Penal, com supedâneo no artigo 386, III do Código de Processo Penal.

O Juízo *a quo* determinou a cessação das medidas cautelares impostas, com exceção da fiança arbitrada em R\$5.000,00.

O Ministério Público Federal deixou de recorrer em relação à absolvição do apelante, operando-se, dessa forma, o trânsito em julgado para a acusação.

Por força do princípio da unirrecorribilidade das decisões, o recurso em sentido estrito não deve ser conhecido, uma vez que a não liberação do valor referente à fiança foi determinada no bojo da sentença de mérito, contra a qual cabe apelação criminal.

Aplica-se ao caso o disposto no artigo 337 do Código de Processo Penal, impondo-se a restituição integral do valor correspondente à fiança prestada por Ali Hussein nestes autos.

Para a configuração do delito de corrupção ativa, é necessário que o ato buscado pelo agente do delito esteja na esfera de atribuições do funcionário público destinatário da oferta ou promessa de vantagem indevida.

Correta a absolvição de Housseim Ali Ahmad da imputação de corrupção ativa, mantida a condenação pelo cometimento do delito de introdução clandestina de estrangeiro, tipificada no artigo 125, XII da Lei 6.815/80.

No tocante à corrupção passiva, não há relação entre o fato imputado e a função pública exercida pelos agentes, impondo-se a condenação apenas pela prática do crime previsto no artigo 125, XII da Lei 6.815/80.

Recurso em sentido estrito não conhecido. Apelação interposta por Ali Hussein provida e negado provimento à apelação do Ministério Público Federal.

Ainda inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Nas razões, suscitou violação dos arts. 317 e 333, ambos do Código Penal, ao argumento de que os delitos de corrupção ativa e passiva *não estão vinculados exclusivamente aos poderes embutidos no âmbito da competência do funcionário público*, de modo que a possível configuração dos delitos *independe de formalmente o ato caber em suas atribuições* (fls. 1.195/1.198).

Pugnou, assim, pela condenação de Housseim Ali Ahmad no delito de corrupção ativa; e de Gildeon e Marcelo, pela prática do crime de corrupção passiva.

A Corte de origem inadmitiu o recurso especial com fundamento nas Súmulas 7 e 83/STJ (fls. 1.195/1.198).

Daí, sobreveio agravo, no qual o recorrente aduziu que a questão suscitada era eminentemente jurídica, citando dois precedentes desta Corte para fins de rechaçar a incidência da Súmula 83/STJ à espécie (fls. 1.202/1.209).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, nos termos do parecer assim ementado (fl. 1.243):

Agravo em recurso especial. Corrupção passiva. Crime formal. Desnecessidade de existência de competência exclusiva do funcionário público. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do recurso.

Em decisão monocrática, datada de 30/5/2018, determinei a conversão do agravo em recurso especial (fls. 1.250/1.252).

Os autos, então, retornaram conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A irresignação não merece acolhida.

O delito tipificado no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa) exige o oferecimento ou promessa da vantagem indevida ao agente público, com vistas à prática, omissão ou retardamento de um determinado *ato de ofício*:

Corrupção ativa

art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar **ato de ofício**:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Por ato de ofício entende-se aquele *inerente às atividades do funcionário*. Portanto, o ato visado deve estar na esfera de atribuição do funcionário, não necessitando ser ilícito (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. [arts. 213 a 361 do Código Penal]. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 585).

Rogério Greco segue a mesma linha:

[...]

Portanto, a finalidade do comportamento do corruptor é fazer, com o oferecimento ou promessa da vantagem indevida, com o que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício. Assim, é fundamental que se trate de ato de ofício, ou seja, aquele atribuído às funções exercidas pelo funcionário perante a Administração Pública, não havendo, até mesmo, necessidade de que o mencionado ato seja ilícito." (in *Código Penal Comentado*, 8ª Edição, pág. 1.077)

[...]

Quanto ao crime tipificado no art. 317 do Código Penal (corrupção passiva), é certo que a redação do tipo é clara que a consumação do delito demanda apenas que o agente público solicite, receba ou aceite a promessa de vantagem indevida *em razão da função* por ele ocupada:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Com efeito, *para fins de consumação*, é absolutamente indiferente se, em razão da vantagem, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício, pois tais consequências não figuram no *caput* do dispositivo, implicando o agravamento da pena:

[...]

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Tal linha de raciocínio pode levar à conclusão precipitada de que, com relação a esse tipo, seria desnecessário perquirir se o que se objetiva com a vantagem é um ato dentro da esfera de atribuição do servidor que a solicita ou recebe, como alegado pelo recorrente.

Ocorre que, embora o tipo penal, como dito acima, não faça expressa referência ao ato de ofício em seu *caput*, é certo que a expressão ***“em razão dela”*** denota um vínculo entre a vantagem indevida e a função exercida pelo agente que a solicita ou recebe,

Logo, é indispensável a existência de nexos de causalidade entre a conduta do agente público e a realização de ato funcional de sua competência.

Nesse sentido, destaco lição doutrinária pertinente:

[...]

É indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a prática do ato tenha relação com a função do sujeito ativo (*ratione officii*). O ato ou abstenção a que se refere a corrupção deve ser da competência do funcionário, isto é, deve estar compreendido nas suas especificadas atribuições funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. [...]

(Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte especial: arts. 235 a 361 do CP. São Paulo: Atlas: 2018, pág. 303)

Reitero as palavras de Greco, para quem se aplica ao delito de corrupção passiva tudo aquilo que foi dito quando do estudo do crime de concussão, vale dizer, ***a necessidade de ser o agente funcionário público, bem como que as condutas sejam praticadas ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*** (In Código Penal Comentado, 8ª Edição, pág. 1.027).

Não é outra a orientação jurisprudencial desta Corte:

Habeas corpus. Corrupção passiva. Alegação de atipicidade da conduta. Necessidade de que o ato de ofício exigido para a configuração do tipo penal possa ser efetivamente realizado. Paciente condenado por supostamente ter recebido vantagem indevida em troca da prática irregular de ato relacionado com o exercício de sua função, além de ter, em tese, recebido vantagem indevida para que outra servidora acelerasse o trâmite de ação judicial. Constrangimento ilegal não verificado. Denegação da ordem.

1. *Para a configuração do crime previsto no artigo 317 do Código Penal exige-se que a solicitação, o recebimento ou a promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício de sua função, ainda que fora dela ou antes de seu início, mostrando-se indispensável, desse modo, a existência de nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência. Precedentes.*

2. Na hipótese vertente, tanto o Ministério Público, ao ofertar a inicial, quanto o magistrado de origem, ao prolatar a sentença condenatória, demonstraram suficientemente que o paciente, no exercício de suas funções, recebeu vantagem indevida para realizar ato funcional de sua competência.

3. O Juízo *a quo* considerou, ainda, que o suposto recebimento de dinheiro pelo paciente em benefício de outra servidora, para que ela agilizasse a expedição de precatório em processo judicial, também caracterizaria o delito de corrupção passiva, tendo o paciente sido condenado por um único fato, consistente no recebimento de vantagem indevida para si e para outrem.

4. Mesmo que se pudesse admitir que a servidora em benefício de quem o paciente teria recebido vantagem indevida não seria capaz de exercer qualquer influência para a rápida expedição do precatório, já que esta providência não se encontraria na esfera de suas atribuições funcionais, o que afastaria a configuração do delito de corrupção passiva, tal como assestado na impetração, verifica-se que a condenação do paciente subsistira, uma vez que o fato de supostamente ter recebido para si vantagem indevida, no exercício das funções, para a feitura dos cálculos no processo, já seria suficiente, como de fato foi, para justificar e fundamentar o édito repressivo.

5. Ainda que assim não fosse, deve ser atestada a improcedência da assertiva constante do *writ*, pela qual a hipotética incompetência da funcionária para agilizar a expedição do precatório elidiria o crime de corrupção passiva. *In casu*, o paciente supunha que a servidora pudesse acelerar o trâmite da ação judicial, pois, à época, era Oficial de Gabinete do Juiz responsável pelo feito.

6. *O delito previsto no artigo 317 do Código Penal se configura quando a atividade visada pelo suborno está abrangida nas atribuições ou na competência do servidor, ou tenha, ao menos, uma relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo, tal como ocorreu na hipótese vertente, de modo que não se pode falar na atipicidade da conduta atribuída ao paciente.*

7. Ordem denegada.

(HC n. 135.142/MS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 4/10/2010)

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Alíneas “a” e “c”, art. 105, CF. Ação penal originária. *Corrupção ativa e corrupção passiva, nas modalidades de “dar” e “receber”*. *Concurso necessário*. Continência. Reunião dos processos. Foro competente. Tribunal de Justiça. Determinação em razão da prerrogativa de foro pela função de um dos co-réus. Membro do Ministério Público Estadual. Ofensa ao princípio do juiz natural. Inocorrência. Negativa de vigência a lei federal (art. 76, III, CPP). Inocorrência. Absolvição do co-denunciado detentor da prerrogativa de função. Aplicação do disposto no artigo 81, do CPP. Pedido incidental de decretação da extinção da punibilidade de um dos recorrentes. Improcedência. Atipicidade da conduta. Inteligência dos artigos 317 e 333, CP. Atipicidade da conduta. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta. Violação de princípios dos sistema probatório. Contrariedade e divergência. Conhecimento. Improcedência. Ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal. Inocorrência. Desigualdade de tratamento. Inocorrência. Quebra da unidade de julgamento. Inocorrência. Ilícitude da prova obtida contra o sigilo de “dados” ou registros de chamadas telefônicas. Inocorrência. Dosimetria da pena privativa de liberdade e da pena de multa: violação ao artigo 59, CP. Não conhecimento. Súmula 7/STJ. Regime de pena e causa especial de aumento do § 2º, do artigo 327, CP. Não conhecimento. Descumprimento de pressuposto para a admissão do recurso especial. Ausência de prequestionamento.

[...]

5. *Imprescindível para a configuração do delito tipificado no artigo 317, do CP, não é a ‘realização ou a omissão’ de ato de ofício, bastando a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem indevida, ainda que não efetivamente praticado, omitido ou retardado ato da esfera de atribuição do funcionário. A efetiva realização do ato é exigência típica constante do parágrafo primeiro do mesmo artigo e não do caput.*

6. O acórdão recorrido que não dispensa a relação de causa e efeito entre o recebimento de vantagem e o status funcional do corrompido, ou seja; a situação em que este se encontra de poder praticar, omitir ou retardar algum ato, no âmbito de sua atribuição funcional, conforme o interesse do corruptor, sabendo que a isso, evidentemente, se destina a vantagem aceita.

7. *O “ato de ofício” presente expressamente no tipo penal do artigo 333 e integrante também da definição do artigo 317, é um ato da competência do intraneus, **ato que guarda relação com a função**, e que assim deverá ser identificado. Essa é a identificação que requer o tipo: ato que guarda relação com o ofício, a função (“ainda que fora dela ou antes de assumi-la o funcionário público”). Não é preciso identificar o específico ato de ofício de interesse do corruptor, para o efeito do disposto no caput do art. 317, CP.*

8. O que importa para a figura típica do art. 317, CP, é a mercancia da função, demonstrada de maneira satisfatória, prescindindo-se da necessidade de apontar e demonstrar um ato específico da função, dentro do âmbito dos atos possíveis de realização pelo funcionário. A oferta da vantagem indevida, como corretamente entendeu o Tribunal recorrido, não teria aqui outra causa senão a de “predispor o funcionário a atuar de modo favorável aos interesses do corruptor nas situações concretas que se venham a configurar”. Improcedente, assim, a alegação de inépcia da denúncia.

9. Se através da análise profunda e criteriosa do conjunto probatório – documentos e outros meios de prova disponíveis – chegou o julgador, de acordo com o exame de fatos suficientes para o preenchimento da hipótese típica, à convicção, através do cotejo de fortes indícios contra os Recorrentes, suficiente para a exarar o decreto condenatório, não se pode falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência ou condenação com base na presunção de culpa.

10. A proteção do sigilo de “dados” ou registros de chamadas telefônicas não tem caráter absoluto.

11. O prequestionamento é requisito indispensável ao conhecimento do Recurso Especial.

12. O exame de matéria fática exorbita os limites do Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

13. Recursos conhecidos em parte e, nessa extensão, improvidos.

(REsp n. 440.106/RJ, Ministro Paulo Medida, Sexta Turma, DJ 9/10/2006)

Recurso especial. Art. 317, § 1º, do CP. Corrupção passiva. Configuração.

Para a configuração do delito de corrupção passiva se faz necessário que o ato de ofício em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público (Precedentes do STJ e do STF).

Recurso desprovido.

(REsp n. 825.340/MG, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 25/9/2006)

Habeas corpus. Corrupção passiva. Configuração.

1. O delito de corrupção passiva, consoante inteligência ministrada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n. 307-DF - para sua configuração reclama que o funcionário público tenha solicitado ou recebido vantagem indevida ou aceito sua promessa em razão de ato específico de sua função ou cargo, ou seja, ato de ofício (omissivo ou comissivo).

2. Nestas condições, o agente da autoridade policial beneficiário de indevidas vantagens e que se omite na prática de atos de ofício relativos à repressão de jogos proibidos, incide na censura do art. 317 do Código Penal.

3. Ordem denegada

(HC n. 13.487/RJ, Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 27/5/2002)

No caso, do que se colhe do acórdão impugnado, não há vínculo entre as atribuições de Gildeon e Marcelo – serviços gerais em empresa encarregada de operação de carga e descarga em Aeroporto – e a conduta por eles praticada (auxílio na introdução irregular de estrangeiro no território nacional).

Confira-se (fl. 1.140):

[...]

No presente caso, os acusados Gildeon e Marcelo receberam promessa de vantagem indevida de Housseim Ali Ahmad para que auxiliassem o ingresso irregular de Ali Hussein no país. À época dos fatos, os réus eram funcionários da empresa Seaviation Serviços Aeroportuários Ltda e exerciam a função de auxiliar de serviços gerais no Aeroporto Internacional de São Paulo, ou seja, não possuíam competência para permitir a introdução irregular de estrangeiro no país.

Mostra-se, portanto, correta a condenação de Housseim Ali Ahmad, tão somente, pelo cometimento do delito de introdução clandestina de estrangeiro, tipificada no artigo 125, XII da Lei 6.815/80.

[...]

Logo, não há ilegalidade no acórdão ao concluir que, no tocante aos crimes de corrupção ativa e passiva, Gildeon e Marcelo não detinham competência para permitir a entrada de estrangeiro, circunstância que exclui a possibilidade de tipificar a conduta nos crimes descritos nos arts. 317 e 333, ambos do Código Penal. O aresto, assim, guarda perfeita harmonia com a jurisprudência consolidada nesta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

VOTO-VENCEDOR

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhor Presidente, peço vênias para divergir parcialmente do voto do Ministro Relator *Sebastião Reis Júnior*, apenas quanto aos requisitos indispensáveis à configuração do crime de corrupção *passiva* (art. 317 do Código Penal).

Desde logo, esclareço que estou de acordo com o Relator no sentido de que, no presente caso, *foi correta* a absolvição do Recorrido *Housseim Ali Ahmad*, já que a imputação contra ele se refere, apenas, ao delito de corrupção *ativa* (art.

333 do Código Penal). Minha discordância, repito, *limita-se à absolvição* dos Recorridos *Gildeon e Marcelo* quanto ao delito de *corrupção passiva*.

As razões para essas conclusões ficarão mais claras após a leitura deste voto, mas posso adiantar o fundamento determinante: *ao contrário* do que ocorre no crime de corrupção ativa, imputado a *Housseim*, o tipo penal de corrupção passiva, imputado a *Gildeon e Marcelo*, *não exige* a comprovação de que a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público esteja causalmente vinculada à prática, omissão ou retardamento de “ato de ofício”.

Conforme relatado pelo Ministro Relator, já em primeiro grau de jurisdição o pedido de condenação formulado na denúncia foi julgado improcedente relativamente aos três Recorridos. Especificamente quanto a *Gildeon e Marcelo*, o fundamento para a absolvição pelo crime de corrupção passiva assentou-se no fato de não estar em seus *âmbitos de competência* a prática de *introduzir irregularmente estrangeiro em território nacional*, conforme se verifica do seguinte excerto da sentença (fl. 929):

Ressalte-se que para caracterizar a infração penal de corrupção passiva, o funcionário público deve ser competente, quando da prática do ato, e, pelo que se denota na dinâmica da empreitada criminosa, constante dos autos, nem o corréu Gildeon nem o corréu Marcelo detinham competência de permissão e introdução, no Brasil, de qualquer estrangeiro, e, muito menos, do corréu Ali Hussein.

O acórdão impugnado, ao *desprover* o recurso de apelação do Ministério Público Federal, seguiu a mesma linha de raciocínio (fls. 1.140-1.141):

O apelante alega que estão demonstradas a materialidade e autoria do crime previsto no artigo 317 do Código Penal, notadamente em razão dos depoimentos prestados e dos vídeos do circuito interno do Aeroporto Internacional de São Paulo. Sustenta, ainda, que os acusados Gildeon e Marcelo são considerados funcionários públicos por equiparação, nos termos do art. 327, § 1º do CP.

O delito de corrupção é de natureza formal, consumando-se com a simples aceitação de promessa de vantagem indevida pelo funcionário público, em razão de sua função. No entanto, entendo que o potencial ato de ofício (que, frise-se, é dispensável para configuração do delito) deve estar relacionado com a função pública.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt: ‘Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc. (Código Penal Comentado, 6ª ed., Ed. Saraiva, 2010).

Extrai-se da denúncia que os acusados Gildeon e Marcelo, funcionários públicos equiparados, aceitaram proposta de vantagem indevida para que auxiliassem o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional.

Compartilho do entendimento adotado pelo Juízo *a quo*, no sentido de que para a configuração do delito em comento, a aceitação da promessa de vantagem indevida deve se relacionar com a função pública exercida pelos agentes, circunstância que não se verifica no presente caso.

Isto porque ambos os acusados exerciam a função de auxiliar de serviços gerais em empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo.

Com efeito, não restou evidenciado o tráfico de função pública na medida em que os apelados não exerciam função inerente ao controle migratório no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP.

Conclui-se, portanto, que os acusados não possuíam competência para, potencialmente, facilitar ou permitir a entrada de estrangeiro em território nacional, de modo que não há crime de corrupção passiva a lhes ser atribuído, subsistindo, contudo, a infração penal descrita no artigo 125, XII da Lei 6.815/80.

Pelo exposto, não conheço do recurso em sentido estrito interposto por Ali Hussein; dou provimento à apelação interposta por Ali Hussein para determinar a restituição da fiança prestada nos autos originários e nego provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal.

Por sua vez, o Ministro Relator, no voto do qual ora divirjo, ressaltou que, “embora o tipo penal, como dito acima, não faça expressa referência ao ato de ofício em seu *caput*, é certo que a expressão ‘em razão dela’ denota um vínculo entre a vantagem indevida e a função exercida pelo agente que a solicita ou recebe”.

Tal interpretação do art. 317 do CP, todavia, está em desacordo com *recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, com as quais concordo*, no sentido de que “se exige, para a configuração do delito [de corrupção passiva], apenas o *nexo causal* entre a oferta (ou promessa) de *vantagem indevida* e a *função pública exercida, sem que necessária a demonstração do mesmo nexo entre a oferta (ou promessa) e o ato de ofício esperado, seja ele lícito ou ilícito*” (Voto da Ministra Rosa Weber no Inq 4.506/DF, p. 2.079; sem grifos no original).

Na oportunidade do julgamento do Inquérito n. 4.506/DF, do qual extraí o trecho acima referenciado, a Ministra Rosa Weber consignou que a referida posição, também prevalente no âmbito da Ação Penal n. 694, *está em consonância* com a manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento

da Ação Penal n. 470, oportunidade em que a Corte *rompeu* com entendimento anterior (Ação Penal n. 307, dirigida contra Fernando Collor de Mello) de que seria exigível do órgão acusador a demonstração de ato de ofício concreto.

É de se ressaltar que, em julgado publicado em fevereiro de 2018 no Inquérito n. 4.141/DF, a Primeira Turma do STF já havia *reiterado* que “o crime de corrupção passiva se configura quando a vantagem indevida é *recebida em razão da função*, o que pode ser evidenciado pelo recebimento de vantagem indevida sem explicação razoável e pela *prática de atos que beneficiam o responsável pelo pagamento*” (Inq 4.141, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, publicado em 23/02/2018; sem grifos no original.)

Com efeito, nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão “em razão dela”, presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de “ato que está dentro das competências formais do agente”.

A expressão “ato de ofício” aparece apenas no *caput* do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção *ativa*, e não no *caput* do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção *passiva*. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão “ato de ofício” figura apenas na majorante do art. 317, § 1º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2º do mesmo dispositivo.

Compare-se:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas **em razão dela**, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer **ato de ofício** ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda **ato de ofício**, com **infração de dever funcional**, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar **ato de ofício**:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Duas conclusões podem ser retiradas da leitura dos referidos dispositivos legais.

Primeira: *não tem razão* o Ministério Público quando pleiteia a condenação de *Housseim Ali Ahmad*, pois o tipo penal a ele imputado, de fato, exige que a vantagem indevida seja oferecida ou prometida para determinar que funcionário público pratique, omita ou retarde *ato de ofício*, isto é, que está dentro de suas atribuições funcionais formais. No entanto, como veremos, o controle imigratório no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP não competia, à época dos fatos, aos Recorridos *Gildeon* e *Marcelo*.

Segunda: *tem razão* o Ministério Público quando pleiteia a condenação de *Gildeon* e *Marcelo*.

Com efeito, não me parece lícito simplesmente pressupor que, no que se refere ao crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível “deduzir” do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação *implícita* ao poder-dever de punir.

Trata-se, a meu ver, de nítida *opção legislativa* direcionada a *ampliar* a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando *comparada* ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao *aspecto moral* do bem jurídico protegido, é dizer, a proibidade da Administração Pública.

Nesse sentido é a lição de NUCCI:

99. Desnecessidade de mencionar expressamente na denúncia o ato de ofício: conforme expusemos na nota 94-A, *esse tipo penal não prevê a expressão ato de ofício e não se deve incluí-la como se fosse o suprimento de uma lacuna*. A corrupção passiva pode aperfeiçoar-se sem a meta do ato de ofício, seja por parte de quem deu a vantagem, seja por parte de quem recebeu. Diante disso, passamos a sustentar a desnecessidade de se apontar na denúncia o ato funcional vinculado à referida vantagem indevida. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.396-1.397; sem grifos no original.)

Destaco, ainda, a análise histórica e comparativa elaborada por LUÍS GRECO e ADRIANO TEIXEIRA:

É curioso perceber que a redação desses dispositivos indica que **o tipo de corrupção passiva é mais amplo do que o tipo da corrupção ativa**, pois este exige que o corruptor busque determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, ao passo que *o tipo da corrupção passiva pressupõe apenas que o servidor solicite ou receba vantagem indevida em razão do cargo, ainda que fora da função ou antes de assumi-la*. Ou seja, **não é mais pressuposto da corrupção passiva, como o era em nossos códigos anteriores [art. 130, Código Criminal do Império do Brasil; e art. 124, Código Penal de 1890] que a vantagem se combine com um ato de ofício do funcionário público**. Em nosso código atual, nem mesmo se utiliza do termo mais abrangente “exercício da função”, como previsto no tipo do recebimento indevido de vantagem do Código Penal alemão. (In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 43; sem grifos no original.)

Além disso, a desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais *coerente e íntegra* do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os *propósitos da incriminação* – referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais – e os princípios da *proporcionalidade* e da *isonomia*. Afinal, como bem pontuou o Ministro *Luís Roberto Barroso* por ocasião do julgamento do Inq 4.506/DF, exigir nexo de causalidade entre a vantagem e ato de ofício de funcionário público levaria à absurda consequência de admitir, por um lado, a punição de condutas menos gravosas ao bem jurídico, enquanto se nega, por outro, sanção criminal a manifestações muito mais graves da violação à probidade pública: “o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune” (Voto do Ministro *Luís Roberto Barroso* no Inq 4.506/DF, p. 2.052).

Por essas razões, com o devido respeito ao Relator, entendo que o âmbito de aplicação da expressão “*em razão dela*”, contida no art. 317 do CP, *não se esgota* em atos ou omissões que detenham *relação direta e imediata* com a *competência funcional do agente*. O crime de corrupção passiva *não exige* nexo causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual **ato de ofício** praticável pelo funcionário público. O nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível **em razão da função pública** exercida pelo agente.

Sendo assim, tenho que o crime de corrupção passiva consuma-se *ainda que* a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que *formalmente* não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, *em razão da função pública*, *materialmente* implicam alguma forma de *facilitação da prática* da conduta almejada.

Em outros termos:

Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais (Inq 4.506, Relator p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, publicado em 04/09/2018).

Na hipótese dos autos, essa premissa teórico-interpretativa é suficiente para dar parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal.

Saliento, por oportuno, trecho elucidativo do acórdão impugnado, que serve de *premissa fática* para este julgamento (fl. 1.140):

No presente caso, os acusados Gildeon e Marcelo receberam promessa de vantagem indevida de Housseim Ali Ahmad para que auxiliassem o ingresso irregular de Ali Hussein no País. À época dos fatos, os réus eram funcionários da empresa Seaviation Serviços Aeroportuários Ltda. e exerciam a função de auxiliar de serviços gerais no Aeroporto Internacional de São Paulo, ou seja, não possuíam competência para permitir a introdução irregular de estrangeiro no país.

Conforme bem ressaltado pelo *Parquet*, a acusação de corrupção passiva não tinha como objeto a afirmação de que a *Gildeon e Marcelo competia* realizar o *controle imigratório*, e sim que o delito se aperfeiçoou a partir das “*facilidades que detinham, em razão de suas funções, para conduzir o estrangeiro Ali Hussein pelas áreas internas e restritas do aeroporto, a fim de que o estrangeiro pudesse passar furtivamente pela área de imigração, adentrando, assim, irregularmente no território nacional. Era este o ato visado pelo suborno*” (fl. 1.160; sem grifos no original).

Em verdade, à luz da interpretação ora defendida, é *irrelevante* o fato de que aos Recorridos não competia, à época dos fatos, a prática de função inerente *especificamente* ao *controle imigratório* no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP. Mostra-se suficiente à configuração do crime de corrupção passiva a constatação, presente no acórdão impugnado – e, por conseguinte,

imune ao reexame de fatos e provas –, de que “exerciam a *função* de auxiliar de serviços gerais em empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo” (fl. 1.141), e de que, *em razão dela*, aceitaram “proposta de vantagem indevida para que auxiliassem o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional” (fl. 1.140).

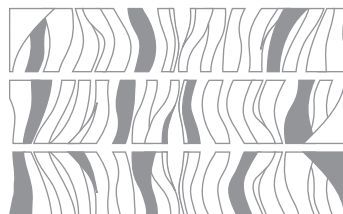
Possível, portanto, a condenação de *Gildeon e Marcelo*.

Saliento, por fim, a título de esclarecimento, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “[e]ventual bilateralidade das condutas de corrupção passiva e ativa é apenas fático-jurídica, não se estendendo ao plano processual, visto que a investigação de cada fato terá o seu curso, com os percalços inerentes a cada procedimento, *sendo que para a condenação do autor de corrupção passiva é desnecessária a identificação ou mesmo a condenação do corruptor ativo*” (AgRg no REsp 1.613.927/RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016 – sem destaque no original).

E ainda: AgInt no AREsp 1.064.109/GO, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 20/09/2017; AgRg no AREsp 633.158/RS, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 18/11/2016; HC 306.397/DF, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, Quinta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 06/04/2015.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial do Ministério Público Federal, a fim de **condenar** os Recorridos *Gildeon e Marcelo* pela prática do crime previsto no art. 317 do Código Penal, com devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que, afastada a atipicidade da conduta, *proceda à dosimetria da pena*.

É como voto.



Súmulas

SÚMULA N. 618

A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

Referências:

CDC, art. 6º, VIII.

Lei n. 6.938/1981.

Lei n. 7.347/1985, art. 21.

Precedentes:

REsp	1.049.822-RS	(1ª T, 23.04.2009 – DJe 18.05.2009)
REsp	1.060.753-SP	(2ª T, 1º.12.2009 – DJe 14.12.2009)
REsp	883.656-RS	(2ª T, 09.03.2010 – DJe 28.02.2012)
REsp	1.237.893-SP	(2ª T, 24.09.2013 – DJe 1º.10.2013)
REsp	1.517.403-AL	(2ª T, 25.08.2015 – DJe 16.11.2015)
AgInt no AREsp	779.250-SP	(2ª T, 06.12.2016 – DJe 19.12.2016)
AgInt no AREsp	1.090.084-MG	(2ª T, 21.11.2017 – DJe 28.11.2017)
REsp	1.330.027-SP	(3ª T, 06.11.2012 – DJe 09.11.2012)
AgRg no AREsp	206.748-SP	(3ª T, 21.02.2013 – DJe 27.02.2013)
AgRg no AREsp	183.202-SP	(3ª T, 10.11.2015 – DJe 13.11.2015)
AgRg no AREsp	533.786-RJ	(4ª T, 22.09.2015 – DJe 29.09.2015)
AgInt no AREsp	846.996-RO	(4ª T, 04.10.2016 – DJe 19.10.2016)

Corte Especial, em 24.10.2018

DJe 30.10.2018

SÚMULA N. 619

A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.

Referências:

CF/1988, art. 191, parágrafo único.

CC/2002, arts. 1.208 e 1.255, *caput*.

Precedentes:

REsp	850.970-DF	(1ª T, 1º.03.2011 – DJe 11.03.2011)
REsp	1.055.403-RJ	(1ª T, 07.06.2016 – DJe 22.06.2016)
AgInt no AREsp	460.180-ES	(1ª T, 03.10.2017 – DJe 18.10.2017)
REsp	1.310.458-DF	(2ª T, 11.04.2013 – DJe 09.05.2013)
AgRg no AREsp	824.129-PE	(2ª T, 23.02.2016 – DJe 1º.03.2016)
REsp	699.374-DF	(3ª T, 22.03.2007 – DJ 18.06.2007)
AgRg no Ag	1.160.658-RJ	(3ª T, 27.04.2010 – DJe 21.05.2010)
AgRg no REsp	1.319.975-DF	(3ª T, 1º.12.2015 – DJe 09.12.2015)
REsp	841.905-DF	(4ª T, 17.05.2011 – DJe 24.05.2011)
AgRg no AREsp	762.197-DF	(4ª T, 1º.09.2016 – DJe 06.09.2016)

Corte Especial, em 24.10.2018

DJe 30.10.2018

SÚMULA N. 620

A embriaguez do segurado não exime a seguradora do pagamento da indenização prevista em contrato de seguro de vida.

Referências:

CC/2002, art. 768.

CDC, art. 54, §§ 3º e 4º.

Precedentes:

EREsp 973.725-SP (2ª S, 25.04.2018 – DJe 02.05.2018)

REsp 1.665.701-RS (3ª T, 09.05.2017 – DJe 31.05.2017)

AgInt no AREsp 1.081.746-SC (4ª T, 17.08.2017 – DJe 08.09.2017)

AgInt no AREsp 1.110.339-SP (4ª T, 05.10.2017 – DJe 09.10.2017)

Segunda Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 621

Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

Referências:

Lei n. 5.478/1968, art. 13, § 2º.

Súmula n. 277-STJ.

Precedentes:

EREsp	1.181.119-RJ	(2ª S, 27.11.2013 – DJe 20.06.2014)
AgRg nos EAg	1.152.842-SP	(2ª S, 28.10.2015 – DJe 04.11.2015)
AgRg nos EREsp	1.256.881-SP	(2ª S, 25.11.2015 – DJe 03.12.2015)
AgRg no AREsp	321.583-RJ	(3ª T, 10.02.2015 – DJe 18.02.2015)
REsp	1.426.082-MG	(3ª T, 02.06.2015 – DJe 10.06.2015)
AgRg no AREsp	713.267-RS	(3ª T, 04.08.2015 – DJe 17.08.2015)
RHC	95.204-MS	(3ª T, 24.04.2018 – DJe 30.04.2018)
HC	446.409-SP	(3ª T, 12.06.2018 – DJe 15.06.2018)
RHC	40.309-SC	(4ª T, 11.11.2014 – DJe 16.12.2014)
RHC	79.489-MT	(4ª T, 16.02.2017 – DJe 06.03.2017)
AgInt no REsp	1.531.597-MG	(4ª T, 16.03.2017 – DJe 28.03.2017)
AgInt nos EDcl no AREsp	1.041.402-DF	(4ª T, 07.11.2017 – DJe 21.11.2017)

Segunda Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 622

A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial.

Referência:

CTN, arts. 142 e 174.

Precedentes:

AgRg no AREsp 424.868-RO (1ª T, 16.06.2014 – DJe 25.06.2014)
AgRg no AREsp 800.136-RO (1ª T, 23.02.2016 – DJe 02.03.2016)
EDcl no AgRg
no AREsp 439.781-RO (2ª T, 25.03.2014 – DJe 31.03.2014)
AgRg no REsp 1.461.636-PR (2ª T, 02.10.2014 – DJe 08.10.2014)
AgRg no REsp 1.485.017-PR (2ª T, 25.11.2014 – DJe 02.12.2014)
AgRg no REsp 1.358.305-RS (2ª T, 08.03.2016 – DJe 17.03.2016)
AgRg no AREsp 788.656-RO (2ª T, 02.02.2016 – DJe 20.05.2016)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 623

As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

Referências:

CF/1988, arts. 23, VI e VII, 24, VI e VIII, 186, II e 225, § 1º, I.

Lei n. 4.771/1965, art. 16, **a**, revogado.

Lei n. 6.938/1981, art. 14, § 1º.

Lei n. 8.171/1991, art. 99.

Lei n. 9.985/2000, art. 2º.

Lei n. 12.651/2012, arts. 18 e 29.

Precedentes:

EREsp 218.781-PR (1ª S, 09.12.2009 – DJe 23.02.2012)

REsp 1.179.316-SP (1ª T, 15.06.2010 – DJe 29.06.2010)

REsp 1.090.968-SP (1ª T, 15.06.2010 – DJe 03.08.2010)

AgRg no REsp 1.254.935-SC (1ª T, 20.03.2014 – DJe 28.03.2014)

REsp 1.247.140-PR (2ª T, 22.11.2011 – DJe 1º.12.2011)

AgRg no REsp 1.367.968-SP (2ª T, 17.12.2013 – DJe 12.03.2014)

REsp 1.622.512-RJ (2ª T, 22.09.2016 – DJe 11.10.2016)

REsp 1.276.114-MG (2ª T, 04.10.2016 – DJe 11.10.2016)

AgInt no REsp 1.404.904-MG (2ª T, 02.02.2017 – DJe 03.03.2017)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 624

É possível cumular a indenização do dano moral com a reparação econômica da Lei n. 10.559/2002 (Lei da Anistia Política).

Referências:

CF/1988, art. 5º, V e X.

ADCT, art. 8º.

Lei n. 10.559/2002, arts. 1º, 4º, 5º e 16.

Súmula n. 37-STJ.

Precedentes:

REsp 1.485.260-PR (1ª T, 05.04.2016 – DJe 19.04.2016)

AgInt no AREsp 680.900-RJ (1ª T, 07.06.2016 – DJe 21.06.2016)

AgRg no REsp 1.270.045-RS (1ª T, 02.08.2016 – DJe 12.08.2016)

AgRg no REsp 1.467.148-SP (2ª T, 05.02.2015 – DJe 11.02.2015)

AgRg no AREsp 662.667-PR (2ª T, 26.05.2015 – DJe 05.08.2015)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 625

O pedido administrativo de compensação ou de restituição não interrompe o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito tributário de que trata o art. 168 do CTN nem o da execução de título judicial contra a Fazenda Pública.

Referências:

CTN, arts. 168 e 174, parágrafo único.

Lei n. 8.383/1991, art. 66.

Lei n. 9.430/1996, art. 74.

Lei n. 10.637/2002, art. 49.

Dec. n. 20.910/1932, art. 4º, parágrafo único.

Súmula n. 461-STJ.

Precedentes:

REsp	669.139-SE	(1ª S, 23.05.2007 – DJ 04.06.2007)
REsp	815.738-MG	(1ª T, 09.10.2007 – DJ 25.10.2007)
AgRg no REsp	1.062.447-SP	(1ª T, 14.10.2008 – DJe 29.10.2008)
REsp	805.406-MG	(1ª T, 17.02.2009 – DJe 30.03.2009)
AgRg no AgRg no REsp	1.217.558-RS	(1ª T, 09.04.2013 – DJe 19.04.2013)
REsp	1.248.618-SC	(1ª T, 18.12.2014 – DJe 13.02.2015)
AgRg no REsp	1.276.022-RS	(1ª T, 19.05.2015 – DJe 28.05.2015)
REsp	572.341-MG	(2ª T, 05.08.2004 – DJ 18.10.2004)
REsp	531.352-MG	(2ª T, 06.12.2005 – DJ 13.02.2006)
REsp	541.243-MG	(2ª T, 10.10.2006 – DJ 06.12.2006)
AgRg no REsp	879.258-SP	(2ª T, 15.02.2007 – DJ 19.12.2007)
AgRg no REsp	1.085.923-BA	(2ª T, 20.05.2010 – DJe 09.06.2010)
EDcl no AgRg no AREsp	186.954-RS	(2ª T, 18.12.2012 – DJe 08.02.2013)

SÚMULAS

AgRg no REsp	1.575.004-PR	(2ª T, 08.03.2016 – DJe 14.03.2016)
AgRg no REsp	1.371.686-SC	(2ª T, 17.05.2016 – DJe 24.05.2016)
AgInt nos EDcl no REsp	1.587.844-SP	(2ª T, 20.02.2018 – DJe 26.02.2018)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 626

A incidência do IPTU sobre imóvel situado em área considerada pela lei local como urbanizável ou de expansão urbana não está condicionada à existência dos melhoramentos elencados no art. 32, § 1º, do CTN.

Referência:

CTN, art. 32, §§ 1º e 2º.

Precedentes:

REsp	433.907-DF	(1ª T, 27.08.2002 – DJ 23.09.2002)
AgRg no REsp	191.311-SP	(1ª T, 27.04.2004 – DJ 24.05.2004)
AgRg no Ag	672.875-SP	(1ª T, 18.10.2005 – DJ 14.11.2005)
AgRg nos EDcl no REsp	1.375.925-PE	(1ª T, 15.05.2014 – DJe 26.05.2014)
REsp	215.460-SP	(2ª T, 20.09.2001 – DJ 12.11.2001)
REsp	234.578-SP	(2ª T, 12.05.2005 – DJ 1º.07.2005)
REsp	218.788-SP	(2ª T, 08.03.2005 – DJ 1º.08.2005)
AgRg no REsp	783.794-SP	(2ª T, 15.12.2009 – DJe 08.02.2010)
REsp	1.655.031-SP	(2ª T, 06.04.2017 – DJe 25.04.2017)
AgInt no AREsp	1.197.346-SP	(2ª T, 08.05.2018 – DJe 15.05.2018)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 627

O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do imposto de renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade.

Referências:

CTN, art. 111.

Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV e XXI.

Lei n. 9.250/1995, art. 30.

Dec. n. 3.000/1999, art. 39, XXXIII, revogado.

Precedentes:

MS	15.261-DF	(1ª S, 22.09.2010 – DJe 05.10.2010)
MS	21.706-DF	(1ª S, 23.09.2015 – DJe 30.09.2015)
REsp	734.541-SP	(1ª T, 02.02.2006 – DJ 20.02.2006)
REsp	1.088.379-DF	(1ª T, 14.10.2008 – DJe 29.10.2008)
AgRg no AREsp	371.436-MS	(1ª T, 03.04.2014 – DJe 11.04.2014)
REsp	967.693-DF	(2ª T, 04.09.2007 – DJ 18.09.2007)
AgRg no REsp	1.403.771-RS	(2ª T, 20.11.2014 – DJe 10.12.2014)
AgRg no AREsp	701.863-RS	(2ª T, 16.06.2015 – DJe 23.06.2015)
AgInt no REsp	1.598.765-DF	(2ª T, 08.11.2016 – DJe 29.11.2016)
REsp	1.706.816-RJ	(2ª T, 07.12.2017 – DJe 18.12.2017)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 628

A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

Referência:

Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 3º.

Precedentes:

MS	12.779-DF	(1ª S, 13.02.2008 – DJe 03.03.2008)
MS	12.149-DF	(1ª S, 27.08.2008 – DJe 15.09.2008)
MS	15.444-DF	(1ª S, 10.11.2010 – DJe 18.11.2010)
MS	17.448-DF	(1ª S, 09.11.2011 – DJe 22.11.2011)
MS	17.435-DF	(1ª S, 12.12.2012 – DJe 1º.02.2013)
AgRg no MS	19.461-DF	(1ª S, 14.08.2013 – DJe 21.08.2013)
MS	20.937-DF	(1ª S, 24.02.2016 – DJe 02.03.2016)
EDcl no MS	19.267-DF	(1ª S, 25.05.2016 – DJe 1º.09.2016)
AgInt nos EDcl no MS	23.399-DF	(1ª S, 11.10.2017 – DJe 19.10.2017)
AgInt no RMS	49.232-MS	(1ª T, 05.05.2016 – DJe 18.05.2016)
AgInt no RMS	44.173-MT	(1ª T, 15.09.2016 – DJe 21.10.2016)
AgRg no RMS	30.771-RJ	(1ª T, 17.11.2016 – DJe 30.11.2016)
AgInt no RMS	51.519-MG	(1ª T, 1º.12.2016 – DJe 16.12.2016)
AgInt no RMS	54.264-SP	(1ª T, 17.04.2018 – DJe 25.04.2018)
AgRg no RMS	43.289-MG	(2ª T, 15.12.2015 – DJe 18.12.2015)
RMS	48.179-MT	(2ª T, 17.05.2016 – DJe 23.05.2016)

SÚMULAS

RMS	45.902-RJ	(2ª T, 15.09.2016 – DJe 21.09.2016)
REsp	1.703.947-PR	(2ª T, 28.11.2017 – DJe 19.12.2017)
AgInt no RMS	54.968-RN	(2ª T, 15.05.2018 – DJe 21.05.2018)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

SÚMULA N. 629

Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar.

Referências:

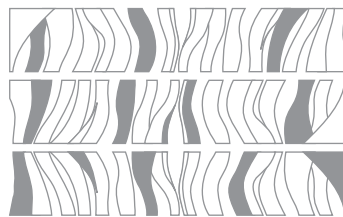
- CF/1988, arts. 186, II e 225, § 3º.
Lei n. 6.938/1981, arts. 2º, 4º e 14.
Lei n. 7.347/1985, art. 3º.

Precedentes:

- | | | |
|---------------|--------------|-------------------------------------|
| REsp | 605.323-MG | (1ª T, 18.08.2005 – DJ 17.10.2005) |
| REsp | 625.249-PR | (1ª T, 15.08.2006 – DJ 31.08.2006) |
| AgRg no Ag | 1.365.693-MG | (1ª T, 22.09.2016 – DJe 10.10.2016) |
| AgInt no REsp | 1.196.027-RS | (1ª T, 21.02.2017 – DJe 27.03.2017) |
| AgInt no REsp | 1.633.715-SC | (1ª T, 02.05.2017 – DJe 11.05.2017) |
| REsp | 1.264.250-MG | (2ª T, 03.11.2011 – DJe 11.11.2011) |
| AgRg no REsp | 1.154.986-MG | (2ª T, 04.02.2016 – DJe 12.02.2016) |
| AgRg no REsp | 1.486.195-SC | (2ª T, 03.03.2016 – DJe 11.03.2016) |
| REsp | 1.255.127-MG | (2ª T, 18.08.2016 – DJe 12.09.2016) |
| AgInt no REsp | 1.577.376-SC | (2ª T, 03.08.2017 – DJe 09.08.2017) |
| REsp | 1.669.185-RS | (2ª T, 05.09.2017 – DJe 20.10.2017) |

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018



Índice Analítico

A

- Pn Absolvição - Atipicidade da conduta - CPP, art. 386, III - **Favorecimento da prostituição**. HC n. 160.901 - GO. RSTJ 252/1103.
- Cv Ação civil *ex delicto* - CC, art. 188 - Inaplicabilidade - Indenização - Pensionamento - Legítima defesa - Excesso - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.615.979 - RS. RSTJ 252/704.
- PrCv **Ação civil pública** - Carência de ação - Direitos disponíveis e heterogêneos - Extinção do processo sem julgamento do mérito. AgInt no AREsp n. 197.916 - RJ. RSTJ 252/815.
- PrCv **Ação coletiva de consumo** - Arrendamento mercantil - Arrendatário - Culpa - Ausência - Parcelas vincendas - Cobrança - Impossibilidade - Perda do bem arrendado garantido por contrato de seguro. REsp n. 1.658.568 - RJ. RSTJ 252/729.
- PrCv **Ação de consignação em pagamento** - Depósito integral da dívida - Necessidade. REsp n. 1.108.058 - DF. RSTJ 252/580.
- PrCv **Ação de degradação ambiental** - Inversão do ônus da prova - Aplicabilidade. Súmula n. 618-STJ. RSTJ 252/1293.
- PrCv **Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres** - Citação dos sócios - Ausência - Cooperativa - Fase de cumprimento de sentença. REsp n. 1.653.141 - SP. RSTJ 252/722.
- PrCv **Ação de repetição de indébito tributário** - CTN, arts. 168 e 174, parágrafo único - Pedido administrativo de compensação ou de restituição - Prazo

- prescricional - Interrupção - Não ocorrência. Súmula n. 625-STJ. RSTJ 252/1300.
- PrCv **Ação de responsabilidade civil** - Ex-administradores de seguradora em liquidação extrajudicial - Atos omissivos - Medida cautelar de arresto. REsp n. 1.660.278 - RJ. RSTJ 252/885.
- PrCv **Ação de responsabilidade civil por perdas e danos** - Cláusula compromissória no contrato social - Existência - CPC/2015, art. 485, VII - Extinção do processo sem julgamento do mérito. REsp n. 1.678.667 - RJ. RSTJ 252/903.
- PrPn Ação penal - Trancamento - Atipicidade da conduta - **Crime de exploração de prestígio**. RHC n. 55.940 - SP. RSTJ 252/1221.
- PrPn Ação penal - Trancamento - **Crime de dano qualificado** - Idoso - Inutilização de um cone - Princípio da insignificância - Incidência - Réu primário - Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada. RHC n. 85.272 - RS. RSTJ 252/1232.
- PrCv **Alimentos** - Data da citação - Lei n. 5.478/1968, art. 13, § 2º - Sentença - Efeitos. Súmula n. 621-STJ. RSTJ 252/1296.
- Adm **Anistia política** - Direito líquido e certo - Reparação econômica retroativa - Cabimento. MS n. 23.231 - DF. RSTJ 252/93.
- Adm **Aparelhos telefônicos celulares** - Utilização do termo *iphone*. REsp n. 1.688.243 - RJ. RSTJ 252/919.
- Pv Aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social - **Auxílio-acompanhante** - Extensão - Possibilidade - Invalidez - Assistência permanente de terceiro - Comprovação - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 45. REsp n. 1.648.305 - RS. RSTJ 252/314.
- Adm **Área de preservação permanente** - Ocupação e edificação - Dever de reparação do agente causador do dano ambiental - Licença administrativa - Ilegalidade - Teoria do fato consumado - Inaplicabilidade. AgInt nos REsp n. 1.419.098 - MS. RSTJ 252/482.
- Trbt Área urbanizável - CTN, art. 32, §§ 1º e 2º - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência. Súmula n. 626-STJ. RSTJ 252/1302.
- PrCv Arrendamento mercantil - **Ação coletiva de consumo** - Arrendatário - Culpa - Ausência - Parcelas vincendas - Cobrança - Impossibilidade - Perda do bem arrendado garantido por contrato de seguro. REsp n. 1.658.568 - RJ. RSTJ 252/729.
- PrCv Arrendatário - Culpa - Ausência - **Ação coletiva de consumo** - Arrendamento mercantil - Parcelas vincendas - Cobrança - Impossibilidade - Perda do bem arrendado garantido por contrato de seguro. REsp n. 1.658.568 - RJ. RSTJ 252/729.

- Pn Atipicidade da conduta - Absolvição - CPP, art. 386, III - **Favorecimento da prostituição**. HC n. 160.901 - GO. RSTJ 252/1103.
- PrPn Atipicidade da conduta - Ação penal - Trancamento - **Crime de exploração de prestígio**. RHC n. 55.940 - SP. RSTJ 252/1221.
- Pn Atipicidade da conduta - Afastamento - **Crime de corrupção passiva** - Configuração. REsp n. 1.745.410 - SP. RSTJ 252/1268.
- Trbt Auto de infração - Notificação - Cobrança judicial - **Crédito tributário** - Constituição - CTN, arts. 142 e 174 - Decadência - Contagem - Cessação - Prazo prescricional. Súmula n. 622-STJ. RSTJ 252/1297.
- Pv **Auxílio-acompanhante** - Extensão - Possibilidade - Aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social - Invalidez - Assistência permanente de terceiro - Comprovação - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 45. REsp n. 1.648.305 - RS. RSTJ 252/314.

B

- Cv Bem de capital - Inexistência - **Recuperação judicial** - Trava bancária - Restabelecimento. REsp n. 1.758.746 - GO. RSTJ 252/794.
- Adm **Bem público** - Ocupação indevida - Mera detenção - Natureza precária. Súmula n. 619-STJ. RSTJ 252/1294.

C

- PrCv Carência de ação - **Ação civil pública** - Direitos disponíveis e heterogêneos - Extinção do processo sem julgamento do mérito. AgInt no AREsp n. 197.916 - RJ. RSTJ 252/815.
- Cv CC, art. 188 - Inaplicabilidade - Ação civil *ex delicto* - Indenização - Pensionamento - Legítima defesa - Excesso - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.615.979 - RS. RSTJ 252/704.
- Cv CC/2002, art. 205 - Inadimplemento contratual - Prescrição decenal - **Responsabilidade civil**. EREsp n. 1.280.825 - RJ. RSTJ 252/527.
- Cv CC/2002, art. 768 - CDC, art. 54, §§ 3º e 4º - **Contrato de seguro de vida** - Embriaguez do segurado - Indenização. Súmula n. 620-STJ. RSTJ 252/1295.
- Cv CC/2002, art. 884 - Dever de restituição - Enriquecimento sem causa - Lucro da intervenção - **Uso indevido de imagem** - Fins comerciais. REsp n. 1.698.701 - RJ. RSTJ 252/759.

- Cv CDC, art. 54, §§ 3º e 4º - CC/2002, art. 768 - **Contrato de seguro de vida** - Embriaguez do segurado - Indenização. Súmula n. 620-STJ. RSTJ 252/1295.
- Adm Cerceamento de defesa - Ocorrência - Pena de demissão - Anulação - **Policial Rodoviário Federal** - Processo administrativo disciplinar - Produção de provas - Requerimento - Indeferimento pela Comissão Processante - Fundamentação inidônea. MS n. 15.096 - DF. RSTJ 252/1069.
- Adm CF/1988, arts. 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 186, II, e 225, § 1º, I - Natureza *propter rem* - **Obrigação ambiental**. Súmula n. 623-STJ. RSTJ 252/1298.
- Adm CF/1988, arts. 186, II e 225, § 3º - **Dano ambiental** - Obrigação de fazer ou não fazer - Obrigação de indenizar - Cumulação - Cabimento. Súmula n. 629-STJ. RSTJ 252/1306.
- Pn Circunstâncias judiciais favoráveis - **Crime de tráfico de entorpecente** - Pena privativa de liberdade - Substituição - Réu primário. HC n. 453.437 - SP. RSTJ 252/1149.
- PrCv Citação dos sócios - Ausência - **Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres** - Cooperativa - Fase de cumprimento de sentença. REsp n. 1.653.141 - SP. RSTJ 252/722.
- PrCv Cláusula compromissória no contrato social - Existência - **Ação de responsabilidade civil por perdas e danos** - CPC/2015, art. 485, VII - Extinção do processo sem julgamento do mérito. REsp n. 1.678.667 - RJ. RSTJ 252/903.
- Cv Cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade - **Doação** - Imóvel - Alienação - Possibilidade. REsp n. 1.155.547 - MG. RSTJ 252/871.
- PrCv Coação ilegal - **Execução de título extrajudicial** - Passaporte - Retenção. RHC n. 97.876 - SP. RSTJ 252/849.
- Trbt Cobrança judicial - Auto de infração - Notificação - **Crédito tributário** - Constituição - CTN, arts. 142 e 174 - Decadência - Contagem - Cessaçã - Prazo prescricional. Súmula n. 622-STJ. RSTJ 252/1297.
- Cv Comissão de corretagem - Restituição de valores - **Compromisso de compra e venda** - Imóvel na planta - Prazo prescricional - Termo inicial. REsp n. 1.724.544 - SP. RSTJ 252/781.
- PrPn **Competência** - Contrabando de cigarros - Índícios de transnacionalidade na conduta do agente - Desnecessidade - Justiça Federal. CC n. 160.748 - SP. RSTJ 252/1017.
- Cv **Compromisso de compra e venda** - Comissão de corretagem - Restituição de valores - Imóvel na planta - Prazo prescricional - Termo inicial. REsp n. 1.724.544 - SP. RSTJ 252/781.

- Pn Confissão espontânea - Reconhecimento da atenuante - **Crime de tráfico de entorpecente** - Pena-base - Princípio da individualização da pena - Ofensa. HC n. 460.286 - SP. RSTJ 252/1199.
- Adm Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Extradição ativa**. HC n. 434.686 - DF. RSTJ 252/72.
- PrPn Contrabando de cigarros - **Competência** - Índícios de transnacionalidade na conduta do agente - Desnecessidade - Justiça Federal. CC n. 160.748 - SP. RSTJ 252/1017.
- PrCv **Contrato de cessão fiduciária de título de crédito** - Registro no domicílio das partes contratantes. REsp n. 1.432.665 - SP. RSTJ 252/681.
- Cv **Contrato de seguro de vida** - CC/2002, art. 768 - CDC, art. 54, §§ 3º e 4º - Embriaguez do segurado - Indenização. Súmula n. 620-STJ. RSTJ 252/1295.
- Cv Contribuição exclusiva do empregador - Ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa - Manutenção no plano - Não cabimento - **Plano de saúde coletivo empresarial**. REsp n. 1.680.318 - SP. RSTJ 252/656.
- PrCv Cooperativa - **Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres** - Citação dos sócios - Ausência - Fase de cumprimento de sentença. REsp n. 1.653.141 - SP. RSTJ 252/722.
- Cv CPC/2015, art. 21, I e parágrafo único - Prestação de caução - Desnecessidade - **Sociedade empresarial estrangeira** - Representação no Brasil. REsp n. 1.584.441 - SP. RSTJ 252/698.
- PrCv CPC/2015, art. 485, VII - **Ação de responsabilidade civil por perdas e danos** - Cláusula compromissória no contrato social - Existência - Extinção do processo sem julgamento do mérito. REsp n. 1.678.667 - RJ. RSTJ 252/903.
- Pn CPP, art. 386, III - Absolvição - Atipicidade da conduta - **Favorecimento da prostituição**. HC n. 160.901 - GO. RSTJ 252/1103.
- Trbt **Crédito tributário** - Constituição - Auto de infração - Notificação - Cobrança judicial - CTN, arts. 142 e 174 - Decadência - Contagem - Cessaçao - Prazo prescricional. Súmula n. 622-STJ. RSTJ 252/1297.
- PrPn **Crime contra a ordem econômica** - Suspensão condicional do processo - Ministério Público - Manifestação. RHC n. 83.320 - DF. RSTJ 252/1167.
- Pn **Crime contra a ordem tributária** - Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias - Possibilidade. RHC n. 92.907 - SC. RSTJ 252/1184.
- PrPn **Crime de calúnia** - Suspensão condicional do processo - Negativa - Fundamento inidôneo. HC n. 455.901 - RJ. RSTJ 252/1161.

- Pn **Crime de corrupção passiva** - Configuração - Atipicidade da conduta - Afastamento. REsp n. 1.745.410 - SP. RSTJ 252/1268.
- PrPn **Crime de dano qualificado** - Ação penal - Trancamento - Idoso - Inutilização de um cone - Princípio da insignificância - Incidência - Réu primário - Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada. RHC n. 85.272 - RS. RSTJ 252/1232.
- PrPn **Crime de exploração de prestígio** - Ação penal - Trancamento - Atipicidade da conduta. RHC n. 55.940 - SP. RSTJ 252/1221.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Decisão absolutória - Anulação - Soberania dos veredictos - Ofensa - Não ocorrência. HC n. 323.409 - RJ. RSTJ 252/1029.
- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Nulidade absoluta - Não ocorrência - Prejuízo à defesa - Ausência - Tribunal do Júri - Depoimento das testemunhas - Degravação - Não obrigatoriedade. HC n. 427.498 - SP. RSTJ 252/1115.
- Pn **Crime de tortura** - Não configuração - Lei n. 9.455/1997, art. 1º, II. REsp n. 1.738.264 - DF. RSTJ 252/1248.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Circunstâncias judiciais favoráveis - Pena privativa de liberdade - Substituição - Réu primário. HC n. 453.437 - SP. RSTJ 252/1149.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Confissão espontânea - Reconhecimento da atenuante - Pena-base - Princípio da individualização da pena - Ofensa. HC n. 460.286 - SP. RSTJ 252/1199.
- Trbt CTN, art. 32, §§ 1º e 2º - Área urbanizável - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência. Súmula n. 626-STJ. RSTJ 252/1302.
- Trbt CTN, art. 111 - Enfermidade - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV e XXI. Súmula n. 627-STJ. RSTJ 252/1303.
- Trbt CTN, arts. 142 e 174 - Auto de infração - Notificação - Cobrança judicial - **Crédito tributário** - Constituição - Decadência - Contagem - Cessaçao - Prazo prescricional. Súmula n. 622-STJ. RSTJ 252/1297.
- PrCv CTN, arts. 168 e 174, parágrafo único - **Ação de repetição de indébito tributário** - Pedido administrativo de compensação ou de restituição - Prazo prescricional - Interrupção - Não ocorrência. Súmula n. 625-STJ. RSTJ 252/1300.

D

- Adm **Dano ambiental** - CF/1988, arts. 186, II e 225, § 3º - Obrigação de fazer ou não fazer - Obrigação de indenizar - Cumulação - Cabimento. Súmula n. 629-STJ. RSTJ 252/1306.

- PrCv Data da citação - **Alimentos** - Lei n. 5.478/1968, art. 13, § 2º - Sentença - Efeitos. Súmula n. 621-STJ. RSTJ 252/1296.
- Cv Débito alimentar incontroverso - Pagamento parcial da dívida - Revogação do decreto prisional - Não cabimento - **Prisão civil** - Legitimidade - Teoria do Adimplemento Substancial - Não incidência. HC n. 439.973 - MG. RSTJ 252/822.
- Trbt Decadência - Contagem - Cessação - Auto de infração - Notificação - Cobrança judicial - **Crédito tributário** - Constituição - CTN, arts. 142 e 174 - Prazo prescricional. Súmula n. 622-STJ. RSTJ 252/1297.
- Pn Decisão absolutória - Anulação - **Crime de homicídio qualificado** - Soberania dos veredictos - Ofensa - Não ocorrência. HC n. 323.409 - RJ. RSTJ 252/1029.
- Trbt Decreto-Lei n. 1.437/1975 - Estrita legalidade tributária - Ofensa - **IPI** - Selo de controle - Aquisição - Prescrição quinquenal - Taxa de Poder de Polícia - Tributo - Lançamento de ofício. REsp n. 1.405.244 - SP. RSTJ 252/277.
- PrPn **Defensor Público** - Recusa de prestação de assistência a jurisdicionado - Multa - Afastamento - Réu - Advogado constituído nos autos. RMS n. 54.112 - SP. RSTJ 252/1238.
- Adm Degradação ambiental - Derramamento de óleo - Poluição - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - **Responsabilidade civil ambiental**. AREsp n. 667.867 - SP. RSTJ 252/447.
- PrCv Depósito integral da dívida - Necessidade - **Ação de consignação em pagamento**. REsp n. 1.108.058 - DF. RSTJ 252/580.
- Pn Deputado estadual - Medidas cautelares diversas da prisão - Inviabilidade - **Organização criminosa** - Lavagem de dinheiro - Prisão preventiva - Fundamentação - Ocorrência. HC n. 430.387 - RJ. RSTJ 252/1123.
- Adm Derramamento de óleo - Poluição - Degradação ambiental - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - **Responsabilidade civil ambiental**. AREsp n. 667.867 - SP. RSTJ 252/447.
- Adm Dever de reparação do agente causador do dano ambiental - **Área de preservação permanente** - Ocupação e edificação - Licença administrativa - Ilegalidade - Teoria do fato consumado - Inaplicabilidade. AgInt nos REsp n. 1.419.098 - MS. RSTJ 252/482.
- Cv Dever de restituição - CC/2002, art. 884 - Enriquecimento sem causa - Lucro da intervenção - **Uso indevido de imagem** - Fins comerciais. REsp n. 1.698.701 - RJ. RSTJ 252/759.
- Adm Dever do Estado de indenizar - Não cabimento - Imposto de Importação (II) - Redução de alíquota - Indústria nacional - Impacto econômico-

- financeiro - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 1.492.832 - DF. RSTJ 252/390.
- PrCv Dignidade do devedor - Preservação - **Execução de título extrajudicial** - Vencimentos - Percentual - Penhorabilidade. EREsp n. 1.582.475 - MG. RSTJ 252/30.
- Adm **Direito à saúde** - Importação de medicamento - Legitimidade passiva *ad causam* - União. REsp n. 1.657.075 - PE. RSTJ 252/516.
- Adm Direito à saúde - **Medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS** - Concessão - Requisitos. EDcl no REsp n. 1.657.156 - RJ. RSTJ 252/58.
- Adm Direito líquido e certo - **Anistia política** - Reparação econômica retroativa - Cabimento. MS n. 23.231 - DF. RSTJ 252/93.
- PrCv Direitos disponíveis e heterogêneos - **Ação civil pública** - Carência de ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito. AgInt no AREsp n. 197.916 - RJ. RSTJ 252/815.
- Adm Direitos fundamentais - Violação - Imprescritibilidade da ação - Perseguição política - Regime militar - **Servidor público estadual** - Afastamento. REsp n. 1.565.166 - PR. RSTJ 252/430.
- Cv **Doação** - Cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade - Imóvel - Alienação - Possibilidade. REsp n. 1.155.547 - MG. RSTJ 252/871.

E

- Adm Elemento subjetivo - Existência - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.429/1992, arts. 10, IX, e 11, *caput* - Princípios administrativos - Ofensa. AgInt no AREsp n. 964.974 - GO. RSTJ 252/463.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Não cabimento - Recolhimento de custas - Comprovante ilegível - Súmula n. 168-STJ. AgInt nos EAREsp n. 814.129 - ES. RSTJ 252/25.
- Cv Embriaguez do segurado - CC/2002, art. 768 - CDC, art. 54, §§ 3º e 4º - **Contrato de seguro de vida** - Indenização. Súmula n. 620-STJ. RSTJ 252/1295.
- Adm Empresa em recuperação judicial - Participação - Possibilidade - **Licitação**. AREsp n. 309.867 - ES. RSTJ 252/381.
- Trbt Enfermidade - CTN, art. 111 - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV e XXI. Súmula n. 627-STJ. RSTJ 252/1303.

- Cv Enriquecimento sem causa - CC/2002, art. 884 - Dever de restituição - Lucro da intervenção - **Uso indevido de imagem** - Fins comerciais. REsp n. 1.698.701 - RJ. RSTJ 252/759.
- PrPn Estabelecimento penal adequado - Inexistência - **Execução penal** - Parâmetros - Observância - Necessidade - Prisão domiciliar - Concessão imediata - Não cabimento. REsp n. 1.710.674 - MG. RSTJ 252/1082.
- Trbt Estrita legalidade tributária - Ofensa - Decreto-Lei n. 1.437/1975 - **IPI** - Selo de controle - Aquisição - Prescrição quinquenal - Taxa de Poder de Polícia - Tributo - Lançamento de ofício. REsp n. 1.405.244 - SP. RSTJ 252/277.
- PrCv Ex-administradores de seguradora em liquidação extrajudicial - Atos omissivos - **Ação de responsabilidade civil** - Medida cautelar de arresto. REsp n. 1.660.278 - RJ. RSTJ 252/885.
- PrCv **Execução** - Prescrição - Termo inicial. AgInt nos EAREsp n. 785.140 - RS. RSTJ 252/47.
- PrCv **Execução de título extrajudicial** - Coação ilegal - Passaporte - Retenção. RHC n. 97.876 - SP. RSTJ 252/849.
- PrCv **Execução de título extrajudicial** - Dignidade do devedor - Preservação - Vencimentos - Percentual - Penhorabilidade. EREsp n. 1.582.475 - MG. RSTJ 252/30.
- Trbt **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 40 - Prescrição intercorrente - Contagem. REsp n. 1.340.553 - RS. RSTJ 252/121.
- Trbt Execução fiscal ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Renúncia - Ausência - **Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL)**. RO n. 179 - RJ. RSTJ 252/439.
- PrPn **Execução penal** - Estabelecimento penal adequado - Inexistência - Parâmetros - Observância - Necessidade - Prisão domiciliar - Concessão imediata - Não cabimento. REsp n. 1.710.674 - MG. RSTJ 252/1082.
- Cv Ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa - Manutenção no plano - Não cabimento - Contribuição exclusiva do empregador - **Plano de saúde coletivo empresarial**. REsp n. 1.680.318 - SP. RSTJ 252/656.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Ação civil pública** - Carência de ação - Direitos disponíveis e heterogêneos. AgInt no AREsp n. 197.916 - RJ. RSTJ 252/815.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Ação de responsabilidade civil por perdas e danos** - Cláusula compromissória no contrato social - Existência - CPC/2015, art. 485, VII. REsp n. 1.678.667 - RJ. RSTJ 252/903.

Adm **Extradição ativa** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência. HC n. 434.686 - DF. RSTJ 252/72.

F

PrCv Fase de cumprimento de sentença - **Ação de liquidação de cotas sociais com apuração de haveres** - Citação dos sócios - Ausência - Cooperativa. REsp n. 1.653.141 - SP. RSTJ 252/722.

Pn **Favorecimento da prostituição** - Absolvição - Atipicidade da conduta - CPP, art. 386, III. HC n. 160.901 - GO. RSTJ 252/1103.

I

PrPn Idoso - Inutilização de um cone - Ação penal - Trancamento - **Crime de dano qualificado** - Princípio da insignificância - Incidência - Réu primário - Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada. RHC n. 85.272 - RS. RSTJ 252/1232.

Cv Imóvel - Alienação - Possibilidade - Cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade - **Doação**. REsp n. 1.155.547 - MG. RSTJ 252/871.

Cv Imóvel na planta - Comissão de corretagem - Restituição de valores - **Compromisso de compra e venda** - Prazo prescricional - Termo inicial. REsp n. 1.724.544 - SP. RSTJ 252/781.

Adm Importação de medicamento - **Direito à saúde** - Legitimidade passiva *ad causam* - União. REsp n. 1.657.075 - PE. RSTJ 252/516.

Adm Imposto de Importação (II) - Redução de alíquota - Dever do Estado de indenizar - Não cabimento - Indústria nacional - Impacto econômico-financeiro - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 1.492.832 - DF. RSTJ 252/390.

Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - CTN, art. 111 - Enfermidade - Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV e XXI. Súmula n. 627-STJ. RSTJ 252/1303.

Trbt **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência - Área urbanizável - CTN, art. 32, §§ 1º e 2º. Súmula n. 626-STJ. RSTJ 252/1302.

Adm Imprescritibilidade da ação - Direitos fundamentais - Violação - Perseguição política - Regime militar - **Servidor público estadual** - Afastamento. REsp n. 1.565.166 - PR. RSTJ 252/430.

Adm **Improbidade administrativa** - Elemento subjetivo - Existência - Lei n. 8.429/1992, arts. 10, IX, e 11, *caput* - Princípios administrativos - Ofensa. AgInt no AREsp n. 964.974 - GO. RSTJ 252/463.

- Trbt Imunidade de jurisdição - Execução fiscal ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro - Renúncia - Ausência - **Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL)**. RO n. 179 - RJ. RSTJ 252/439.
- Cv Inadimplemento contratual - CC/2002, art. 205 - Prescrição decenal - **Responsabilidade civil**. EREsp n. 1.280.825 - RJ. RSTJ 252/527.
- PrPn **Incidente de Assunção de Competência** - Pedido de instauração - Indeferimento. IAC no RHC n. 75.768 - RN. RSTJ 252/1214.
- Cv Indenização - CC/2002, art. 768 - CDC, art. 54, §§ 3º e 4º - **Contrato de seguro de vida** - Embriaguez do segurado. Súmula n. 620-STJ. RSTJ 252/1295.
- Cv Indenização - Pensionamento - Ação civil *ex delicto* - CC, art. 188 - Inaplicabilidade - Legítima defesa - Excesso - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.615.979 - RS. RSTJ 252/704.
- Adm **Indenização do dano moral** - Reparação econômica da Anistia Política - Cumulação - Possibilidade - Lei n. 10.559/2002. Súmula n. 624-STJ. RSTJ 252/1299.
- PrPn Índícios de transnacionalidade na conduta do agente - Desnecessidade - **Competência** - Contrabando de cigarros - Justiça Federal. CC n. 160.748 - SP. RSTJ 252/1017.
- Adm Indústria nacional - Impacto econômico-financeiro - Dever do Estado de indenizar - Não cabimento - Imposto de Importação (II) - Redução de alíquota - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 1.492.832 - DF. RSTJ 252/390.
- Pv Invalidez - Assistência permanente de terceiro - Comprovação - Necessidade - Aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social - **Auxílio-acompanhante** - Extensão - Possibilidade - Lei n. 8.213/1991, art. 45. REsp n. 1.648.305 - RS. RSTJ 252/314.
- PrCv Inversão do ônus da prova - Aplicabilidade - **Ação de degradação ambiental**. Súmula n. 618-STJ. RSTJ 252/1293.
- Trbt **IPI** - Selo de controle - Aquisição - Decreto-Lei n. 1.437/1975 - Estrita legalidade tributária - Ofensa - Prescrição quinquenal - Taxa de Poder de Polícia - Tributo - Lançamento de ofício. REsp n. 1.405.244 - SP. RSTJ 252/277.

J

- PrPn Justiça Federal - **Competência** - Contrabando de cigarros - Índícios de transnacionalidade na conduta do agente - Desnecessidade. CC n. 160.748 - SP. RSTJ 252/1017.

L

- Cv Legítima defesa - Excesso - Ação civil *ex delicto* - CC, art. 188 - Inaplicabilidade - Indenização - Pensionamento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.615.979 - RS. RSTJ 252/704.
- Adm Legitimidade passiva *ad causam* - União - **Direito à saúde** - Importação de medicamento. REsp n. 1.657.075 - PE. RSTJ 252/516.
- PrCv Lei n. 5.478/1968, art. 13, § 2º - **Alimentos** - Data da citação - Sentença - Efeitos. Súmula n. 621-STJ. RSTJ 252/1296.
- Trbt Lei n. 6.830/1980, art. 40 - **Execução fiscal** - Prescrição intercorrente - Contagem. REsp n. 1.340.553 - RS. RSTJ 252/121.
- Trbt Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV e XXI - CTN, art. 111 - Enfermidade - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção. Súmula n. 627-STJ. RSTJ 252/1303.
- Pv Lei n. 8.213/1991, art. 45 - Aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social - **Auxílio-acompanhante** - Extensão - Possibilidade - Invalidez - Assistência permanente de terceiro - Comprovação - Necessidade. REsp n. 1.648.305 - RS. RSTJ 252/314.
- Adm Lei n. 8.429/1992, arts. 10, IX, e 11, *caput* - Elemento subjetivo - Existência - **Improbidade administrativa** - Princípios administrativos - Ofensa. AgInt no AREsp n. 964.974 - GO. RSTJ 252/463.
- Pn Lei n. 9.455/1997, art. 1º, II - **Crime de tortura** - Não configuração. REsp n. 1.738.264 - DF. RSTJ 252/1248.
- Adm Lei n. 10.559/2002 - **Indenização do dano moral** - Reparação econômica da Anistia Política - Cumulação - Possibilidade. Súmula n. 624-STJ. RSTJ 252/1299.
- PrCv Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 3º - **Mandado de segurança** - Teoria da encampação - Aplicação - Requisitos. Súmula n. 628-STJ. RSTJ 252/1304.
- Adm Licença administrativa - Ilegalidade - **Área de preservação permanente** - Ocupação e edificação - Dever de reparação do agente causador do dano ambiental - Teoria do fato consumado - Inaplicabilidade. AgInt nos REsp n. 1.419.098 - MS. RSTJ 252/482.
- Adm **Licitação** - Empresa em recuperação judicial - Participação - Possibilidade. AREsp n. 309.867 - ES. RSTJ 252/381.
- Cv Lucro da intervenção - CC/2002, art. 884 - Dever de restituição - Enriquecimento sem causa - **Uso indevido de imagem** - Fins comerciais. REsp n. 1.698.701 - RJ. RSTJ 252/759.

M

- PrCv **Mandado de segurança** - Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 3º - Teoria da encampação - Aplicação - Requisitos. Súmula n. 628-STJ. RSTJ 252/1304.
- Adm **Medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS** - Concessão - Requisitos - Direito à saúde. EDcl no REsp n. 1.657.156 - RJ. RSTJ 252/58.
- PrCv Medida cautelar de arresto - **Ação de responsabilidade civil** - Ex-administradores de seguradora em liquidação extrajudicial - Atos omissivos. REsp n. 1.660.278 - RJ. RSTJ 252/885.
- Pn Medidas cautelares diversas da prisão - Inviabilidade - Deputado estadual - **Organização criminosa** - Lavagem de dinheiro - Prisão preventiva - Fundamentação - Ocorrência. HC n. 430.387 - RJ. RSTJ 252/1123.
- Adm Mera detenção - Natureza precária - **Bem público** - Ocupação indevida. Súmula n. 619-STJ. RSTJ 252/1294.
- PrPn Multa - Afastamento - **Defensor Público** - Recusa de prestação de assistência a jurisdicionado - Réu - Advogado constituído nos autos. RMS n. 54.112 - SP. RSTJ 252/1238.

N

- Adm Natureza *propter rem* - CF/1988, arts. 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 186, II, e 225, § 1º, I - **Obrigaç o ambiental**. Súmula n. 623-STJ. RSTJ 252/1298.
- PrPn Nulidade absoluta - Não ocorrência - **Crime de homic dio qualificado** - Preju zo   defesa - Aus ncia - Tribunal do J ri - Depoimento das testemunhas - Degrava o - N o obrigatoriedade. HC n. 427.498 - SP. RSTJ 252/1115.

O

- Adm **Obriga o ambiental** - CF/1988, arts. 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 186, II, e 225, § 1º, I - Natureza *propter rem*. Súmula n. 623-STJ. RSTJ 252/1298.
- Adm Obrigac o de fazer ou n o fazer - Obrigac o de indenizar - Cumula o - Cabimento - CF/1988, arts. 186, II e 225, § 3º - **Dano ambiental**. Súmula n. 629-STJ. RSTJ 252/1306.
- Pn **Organiza o criminosa** - Lavagem de dinheiro - Deputado estadual - Medidas cautelares diversas da pris o - Inviabilidade - Prisi o preventiva - Fundamentac o - Ocorr ncia. HC n. 430.387 - RJ. RSTJ 252/1123.

P

- Cv Pagamento parcial da dívida - Revogação do decreto prisional - Não cabimento - Débito alimentar incontroverso - **Prisão civil** - Legitimidade - Teoria do Adimplemento Substancial - Não incidência. HC n. 439.973 - MG. RSTJ 252/822.
- PrPn Parâmetros - Observância - Necessidade - Estabelecimento penal adequado - Inexistência - **Execução penal** - Prisão domiciliar - Concessão imediata - Não cabimento. REsp n. 1.710.674 - MG. RSTJ 252/1082.
- PrCv Parcelas vincendas - Cobrança - Impossibilidade - **Ação coletiva de consumo** - Arrendamento mercantil - Arrendatário - Culpa - Ausência - Perda do bem arrendado garantido por contrato de seguro. REsp n. 1.658.568 - RJ. RSTJ 252/729.
- PrCv Passaporte - Retenção - Coação ilegal - **Execução de título extrajudicial**. RHC n. 97.876 - SP. RSTJ 252/849.
- PrCv Pedido administrativo de compensação ou de restituição - **Ação de repetição de indébito tributário** - CTN, arts. 168 e 174, parágrafo único - Prazo prescricional - Interrupção - Não ocorrência. Súmula n. 625-STJ. RSTJ 252/1300.
- PrPn Pedido de instauração - Indeferimento - **Incidente de Assunção de Competência**. IAC no RHC n. 75.768 - RN. RSTJ 252/1214.
- Adm Pena de demissão - Anulação - Cerceamento de defesa - Ocorrência - **Policia Rodoviário Federal** - Processo administrativo disciplinar - Produção de provas - Requerimento - Indeferimento pela Comissão Processante - Fundamentação inidônea. MS n. 15.096 - DF. RSTJ 252/1069.
- Pn Pena privativa de liberdade - Substituição - Circunstâncias judiciais favoráveis - **Crime de tráfico de entorpecente** - Réu primário. HC n. 453.437 - SP. RSTJ 252/1149.
- Pn Pena-base - Princípio da individualização da pena - Ofensa - Confissão espontânea - Reconhecimento da atenuante - **Crime de tráfico de entorpecente**. HC n. 460.286 - SP. RSTJ 252/1199.
- PrCv Perda do bem arrendado garantido por contrato de seguro - **Ação coletiva de consumo** - Arrendamento mercantil - Arrendatário - Culpa - Ausência - Parcelas vincendas - Cobrança - Impossibilidade. REsp n. 1.658.568 - RJ. RSTJ 252/729.
- Adm Perseguição política - Regime militar - Direitos fundamentais - Violação - Imprescritibilidade da ação - **Servidor público estadual** - Afastamento. REsp n. 1.565.166 - PR. RSTJ 252/430.

- Cv **Plano de saúde coletivo empresarial** - Contribuição exclusiva do empregador - Ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa - Manutenção no plano - Não cabimento. REsp n. 1.680.318 - SP. RSTJ 252/656.
- Adm **Policial Rodoviário Federal** - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Pena de demissão - Anulação - Processo administrativo disciplinar - Produção de provas - Requerimento - Indeferimento pela Comissão Processante - Fundamentação inidônea. MS n. 15.096 - DF. RSTJ 252/1069.
- Trbt Prazo prescricional - Auto de infração - Notificação - Cobrança judicial - **Crédito tributário** - Constituição - CTN, arts. 142 e 174 - Decadência - Contagem - Cessação. Súmula n. 622-STJ. RSTJ 252/1297.
- PrCv Prazo prescricional - Interrupção - Não ocorrência - **Ação de repetição de indébito tributário** - CTN, arts. 168 e 174, parágrafo único - Pedido administrativo de compensação ou de restituição. Súmula n. 625-STJ. RSTJ 252/1300.
- Cv Prazo prescricional - Termo inicial - Comissão de corretagem - Restituição de valores - **Compromisso de compra e venda** - Imóvel na planta. REsp n. 1.724.544 - SP. RSTJ 252/781.
- PrPn Prejuízo à defesa - Ausência - **Crime de homicídio qualificado** - Nulidade absoluta - Não ocorrência - Tribunal do Júri - Depoimento das testemunhas - Degravação - Não obrigatoriedade. HC n. 427.498 - SP. RSTJ 252/1115.
- PrCv Prescrição - Termo inicial - **Execução**. AgInt nos EAREsp n. 785.140 - RS. RSTJ 252/47.
- Cv Prescrição decenal - CC/2002, art. 205 - Inadimplemento contratual - **Responsabilidade civil**. EREsp n. 1.280.825 - RJ. RSTJ 252/527.
- Trbt Prescrição intercorrente - Contagem - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 40. REsp n. 1.340.553 - RS. RSTJ 252/121.
- Trbt Prescrição quinquenal - Decreto-Lei n. 1.437/1975 - Estrita legalidade tributária - Ofensa - **IPI** - Selo de controle - Aquisição - Taxa de Poder de Polícia - Tributo - Lançamento de ofício. REsp n. 1.405.244 - SP. RSTJ 252/277.
- Cv Prestação de caução - Desnecessidade - CPC/2015, art. 21, I e parágrafo único - **Sociedade empresarial estrangeira** - Representação no Brasil. REsp n. 1.584.441 - SP. RSTJ 252/698.
- Cv **Previdência privada** - Renda Mensal Inicial - Revisão do cálculo. REsp n. 1.691.075 - RS. RSTJ 252/958.
- Cv **Previdência privada** - Verbas remuneratórias - Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria. REsp n. 1.312.736 - RS. RSTJ 252/621.

- Adm Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Degradação ambiental - Derramamento de óleo - Poluição - **Responsabilidade civil ambiental**. AREsp n. 667.867 - SP. RSTJ 252/447.
- PrPn Princípio da insignificância - Incidência - Ação penal - Trancamento - **Crime de dano qualificado** - Idoso - Inutilização de um cone - Réu primário - Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada. RHC n. 85.272 - RS. RSTJ 252/1232.
- Adm Princípios administrativos - Ofensa - Elemento subjetivo - Existência - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.429/1992, arts. 10, IX, e 11, *caput*. AgInt no AREsp n. 964.974 - GO. RSTJ 252/463.
- Cv **Prisão civil** - Legitimidade - Débito alimentar incontroverso - Pagamento parcial da dívida - Revogação do decreto prisional - Não cabimento - Teoria do Adimplemento Substancial - Não incidência. HC n. 439.973 - MG. RSTJ 252/822.
- PrPn Prisão domiciliar - Concessão imediata - Não cabimento - Estabelecimento penal adequado - Inexistência - **Execução penal** - Parâmetros - Observância - Necessidade. REsp n. 1.710.674 - MG. RSTJ 252/1082.
- Pn Prisão preventiva - Fundamentação - Ocorrência - Deputado estadual - Medidas cautelares diversas da prisão - Inviabilidade - **Organização criminosa** - Lavagem de dinheiro. HC n. 430.387 - RJ. RSTJ 252/1123.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Pena de demissão - Anulação - **Policia Rodoviário Federal** - Produção de provas - Requerimento - Indeferimento pela Comissão Processante - Fundamentação inidônea. MS n. 15.096 - DF. RSTJ 252/1069.
- Adm Produção de provas - Requerimento - Indeferimento pela Comissão Processante - Fundamentação inidônea - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Pena de demissão - Anulação - **Policia Rodoviário Federal** - Processo administrativo disciplinar. MS n. 15.096 - DF. RSTJ 252/1069.

R

- PrCv Recolhimento de custas - Comprovante ilegível - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não cabimento - Súmula n. 168-STJ. AgInt nos EAREsp n. 814.129 - ES. RSTJ 252/25.
- Cv **Recuperação judicial** - Bem de capital - Inexistência - Trava bancária - Restabelecimento. REsp n. 1.758.746 - GO. RSTJ 252/794.
- PrCv Registro no domicílio das partes contratantes - **Contrato de cessão fiduciária de título de crédito**. REsp n. 1.432.665 - SP. RSTJ 252/681.

- Cv Renda Mensal Inicial - Revisão do cálculo - **Previdência privada**. REsp n. 1.691.075 - RS. RSTJ 252/958.
- Trbt Renúncia - Ausência - Execução fiscal ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - **Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL)**. RO n. 179 - RJ. RSTJ 252/439.
- Adm Reparação econômica retroativa - Cabimento - **Anistia política** - Direito líquido e certo. MS n. 23.231 - DF. RSTJ 252/93.
- Pn Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias - Possibilidade - **Crime contra a ordem tributária**. RHC n. 92.907 - SC. RSTJ 252/1184.
- Cv **Responsabilidade civil** - Ação civil *ex delicto* - CC, art. 188 - Inaplicabilidade - Indenização - Pensionamento - Legítima defesa - Excesso. REsp n. 1.615.979 - RS. RSTJ 252/704.
- Cv **Responsabilidade civil** - CC/2002, art. 205 - Inadimplemento contratual - Prescrição decenal. EREsp n. 1.280.825 - RJ. RSTJ 252/527.
- Adm **Responsabilidade civil ambiental** - Degradação ambiental - Derramamento de óleo - Poluição - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade. AREsp n. 667.867 - SP. RSTJ 252/447.
- Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Dever do Estado de indenizar - Não cabimento - Imposto de Importação (II) - Redução de alíquota - Indústria nacional - Impacto econômico-financeiro. REsp n. 1.492.832 - DF. RSTJ 252/390.
- PrPn Réu - Advogado constituído nos autos - **Defensor Público** - Recusa de prestação de assistência a jurisdicionado - Multa - Afastamento. RMS n. 54.112 - SP. RSTJ 252/1238.
- PrPn Réu primário - Ação penal - Trancamento - **Crime de dano qualificado** - Idoso - Inutilização de um cone - Princípio da insignificância - Incidência - Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada. RHC n. 85.272 - RS. RSTJ 252/1232.
- Pn Réu primário - Circunstâncias judiciais favoráveis - **Crime de tráfico de entorpecente** - Pena privativa de liberdade - Substituição. HC n. 453.437 - SP. RSTJ 252/1149.

S

- PrCv Sentença - Efeitos - **Alimentos** - Data da citação - Lei n. 5.478/1968, art. 13, § 2º. Súmula n. 621-STJ. RSTJ 252/1296.

- Adm **Servidor público estadual** - Afastamento - Direitos fundamentais - Violação - Imprescritibilidade da ação - Perseguição política - Regime militar. REsp n. 1.565.166 - PR. RSTJ 252/430.
- Pn Soberania dos veredictos - Ofensa - Não ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Decisão absolutória - Anulação. HC n. 323.409 - RJ. RSTJ 252/1029.
- Cv **Sociedade empresarial estrangeira** - Representação no Brasil - CPC/2015, art. 21, I e parágrafo único - Prestação de caução - Desnecessidade. REsp n. 1.584.441 - SP. RSTJ 252/698.
- PrCv Súmula n. 168-STJ - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não cabimento - Recolhimento de custas - Comprovante ilegível. AgInt nos EAREsp n. 814.129 - ES. RSTJ 252/25.
- PrPn Súmula n. 599-STJ - Mitigação excepcional justificada - Ação penal - Trancamento - **Crime de dano qualificado** - Idoso - Inutilização de um cone - Princípio da insignificância - Incidência - Réu primário. RHC n. 85.272 - RS. RSTJ 252/1232.
- PrCv Súmula n. 618-STJ - **Ação de degradação ambiental** - Inversão do ônus da prova - Aplicabilidade. RSTJ 252/1293.
- Adm Súmula n. 619-STJ - **Bem público** - Ocupação indevida - Mera detenção - Natureza precária. RSTJ 252/1294.
- Cv Súmula n. 620-STJ - CC/2002, art. 768 - CDC, art. 54, §§ 3º e 4º - **Contrato de seguro de vida** - Embriaguez do segurado - Indenização. RSTJ 252/1295.
- PrCv Súmula n. 621-STJ - **Alimentos** - Data da citação - Lei n. 5.478/1968, art. 13, § 2º - Sentença - Efeitos. RSTJ 252/1296.
- Trbt Súmula n. 622-STJ - Auto de infração - Notificação - Cobrança judicial - **Crédito tributário** - Constituição - CTN, arts. 142 e 174 - Decadência - Contagem - Cessação - Prazo prescricional. RSTJ 252/1297.
- Adm Súmula n. 623-STJ - CF/1988, arts. 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 186, II, e 225, § 1º, I - Natureza *propter rem* - **Obrigação ambiental**. RSTJ 252/1298.
- Adm Súmula n. 624-STJ - **Indenização do dano moral** - Reparação econômica da Anistia Política - Cumulação - Possibilidade - Lei n. 10.559/2002. RSTJ 252/1299.
- PrCv Súmula n. 625-STJ - **Ação de repetição de indébito tributário** - CTN, arts. 168 e 174, parágrafo único - Pedido administrativo de compensação ou de restituição - Prazo prescricional - Interrupção - Não ocorrência. RSTJ 252/1300.

- Trbt Súmula n. 626-STJ - Área urbanizável - CTN, art. 32, §§ 1º e 2º - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência. RSTJ 252/1302.
- Trbt Súmula n. 627-STJ - CTN, art. 111 - Enfermidade - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV e XXI. RSTJ 252/1303.
- PrCv Súmula n. 628-STJ - Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 3º - **Mandado de segurança** - Teoria da encampação - Aplicação - Requisitos. RSTJ 252/1304.
- Adm Súmula n. 629-STJ - CF/1988, arts. 186, II e 225, § 3º - **Dano ambiental** - Obrigação de fazer ou não fazer - Obrigação de indenizar - Cumulação - Cabimento. RSTJ 252/1306.
- PrPn Suspensão condicional do processo - Ministério Público - Manifestação - **Crime contra a ordem econômica**. RHC n. 83.320 - DF. RSTJ 252/1167.
- PrPn Suspensão condicional do processo - Negativa - Fundamento inidôneo - **Crime de calúnia**. HC n. 455.901 - RJ. RSTJ 252/1161.

T

- Trbt **Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL)** - Execução fiscal ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Renúncia - Ausência. RO n. 179 - RJ. RSTJ 252/439.
- Trbt Taxa de Poder de Polícia - Decreto-Lei n. 1.437/1975 - Estrita legalidade tributária - Ofensa - **IPi** - Selo de controle - Aquisição - Prescrição quinquenal - Tributo - Lançamento de ofício. REsp n. 1.405.244 - SP. RSTJ 252/277.
- PrCv Teoria da encampação - Aplicação - Requisitos - Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 3º - **Mandado de segurança**. Súmula n. 628-STJ. RSTJ 252/1304.
- Cv Teoria do Adimplemento Substancial - Não incidência - Débito alimentar incontroverso - Pagamento parcial da dívida - Revogação do decreto prisional - Não cabimento - **Prisão civil** - Legitimidade. HC n. 439.973 - MG. RSTJ 252/822.
- Adm Teoria do fato consumado - Inaplicabilidade - **Área de preservação permanente** - Ocupação e edificação - Dever de reparação do agente causador do dano ambiental - Licença administrativa - Ilegalidade. AgInt nos REsp n. 1.419.098 - MS. RSTJ 252/482.
- Cv Trava bancária - Restabelecimento - Bem de capital - Inexistência - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.758.746 - GO. RSTJ 252/794.
- PrPn Tribunal do Júri - Depoimento das testemunhas - Degravação - Não obrigatoriedade - **Crime de homicídio qualificado** - Nulidade absoluta -

Não ocorrência - Prejuízo à defesa - Ausência. HC n. 427.498 - SP. RSTJ 252/1115.

Trbt Tributo - Lançamento de ofício - Decreto-Lei n. 1.437/1975 - Estrita legalidade tributária - Ofensa - **IPI** - Selo de controle - Aquisição - Prescrição quinquenal - Taxa de Poder de Polícia. REsp n. 1.405.244 - SP. RSTJ 252/277.

U

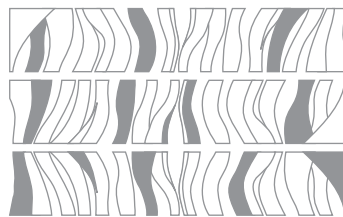
Cv **Uso indevido de imagem** - Fins comerciais - CC/2002, art. 884 - Dever de restituição - Enriquecimento sem causa - Lucro da intervenção. REsp n. 1.698.701 - RJ. RSTJ 252/759.

Adm Utilização do termo *iphone* - **Aparelhos telefônicos celulares**. REsp n. 1.688.243 - RJ. RSTJ 252/919.

V

PrCv Vencimentos - Percentual - Penhorabilidade - Dignidade do devedor - Preservação - **Execução de título extrajudicial**. EREsp n. 1.582.475 - MG. RSTJ 252/30.

Cv Verbas remuneratórias - Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria - **Previdência privada**. REsp n. 1.312.736 - RS. RSTJ 252/621.



Índice Sistemático

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AREsp

309.867-ES Rel. Min. Gurgel de Faria RSTJ 252/381.
667.867-SP..... Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 252/447.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt no AREsp

197.916-RJ Rel. Min. Raul Araújo..... RSTJ 252/815.
964.974-GO..... Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 252/463.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AgInt no REsp

1.419.098-MS Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 252/482.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt nos EAREsp

785.140-RS Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 252/47.
814.129-ES Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 252/25.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

160.748-SP..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 252/1017.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EDcl no REsp

1.657.156-RJ Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 252/58.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - EREsp

1.280.825-RJ Rel. Min. Nancy Andrighi RSTJ 252/527.
 1.582.475-MG Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 252/30.

HABEAS CORPUS - HC

160.901-GO Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 252/1103.
 323.409-RJ Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 252/1029.
 427.498-SP Rel. Min. Joel Ilan Paciornik RSTJ 252/1115.
 430.387-RJ Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 252/1123.
 434.686-DF Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 252/72.
 439.973-MG Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 252/822.
 453.437-SP Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca RSTJ 252/1149.
 455.901-RJ Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 252/1161.
 460.286-SP Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 252/1199.

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO RECURSO EM HABEAS CORPUS - IAC no RHC

75.768-RN Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 252/1214.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

15.096-DF Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 252/1069.
 23.231-DF Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 252/93.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

55.940-SP Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 252/1221.
 83.320-DF Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 252/1167.
 85.272-RS Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 252/1232.
 92.907-SC Rel. Min. Joel Ilan Paciornik RSTJ 252/1184.
 97.876-SP Rel. Min. Luis Felipe Salomão RSTJ 252/849.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

54.112-SP Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 252/1238.

RECURSO ESPECIAL - REsp

1.108.058-DF Rel. Min. Maria Isabel Gallotti RSTJ 252/580.
 1.155.547-MG Rel. Min. Marco Buzzi RSTJ 252/871.
 1.312.736-RS Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 252/621.
 1.340.553-RS Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 252/121.
 1.405.244-SP Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 252/277.
 1.432.665-SP Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze RSTJ 252/681.

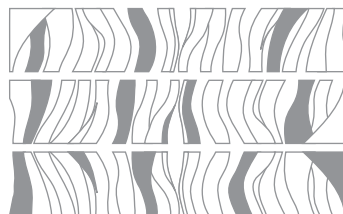
1.492.832-DF.....	Rel. Min. Gurgel de Faria	RSTJ 252/390.
1.565.166-PR.....	Rel. Min. Regina Helena Costa	RSTJ 252/430.
1.584.441-SP.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 252/698.
1.615.979-RS	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 252/704.
1.648.305-RS	Rel. Min. Regina Helena Costa	RSTJ 252/314.
1.653.141-SP.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 252/722.
1.657.075-PE.....	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 252/516.
1.658.568-RJ.....	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSTJ 252/729.
1.660.278-RJ.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 252/885.
1.678.667-RJ.....	Rel. Min. Raul Araújo.....	RSTJ 252/903.
1.680.318-SP.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 252/656.
1.688.243-RJ.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 252/919.
1.691.075-RS	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 252/958.
1.698.701-RJ.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 252/759.
1.710.674-MG	Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....	RSTJ 252/1082.
1.724.544-SP.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 252/781.
1.738.264-DF.....	Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	RSTJ 252/1248.
1.745.410-SP.....	Rel. Min. Laurita Vaz.....	RSTJ 252/1268.
1.758.746-GO.....	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 252/794.

RECURSO ORDINÁRIO - RO

179-RJ.....	Rel. Min. Sérgio Kukina	RSTJ 252/439.
-------------	-------------------------------	---------------

SÚMULAS

618	RSTJ 252/1293.
619	RSTJ 252/1294.
620	RSTJ 252/1295.
621	RSTJ 252/1296.
622	RSTJ 252/1297.
623	RSTJ 252/1298.
624	RSTJ 252/1299.
625	RSTJ 252/1300.
626	RSTJ 252/1302.
627	RSTJ 252/1303.
628	RSTJ 252/1304.
629	RSTJ 252/1306.



Siglas e Abreviaturas

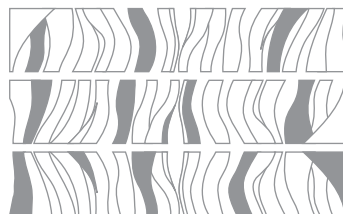
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação

SIGLAS E ABREVIATURAS

RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.
03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.
07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.
09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.
10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.
11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2, de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Juríd Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996. - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 1º.06.2017 - DJe 07.06.2017.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.

37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 21.03.2018 - DJe 22.03.2018.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 27.11.2014 - DJe 03.12.2014.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008. **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 1º.09.2017 - DJe 04.09.2017.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.
71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1 de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 06.04.2015 - DJe 08.04.2015.

80. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - de propriedade do Instituto Brasileiro de Direito de Família - endereço eletrônico: <https://www.ibdfam.org.br> - Portaria n. 3 de 27.09.2016 - DJe 04.10.2016.

81. Revista Bahia Forense - Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Portaria n. 3 de 13.09.2017 - DJe 14.09.2017.

82. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (versão eletrônica) - endereço eletrônico: <https://revistajurisprudencia.tjmg.jus.br> - Portaria n. 2 de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ