

*Este periódico, elaborado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ, destaca teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos incluídos na Base de Jurisprudência do STJ, não consistindo em repositório oficial de jurisprudência.*

## PRIMEIRA TURMA

### **INSCRIÇÃO. SIMPLES. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS.**

A recorrente (empresa de confecções e artigos de vestuário), por ter seu pedido administrativo de ingresso no Simples nacional indeferido pela secretaria da fazenda estadual em razão de possuir débitos tributários junto à Fazenda Nacional sem exigibilidade suspensa, impetrou MS, alegando inconstitucionalidade e ilegalidade da vedação prevista no art. 17, V, da LC n. 123/2006. O tribunal *a quo* negou a segurança por não vislumbrar qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na lei mencionada. Embora as microempresas e as empresas de pequeno porte, à luz da CF/1988 (arts. 146, III, **d**, e 179), ostentem tratamento jurídico diferenciado quanto à simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, a inscrição no Simples nacional submetem-se à aferição de inexistência de débitos com o INSS ou com as fazendas públicas estaduais ou municipais federal ou ainda com a federal (art. 17, V, da LC n. 123/2006), sem configurar, para tanto, ofensa aos princípios da isonomia, da livre iniciativa e livre concorrência. É que tal tratamento não exonera as microempresas e as empresas de pequeno porte do dever de adimplir as suas obrigações tributárias. É certo que a exigência de regularidade fiscal do interessado em optar pelo Simples não encerra ato discriminatório, já que é imposto a todos os contribuintes, não apenas às micro e pequenas empresas. *In casu*, a impetrante não preencheu o requisito concernente à regularidade fiscal, impossibilitando a concessão do benefício tributário. Com essas, entre outras razões, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: RMS 27.376-SE, DJe 15/6/2009, e REsp 1.115.142-RS, DJe 19/8/2009. **RMS 30.777-BA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/11/2010.**

### **ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAL.**

A incapacidade processual ou a irregularidade na representação advinda da ausência de juntada do contrato social ou dos atos constitutivos da empresa construtora possibilitam a suspensão do processo para que seja concedido à parte prazo para reparar o defeito (art. 13 do CPC, cuja aplicação é de rigor, inclusive em MS). Aplica-se à hipótese de RMS a teoria da causa madura (art. 515, § 3º, do CPC), viabilizando a análise do mérito do *mandamus*, em segundo grau, uma vez sanado o defeito na

representação processual, mediante a juntada do estatuto social da empresa. No caso, a controvérsia cinge-se à possibilidade de exigir pagamento de diferencial de alíquota de ICMS das empresas atuantes em construção civil que realizam operações interestaduais de aquisição de insumos para utilização em sua atividade fim. A Primeira Seção deste Superior Tribunal já decidiu, em recurso repetitivo, que descabe a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS sobre operações interestaduais realizadas por empresa de construção civil na aquisição de material a ser empregado na obra que executa (Informativo n. 419). Assim, tais empresas, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade fim, não são contribuintes do ICMS. A Turma deu provimento ao recurso para, reformando o acórdão regional, conceder a segurança, determinando que a autoridade coatora abstenha-se de exigir o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS nas operações interestaduais de aquisição de insumos para utilização na atividade fim da empresa de construção civil. Precedentes citados: RMS 19.311-PB, DJe 23/11/2009; REsp 437.552-PE, DJ 1º/7/2005; RMS 6.274-AM, DJ 23/9/2002; RMS 12.633-TO, DJ 13/8/2001; REsp 1.135.489-AL, DJe 1º/2/2010, e EREsp 149.946-MS, DJ 20/3/2000. **RMS 23.799-PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/11/2010.**

---

#### **MS. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.**

Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado contra o secretário da fazenda estadual que apontou inferior hierárquico como o responsável pelo ato de aplicação da lei ao caso particular (expedição de norma individual e concreta). Dessarte, é inaplicável ao caso a teoria da encampação porque, embora o secretário tenha defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora implica alteração na competência jurisdicional, ao passo que compete originariamente ao TJ o julgamento de MS contra secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário ou pela expedição da certidão de regularidade fiscal. Para que a teoria da encampação seja aplicável ao MS, é mister o preenchimento dos seguintes requisitos: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado, ausência de modificação de competência estabelecida na CF/1988 e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Assim, a Turma negou provimento ao recurso, mantendo a denegação do MS por carência da ação, extinguindo o feito sem resolução do mérito. Precedente citado: MS 12.779-DF, DJe 3/3/2008. **RMS 21.775-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/11/2010.**

---

#### **LEGITIMIDADE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RETENÇÃO. IR.**

A Turma negou provimento ao recurso, reiterando o entendimento de que o fundo de previdência privada é o responsável tributário pela retenção do imposto de renda referente à complementação de aposentadoria, devendo repassá-lo aos cofres públicos (art. 121, parágrafo único, II, c/c art. 45, parágrafo único, do CTN). Assim, visto que tem a incumbência legal de efetuar a retenção do tributo na fonte, é parte legítima para integrar o polo passivo de ação que objetiva o depósito judicial das parcelas vincendas de imposto de renda incidente sobre os valores percebidos a título de complementação de aposentadoria, até o julgamento da ação de repetição de indébito, como no caso. Precedentes citados: REsp 1.152.707-RS, DJe 18/2/2010; REsp 825.885-RJ, DJe 14/5/2008; REsp

1.059.355-SP, DJe 1º/9/2008; REsp 664.503-DF, DJ 28/2/2005 , e EDcl no Ag 508.274-DF, DJ 22/3/2004. **REsp 1.083.005-PB, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **IR. GANHOS. CAPITAL. ALIENAÇÃO. EMPRESA. SIMPLES.**

Incide imposto de renda sobre os ganhos de capital decorrentes de alienação de bens do ativo permanente das pessoas jurídicas, ainda que se trate de empresa optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), nos termos do art. 3º, § 2º, d, da Lei n. 9.317/1996 (atual art. 13, § 1º, VI, da LC n. 123/2006). **REsp 972.264-SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **REFIS. GARANTIA. ANTICRESE. PROVA. PROPRIEDADE.**

A Turma, entre outras questões, manteve o entendimento do tribunal *a quo* que reconhecia o indeferimento do pedido de adesão ao Programa de Recuperação Fiscal (Refis), por não terem sido satisfeitas as exigências do art. 11 do Dec. n. 3.431/2000, no que se refere à qualidade de titular do domínio pleno de bem imóvel, em anticrese ofertada como garantia. É que o mencionado artigo, ao admitir a anticrese como modalidade de garantia necessária à adesão ao acordo de parcelamento de débitos tributários, condicionou-a à apresentação pelo interessado de prova da propriedade dos bens juntamente com a certidão de inexistência de ônus reais, bem como de laudo circunstanciado para atestar a produtividade do bem imóvel (frutos e rendimentos). *In casu*, o recorrente é titular apenas do direito de ocupação do imóvel ofertado em anticrese, não atendendo, portanto, aos requisitos legais, que devem ser interpretados literalmente, nos termos do art. 111 do CTN, visto tratar-se de hipótese de suspensão do crédito tributário (art. 151, VI, do CTN). **REsp 1.103.639-PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/11/2010.**

---

**VEÍCULOS USADOS. REVENDA. OPERAÇÃO MERCANTIL.**

A Turma negou provimento ao recurso especial sob o entendimento de que as atividades de compra de veículos usados para revenda e de recebimento de automóvel como parte de pagamento consistem em operação mercantil, e não prestação de serviços, motivo pelo qual não se aplica a base de cálculo do IRPJ e CSLL disposta no art. 15, § 1º, III, da Lei n. 9.249/1995. Asseverou o Min. Relator que o art. 5º da Lei n. 9.716/1998, ao estabelecer a faculdade de equiparar tais atividades às de venda por consignação, teria seu sentido esvaziado caso essa equiparação resultasse na majoração do custo tributário das operações. Ressaltou, ademais, ser inconcebível considerá-las como prestação de serviços para fins de base de cálculo de IRPJ e CSLL quando, nas hipóteses de incidência de PIS e Cofins, são consideradas como operação mercantil. Precedentes citados: REsp 945.040-AL, DJ 30/8/2007; EDcl no AgRg no REsp 707.243-DF, DJ 17/8/2006, e REsp 739.201-RS, DJ 13/6/2005. **REsp 1.201.298-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16/11/2010.**

---

**EXECUÇÃO TRABALHISTA. FUNGIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO.**

Trata-se de REsp decorrente de reclamatória trabalhista ajuizada em 1976 por mais de uma centena de autores, entre os quais os ora recorrentes, em desfavor da ora recorrida, demanda que, anos depois, teve sua sentença de improcedência rescindida pelo extinto TFR para considerar legítimos os pedidos deduzidos na inicial. Após o trânsito em julgado da ação rescisória, seguiu-se uma série de incidentes que culminaram na propositura das execuções individuais no ano de 2004. O tribunal *a quo* não conheceu do recurso em razão de ter sido interposto agravo de instrumento, e não agravo de petição, contra a decisão que desconstituiu a penhora e determinou o seguimento da execução trabalhista movida contra a recorrida pelo sistema de precatórios, próprio das execuções contra a Fazenda Pública. Discute-se, então, no REsp, se a interposição do agravo de instrumento em vez do agravo de petição caracteriza ou não erro grosseiro, conseqüentemente, se é cabível, na hipótese, a aplicação do princípio da fungibilidade. Inicialmente, observou o Min. Relator que eventual dúvida relativa à competência da Justiça Federal para apreciar matéria dessa natureza, após o advento da CF/1988, está dirimida no art. 26, § 10, do ADCT. Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso por entender não se caracterizar erro grosseiro, o que inviabilizaria a aplicação do princípio da fungibilidade, a interposição de agravo de instrumento em lugar de agravo de petição contra decisão proferida em execução trabalhista cuja citação foi iniciada nos termos do art. 652 do CPC. Precedente citado: REsp 20.265-PE, DJ 14/9/1992. **REsp 1.196.293-RJ, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18/11/2010.**

---

**DANO AMBIENTAL. MORTANDADE. PÁSSAROS.**

O MP estadual, recorrido, ajuizou, na origem, ação civil pública em desfavor da empresa agrícola, recorrente, sob a alegação de que essa seria responsável por dano ambiental por uso de agrotóxico ilegal, o que teria causado grande mortandade de pássaros. A recorrente, em contestação, entre outras

alegações, sustentou a descaracterização do mencionado dano, arguindo que pouco mais de trezentas aves teriam morrido, sem que tenha havido efetivo comprometimento do meio ambiente. A sentença julgou procedente a ação, condenando a recorrente a pagar a importância de R\$ 150 mil em indenização a ser revertida para o meio ambiente local, em recomposição do dano ambiental causado com a morte de 1.300 pássaros da fauna silvestre, o que se manteve em grau de apelação. Nesta instância especial, ao apreciar a controvérsia, consignou o Min. Relator que a existência de um dano ambiental não só encerra a necessidade de reconstituição do meio ambiente no que for possível, com a necessária punição do poluidor (princípio do poluidor-pagador), mas também traz em seu bojo a necessidade de evitar que o fato venha a repetir-se, o que justifica medidas coercitivas e punições que terão, inclusive, natureza educativa. Observou não haver como fracionar o meio ambiente e, dessa forma, deve ser responsabilizado o agente pela morte dos pássaros em decorrência de sua ação poluidora. Quanto ao valor estabelecido na condenação, entendeu que o pleito da recorrente para que se tome como base de cálculo o valor unitário de cada pássaro não pode prosperar, já que a mensuração do dano ecológico não se exaure na simples recomposição numérica dos animais mortos, devendo-se também considerar os nefastos efeitos decorrentes do desequilíbrio ecológico em face da ação praticada pela recorrente. Diante desses fundamentos, entre outros, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 1.120.117-AC, DJe 19/11/2009, e REsp 1.114.893-MG. **REsp 1.164.630-MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18/11/2010.**

---

**DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL. TABELA.**

Trata-se de ação de indenização decorrente de seguro DPVAT proposta, na origem, pelo recorrente para reparação de invalidez permanente (membro inferior esquerdo) em consequência de acidente de trânsito datado de 1999. Discute-se, no REsp, se é válida a fixação de tabela de redução do pagamento da indenização decorrente do DPVAT com fundamento em invalidez permanente parcial. A Min. Relatora destacou que o recorrente insurge-se contra a redução da tabela, com fundamento no art. 3º da Lei n. 6.194/1974, em vigor à época dos fatos; hoje, a redação dessa norma foi modificada pela Lei n. 11.482/2007, porém ela não tem pertinência neste julgamento. Também ressaltou que a redação original do art. 5º, § 5º, da citada lei disciplinava que o instituto médico legal da jurisdição do acidente também quantificaria as lesões físicas ou psíquicas permanentes para fins de seguro previsto na lei, em laudo complementar, no prazo médio de 90 dias do evento, de acordo com os percentuais da tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada nas restrições e omissões pela tabela de acidentes do trabalho e da classificação internacional de doenças. Logo, explicitou que não faria sentido a citada lei dispor as quantificações das lesões se esse dado não refletisse na indenização paga. Dessa forma, concluiu que é válida a utilização da tabela de redução do pagamento da indenização decorrente do seguro DPVAT em caso de invalidez parcial e que o pagamento desse seguro deve observar a respectiva proporcionalidade. Precedente citado: REsp 1.119.614-RS, DJe 31/8/2009. **REsp 1.101.572-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/11/2010.**

---

**ADMINISTRAÇÃO. RECURSOS FINANCEIROS. INDENIZAÇÃO. FILHOS MENORES.**

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada em decorrência de acidente aéreo que vitimou esposo e pai dos recorrentes, quando ele se dirigia ao seu local de trabalho em táxi aéreo contratado pela empresa estatal em que trabalhava. Houve acordo entre as partes, homologado pelo juiz, que julgou extinto o processo com exame de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC, mas determinou que os valores devidos aos autores menores e incapazes fossem depositados em caderneta de poupança à disposição do juízo. Daí a apelação, insurgindo-se contra a determinação de depósito, a que o TJ deu parcial provimento, apenas para liberar 20% a título de pensão. Então, adveio o REsp, afirmando os recorrentes que cabe à mãe, na falta de um dos genitores, a administração dos bens de menores incapazes; assim não seria possível, sem justificativa plausível, proibir a movimentação da indenização devida aos filhos menores de idade, apontando a divergência jurisprudencial. *A priori*, registra o Min. Relator não desconhecer a orientação deste Superior Tribunal de que não se poderia impor, sem razão plausível, restrição a que a mãe disponha das verbas deferidas em favor de seus filhos menores decorrentes de ação de indenização, em virtude do falecimento do pai. Contudo diverge, pois entende que o poder legal de administração dos bens dos filhos menores conferido aos pais pela redação do art. 1.689, II, do CC/2002 não comporta a disposição de administrá-los de forma ilimitada, visto impor que essa capacidade de administração seja acompanhada jurisdicionalmente, tudo em função do bem e da segurança dos menores (art. 1.691 do mesmo *codex*). Observa que, no caso, são quantias expressivas (cerca de R\$ 63 mil), assim, a

entrega incondicionada à mãe significaria, na verdade, a possibilidade de ela dispor das referidas importâncias como bem entendesse, o que não está amparado pela lei, além de não atender aos interesses dos menores. Acrescenta, ainda, que o referido art. 1.689 não pode ser interpretado de forma absoluta, mas em harmonia com outros diplomas legais que dispõem sobre o exercício do poder familiar amparado nos princípios que objetivam a proteção dos interesses dos filhos menores (por exemplo, o § 1º do art. 1º da Lei n. 6.858/1980). Para o Min. Relator, a cautela da sentença mantida parcialmente pelo acórdão recorrido teve como objetivo a preservação dos interesses dos menores. Todavia, deixou claro que toda essa cautela não significaria, de forma alguma, uma ingerência no poder familiar, visto que o direito ao levantamento permanece e pode ser exercido sempre que as circunstâncias demonstrarem sua necessidade, bastando, para tanto, a devida justificação junto ao Poder Judiciário para sua autorização mediante a fiscalização do MP. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedente citado: REsp 439.545-SP, DJ 6/9/2004. **REsp 1.110.775-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/11/2010.**

---

#### **QO. REMESSA. SEGUNDA SEÇÃO.**

A Turma decidiu remeter ao julgamento da Segunda Seção recurso sobre a necessidade de inversão do ônus da prova por ato judicial que envolve fornecedor e consumidor. **QO no REsp 802.832-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, em 16/11/2010.**

---

#### **DESPESAS. CONDOMÍNIO. RATEIO.**

Em ação de cobrança para ressarcimento de rateio de despesas realizadas em loteamento por associação de proprietários de lotes (período de 1997 a 1999), o TJ manteve a sentença de procedência e afirmou que tal realidade seria análoga à de um condomínio: aproveitando a todos os condôminos os benefícios realizados, as despesas devem ser por todos suportadas, mesmo que o proprietário do lote não seja associado, conseqüentemente evitando o enriquecimento sem causa. No REsp, a recorrente busca a nulidade do acórdão recorrido e anota que, mesmo interpostos os embargos de declaração, o TJ silenciou quanto à situação jurídica do loteamento que, equivocadamente, foi equiparado a loteamento fechado. Destaca o Min. Relator que, da sentença, extrai-se que a recorrente sustentou não ser associada, mas afirmou ter contribuído com as mensalidades até 1997. Porém, observa que a Segunda Seção já pacificou o entendimento de que as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado nem aderiu ao ato que instituiu o encargo. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, determinando ainda que a associação autora sucumbente arque com as custas processuais e os honorários advocatícios, os quais fixou em 10% sobre o valor da causa. Precedentes citados: EREsp 444.931-SP, DJ 1º/2/2006; AgRg nos EREsp 961.927-RJ, DJe 15/9/2010; AgRg no Ag 1.179.073-RJ, DJe 2/2/2010, e AgRg no REsp 613.474-RJ, DJe 5/10/2009. **REsp 1.020.186-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16/11/2010.**

---

### **DENUNCIÇÃO. LIDE. LITISCONSÓRCIO. PRAZO EM DOBRO.**

Trata-se de aplicação do art. 191 do CPC, contagem do prazo em dobro. A sentença condenou os ora agravados, sendo que um deles em denúncia à lide, o que caracteriza o litisconsórcio, tanto que as duas partes, com diferentes procuradores, foram condenadas. As duas partes apelaram com diferentes procuradores, o que, por si só, afasta o acolhimento da violação do art. 191 do CPC. O litisconsórcio chegou até o momento da sentença, não tendo sido desfeito com o indeferimento da denúncia à lide ou com a ineficácia dessa. Assim, havendo o litisconsórcio ainda na sentença, aplica-se o art. 191 do CPC com o dobro do prazo. Logo, a Turma negou provimento ao agravo. **AgRg no REsp 1.167.272-BA, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 18/11/2010.**

---

### **BEM DE FAMÍLIA. ELEVADO VALOR. IMPENHORABILIDADE.**

A Turma, entre outras questões, reiterou que é possível a penhora de parte ideal do imóvel caracterizado como bem de família quando for possível o desmembramento sem que, com isso, ele se descaracterize. Contudo, para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o art. 1º da Lei n. 8.009/1990, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem. O referido artigo não particulariza a classe, se luxuoso ou não, ou mesmo seu valor. As exceções à regra de impenhorabilidade dispostas no art. 3º da referida lei não trazem nenhuma indicação no que se refere ao valor do imóvel. Logo, é irrelevante, para efeito de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, deu-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 326.171-GO, DJ 22/10/2001; REsp 139.010-SP, DJ 20/5/2002, e REsp 715.259-SP, DJe 9/9/2010. **REsp 1.178.469-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 18/11/2010.**

---

### **REIVINDICATÓRIA. IMÓVEL ABANDONADO. POSSE JUSTA.**

A Turma reiterou a orientação de que, para a admissibilidade da ação reivindicatória, é necessária a presença destes requisitos: a prova da titularidade do domínio do autor, a individualização da coisa e a posse justa. Assim, se não há quem ocupe injustamente o imóvel, o proprietário não precisa de decisão judicial para reavê-lo. Logo, falta-lhe uma das condições da ação, qual seja, o interesse legítimo. No caso, o tribunal *a quo* manteve a sentença que dispunha que o imóvel se encontra vazio, sem qualquer ocupação de coisas ou pessoas e sem qualquer indício de ato de posse, não havendo evidência de que lá resida o apontado réu. Assim, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 691.963-RS, DJ 15/5/2006, e REsp 993.956-DF, DJ 8/2/2008. **REsp 1.003.305-DF, Rel. Min. Nancy Andriahi, julgado em 18/11/2010.**

---

### **PARTILHA DE BENS. IGUALDADE. QUINHÕES.**

Trata-se, no caso, de verificar se o princípio da igualdade disposto no art. 1.775 do CC/1916 e reproduzido no art. 2.017 do CC/2002 foi observado quando da homologação da partilha realizada

pelo juízo singular e confirmada pelo tribunal *a quo*. A Turma entendeu que, na partilha, observar-se-á não só a maior igualdade formal, ou seja, a equivalência matemática dos quinhões, evitando a necessidade da constituição de condomínio, mas também a igualdade qualitativa e a natureza dos bens partilháveis. A partilha justa é aquela que, sem descuidar do valor dos bens, destina a cada um dos ex-cônjuges todas as classes de bens e direitos, os melhores e os piores, considerando, por exemplo, custas com manutenção, liquidez, potencial de exploração econômica etc. Deve, ainda, na medida do possível, possibilitar o efetivo aproveitamento do patrimônio, atribuindo-lhes os bens do monte partível que lhes forem mais proveitosos em razão da idade, profissão, saúde etc. Assim, a Turma deu provimento ao recurso para que o tribunal *a quo* manifeste-se expressamente sobre a qualidade e a natureza dos bens do acervo e realize o cotejo das condições de cada um deles com as características e necessidades das partes, especialmente a possibilidade de servirem de moradia e fonte de renda. **REsp 605.217-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **INTIMAÇÃO. DEVEDORES. PURGAÇÃO. MORA. DANOS MORAIS.**

Trata-se, no caso, do dever de indenizar o ora recorrente pela ausência de intimação pessoal dos ora recorridos sobre leilão extrajudicial do imóvel no qual residem. O tribunal *a quo* condenou os recorrentes ao pagamento de dez salários mínimos aos recorridos a título de dano moral, entendendo que a ausência de notificação pessoal importou a perda de chance dos recorridos em purgar a mora. A Turma, entre outras questões, conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, deu-lhe provimento para afastar a indenização ao argumento de que o entendimento do tribunal *a quo* está em consonância com a orientação deste Superior Tribunal quando afirma ser indispensável a intimação pessoal dos devedores acerca da data designada para o leilão do imóvel hipotecado em processo de execução extrajudicial realizado nos moldes do DL n. 70/1966. Porém, entendeu que somente a perda de uma oportunidade real, plausível e séria justifica a indenização por danos morais. No caso, a chance de que fosse purgada a mora após a intimação pessoal dos devedores era remota e inexpressiva; pois, conforme a sentença, diversas vezes foram cientificados por avisos de convocação para saldar prestações em atraso e os ora recorrentes autores relatam que envidaram tratativas para a composição dos débitos junto ao banco, sem êxito. Somente após quase um ano e meio decorrido do leilão, é que se animaram em perseguir a anulação. **REsp 1.115.687-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 18/11/2010.**

---

**INTIMAÇÃO. RESUMO.**

Alegou-se omissão na intimação relativa à sentença de embargos à execução porque, mediante a publicação na imprensa de modo resumido, não se teria possibilitado a comunicação do inteiro teor do dispositivo daquele *decisum*. Sucede que, embora resumida, a publicação contém todos os elementos necessários à comunicação do ato processual, cabendo, evidentemente, ao advogado buscar a ciência de seu integral conteúdo. Precedentes citados: EDcl nos AgRg no Ag 248.452-RJ, DJ 14/8/2000, e REsp 520.450-RJ, DJ 29/8/2005. **REsp 876.042-ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 16/11/2010.**

---

**CDC. CARACTERIZAÇÃO. CONSUMIDOR.**

A sociedade empresária recorrida adquiriu da empresa recorrente uma retroescavadeira usada. Contudo, posteriormente, diante dos graves defeitos apresentados pela máquina, pleiteou a rescisão do contrato e a restituição dos valores pagos, o que foi admitido pelas instâncias ordinárias com lastro no CDC. Nesse contexto, atento à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há como admitir a incidência do CDC à causa, haja vista estar expresso, no julgado combatido, que a recorrida, que se dedica à construção civil, adquiriu o maquinário para utilização dele na execução de suas atividades negociais, o que a desqualifica como consumidora para efeitos de submissão àquele *codex*. Daí ser necessária a remessa dos autos à primeira instância para novo julgamento da lide sob a ótica do CC/2002. Precedentes citados: REsp 541.867-BA, DJ 1º/12/2006; REsp 1.016.458-RS, DJe 8/3/2010; REsp 632.958-AL, DJe 29/3/2010; AgRg no Ag 900.563-PR, DJe 3/5/2010; REsp 836.823-PR, DJe 23/8/2010, e REsp 716.877-SP, DJ 23/4/2007. **REsp 863.895-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 16/11/2010.**

---

**HC. PROIBIÇÃO. APROXIMAÇÃO. OFENDIDA.**

Na cautelar de separação de corpos, proibiu-se ao paciente aproximar-se a menos de 300 metros de distância da autora e testemunhas (art. 22, III, **a** e **b**, da Lei n. 11.340/2006 - Lei Maria da Penha), com ressalvas apenas à visitação de seu genitor, morador do mesmo edifício em que ela reside, daí o ajuizamento da ordem de *habeas corpus*. Frente a isso, vê-se que a restrição, imposta para assegurar ao processo um fim útil, além de propiciar a própria garantia individual, tem forma legítima e foi precedida de expressa e fundamentada autorização do juízo. Pesa também a constatação de que, no âmbito de *habeas corpus*, não se permite o revolvimento dos aspectos de fato e prova. Com esses fundamentos, a Turma, por maioria, denegou a ordem. O voto vencido aludia à impossibilidade concreta de cumprimento da medida pelo paciente e concedia a anulação da decisão para que outra fosse proferida em termos mais condizentes com a viabilidade de seu acatamento. **HC 163.835-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 16/11/2010.**

---

## COMPETÊNCIA. RESOLUÇÃO. CONTRATO. INDENIZAÇÃO.

Buscou-se definir a competência para a ação de resolução contratual por inadimplemento ajuizada cumulativamente com o pedido de indenização por danos morais e materiais. Quanto a isso, prevaleceu, no julgamento do REsp, o entendimento de que a hipótese atrairia a incidência do art. 100, IV, **a**, do CPC (competência do juízo da sede da pessoa jurídica ré), pois a tutela jurisdicional não foi requerida para dar cumprimento ao contrato (alínea **d** desse mesmo dispositivo), mas sim para alcançar sua resolução, apesar do aperfeiçoamento do contrato realizado verbalmente pelas partes. O principal pedido efetivamente é o de resolução, mostrando-se a indenização como consequência do reconhecimento dela. Esse entendimento foi acolhido pela maioria da Turma, após prosseguir o julgamento mediante o voto do Min. João Otávio de Noronha e depois da retificação do voto antes proferido pelo Min. Relator. **REsp 1.119.437-AM, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.**

---

## EDCL. JULGAMENTO CITRA PETITA. ANULAÇÃO.

Alegam os embargantes deter ações preferenciais de um banco que foi incorporado a outro e ter sofrido prejuízos advindos do tratamento preferencial dado aos acionistas controladores da S.A. (ações ordinárias) quanto ao preço pago por suas ações (oferta pública). Assim, no REsp, pleiteavam o pagamento dessa diferença de preço entre as ações ou do valor de rateio dos bens intangíveis à época da transferência do controle acionário. Contudo, a Quarta Turma negou provimento ao REsp, julgamento contra o qual foram oferecidos embargos de declaração, que reputavam omissa sua acórdão quanto ao dito pedido subsidiário. Então, ao prosseguir o julgamento dos EDcl, após o voto de desempate proferido pelo Min. Massami Uyeda, convocado da Terceira Turma para tal, a Quarta Turma, por maioria, entendeu rejeitar os embargos. Os votos divergentes, mas vencedores, capitaneados pelo Min. João Otávio de Noronha, primeiramente, entenderam desnecessário declarar a nulidade do acórdão embargado, com a consequente reinclusão do recurso na pauta, caso ocorrido o julgamento *citra petita*, pois a função primordial dos embargos diante da omissão é, justamente, a integração do julgado (sua complementação). Outrossim, entenderam não existir sequer omissão a ser sanada, pois a questão referente ao pedido sucessivo não foi suscitada nas razões do REsp, dele só constando seu requerimento sem o devido fundamento. Anotaram, por último, que o tribunal *a quo* também não resolveu a questão sobre esse rateio dos intangíveis. **EDcl no REsp 710.648-MG, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 16/11/2010.**

---

## HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS. DEVEDOR.

Os embargos do devedor foram parcialmente acolhidos apenas para reduzir o valor devido, subsistindo a execução da dívida reduzida. Assim, há que ser fixada verba honorária única em favor do credor, a incidir sobre o valor remanescente em execução. Precedentes citados: EDcl no REsp 465.972-MG, DJ 23/8/2004; EDcl no REsp 139.343-RS, DJ 7/6/2004, e EREsp 598.730-SP, DJe

#### RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA. CHANCE.

A teoria de perda de uma chance (*perte d'une chance*) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal *a quo*, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o *quantum* indenizatório segundo seu livre arbítrio. Daí, é forçoso reconhecer presente o julgamento *extra petita*, o que leva à anulação do acórdão que julgou a apelação. Precedentes citados: REsp 1.079.185-MG, DJe 4/8/2009, e REsp 788.459-BA, DJ 13/3/2006. **REsp 1.190.180-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.**

---

#### MENSALIDADE. UNIVERSIDADE. COLAÇÃO. GRAU.

A universidade recorrida e os recorrentes, seus alunos, celebraram contrato de prestação de serviços para que ela lhes ministrasse aulas correspondentes a determinado número de créditos. Todavia, constatou-se, em certo período do curso, que a recorrida não cumpriu o avençado. Por isso, deve a universidade restituir aos recorrentes o que indevidamente recebeu a mais, em razão da caracterização do enriquecimento ilícito. O simples fato de já ter ocorrido a colação de grau não denota anuência dos recorrentes com o ilícito ou a aplicação do art. 971 do CC/1916, quanto mais se tanto pela via administrativa quanto pela judicial buscaram reconhecer seu direito à repetição, o que afasta cogitar de remissão ou renúncia. Contudo, visto que a universidade não realizou qualquer cobrança ofensiva ou vexatória que possa ter exposto os recorrentes ao ridículo, não há que falar de repetição em dobro nos moldes do art. 42, parágrafo único, do CDC. Precedentes citados: REsp 893.648-SC, DJe 15/10/2008; AgRg no Ag 925.130-SC, DJe 19/3/2009; REsp 871.825-RJ, DJe 23/8/2010, e REsp 872.666-AL, DJ 5/2/2007. **REsp 895.480-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.**

---

#### FALÊNCIA. REVOCATÓRIA. TERMO LEGAL.

Os critérios de fixação do termo legal da falência não podem ser revistos na ação revocatória, pois qualquer ilegalidade em sua fixação deve ser alegada no momento oportuno (art. 22, parágrafo único, do DL n. 7.661/1945 - antiga lei de quebras). Precedente citado: REsp 604.315-SP, DJe 8/6/2010. **REsp 623.434-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.**

---

#### **RESPONSABILIDADE. TERCEIRO. DESCUMPRIMENTO. ORDEM JUDICIAL.**

A Turma deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para desconstituir a penhora efetuada na "boca do caixa" da instituição financeira recorrente. *In casu*, o banco, após ordem judicial que determinou o bloqueio de conta-corrente da empresa falida, cumpriu-a parcialmente, bloqueando tão somente o saldo do dia em que recebida a determinação. Diante dessa indevida disponibilidade de valores, houve a decretação da penhora de importância equivalente à quantia debitada na referida conta desde o momento do recebimento da ordem. Nesse contexto, ressaltou o Min. Relator que a responsabilidade de terceiro à lide pelo descumprimento de ordem judicial, nos termos do art. 14, V e parágrafo único, do CPC, deve ser apurada em ação autônoma, mostrando-se violenta a constrição de bens de quem não é parte no processo sem que se observe o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. **RMS 29.213-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **ACP. LEGITIMIDADE. EFEITO ERGA OMNES.**

A Turma reiterou o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para demandar em ação civil pública (ACP) que busca a declaração de nulidade de cláusula contida em contrato padrão de instituição financeira - cobrança de comissão de permanência relativamente aos dias em atraso, calculada à taxa de mercado do dia do pagamento -, por se tratar de interesse individual homogêneo de usuários de serviços bancários (consumidores) nos termos do art. 127 da CF/1988 e dos arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I, ambos do CDC. Reafirmou, ainda, a orientação do STJ de que a sentença proferida em ACP faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator do *decisum*, conforme dispõe o art. 16 da Lei n. 7.347/1985, alterado pela Lei n. 9.494/1997. Precedentes citados do STF: RE 441.318-DF, DJ 24/2/2006; do STJ: REsp 794.752-MA, DJe 12/4/2010; REsp 537.652-RJ, DJe 21/9/2009; AgRg no REsp 441.999-DF, DJ 8/5/2006; AgRg no Ag 577.167-RS, DJ 25/10/2004; REsp 168.859-RJ, DJ 23/8/1999; EREsp 411.529-SP, DJe 24/3/2010; EREsp 293.407-SP, DJ 1º/8/2006, e AgRg nos EREsp 253.589-SP, DJe 1º/7/2008. **REsp 600.711-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/11/2010.**

---

**HC. CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA. TIPICIDADE.**

Na via estreita do *habeas corpus*, não se pode aprofundar a dilação probatória e, assim sendo, não há como conhecer a pretensão de causa excludente de ilicitude consubstanciada no estado de necessidade em razão de alegada crise financeira pela qual os pacientes passavam. No caso, os pacientes foram surpreendidos por policiais quando comercializavam DVDs e CDs adulterados e reproduzidos com violação de direito autoral. A tese alegada de que a conduta do paciente é socialmente adequada não deve prosperar, pois o fato de que parte da população adquire referidos produtos não leva à conclusão de impedir a incidência do tipo previsto no art. 184, § 2º, do CP. Os pacientes foram condenados a dois anos de reclusão, por lhes serem favoráveis as circunstâncias judiciais e, deferida a substituição da pena por restritiva de direito, não se justifica o regime prisional fechado, devendo-se estabelecer o regime aberto. Assim, a Turma denegou a ordem pela atipicidade da conduta e expediu *habeas corpus* de ofício para conceder o regime aberto mediante condições a serem estabelecidas pelo juiz da execução. **HC 147.837-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/10/2010.**

---

**LICENÇA. DESLOCAMENTO. CÔNJUGE. EXERCÍCIO PROVISÓRIO.**

No caso, servidora da Justiça trabalhista lotada em Porto Alegre formulou pedido administrativo para que lhe fosse concedida licença por motivo de deslocamento de cônjuge (art. 84 da Lei n. 8.112/1990), pois seu esposo foi aprovado em concurso público realizado em prefeitura no Estado do Rio de Janeiro, tendo tomado posse em 16/7/1999. Solicitou, ainda, que exercesse provisoriamente cargo compatível com o seu, o que poderia se dar no TRT da 1ª Região, com sede no Rio de Janeiro. Indeferido o pedido, ajuizou ação ordinária. A Turma, entre outras questões, entendeu que o pedido de concessão de licença formulado na referida ação possui natureza distinta da atinente ao instituto da remoção, previsto no art. 36, parágrafo único, III, a, da Lei n. 8.112/1990. O pedido está embasado no art. 84 da mencionada lei e, uma vez preenchidos pelo servidor os requisitos ali previstos, não há espaço para juízo discricionário da Administração, devendo a licença ser concedida, pois se trata de um direito do servidor, em que a Administração não realiza juízo de conveniência e oportunidade. Quanto ao exercício provisório em outro órgão, este é cabível, pois preenchidos todos os pressupostos para o seu deferimento. Sendo a autora analista judiciária, poderá exercer seu mister no TRT da 1ª Região. **REsp 871.762-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/11/2010.**

---

**DESPEJO. ARREMATÇÃO.**

Aperfeiçoada a arrematação do imóvel locado pela lavratura e assinatura do respectivo auto (art. 694 do CPC), o ex-proprietário não mais possui legitimidade *ad causam* para propor ação de despejo, visto que sub-rogados ao arrematante todos os direitos que decorrem da locação, cuja aquisição não depende de forma especial prevista em lei. Precedente citado: REsp 620.072-SP, DJ 3/10/2005. **REsp 833.036-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010.**

---

## CONCURSO. INTIMAÇÃO PESSOAL.

A Administração deve intimar pessoalmente o candidato quando, entre a data da homologação do resultado e a de sua nomeação, há razoável lapso de tempo. Esse dever é-lhe imposto mesmo que o edital não trate dessa intimação. É desarrazoada a exigência de que o candidato mantenha a leitura do diário oficial estadual por mais de um ano, quanto mais se, onde reside, sequer há circulação desse periódico. Precedentes citados: RMS 21.554-MG, DJe 2/8/2010; RMS 24.716-BA, DJe 22/9/2008, e RMS 22.508-BA, DJe 2/6/2008. **RMS 23.106-RR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010.**

---

## LOCAÇÃO. ASTREINTES. MULTA. NOVA TURBAÇÃO.

As *astreintes* (art. 461, § 4º, do CPC), que possuem a natureza coercitiva de compelir o devedor a cumprir a determinação judicial de obrigação de fazer ou não fazer, não se confundem com a multa do art. 921, II, daquele mesmo código, de natureza sancionatória e aplicável aos casos de nova turbacão da posse, daí ser possível a concomitância de suas imposições. Mostra-se coerente entender, apesar de não se desconhecer haver divergências na jurisprudência, que as *astreintes* são devidas desde o descumprimento da determinação judicial, mas só passam a ser exigíveis depois do trânsito em julgado da sentença, seja a multa fixada antecipadamente seja a fixada na sentença. Na hipótese, apesar de as *astreintes* serem fixadas antecipadamente, a sentença não as encampou. Contudo, é inequívoca a recalcitrância do réu em cumprir a determinação judicial até aquele ato, o que impõe concluir que a multa diária era devida até a prolação da sentença. Precedentes citados: AgRg nos EDcl no REsp 871.165-RS, DJe 15/9/2010; AgRg no REsp 1.153.033-MG, DJe 7/5/2010; REsp 1.022.038-RJ, DJe 22/10/2009; EDcl no REsp 865.548-SP, DJe 5/4/2010, e AgRg no REsp 1.096.184-RJ, DJe 11/3/2009. **REsp 903.226-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010.**

---

## HOMICÍDIO. ALCOOLEMIA.

O processo crime averigua a prática de homicídio e não de condução de veículo automotor sob influência de álcool (art. 306 do CTB). Assim, mesmo que se apure ser a quantidade de álcool detectada no etilômetro suficiente apenas para caracterizar infração administrativa, esse fato, por si só, não tem o condão de cessar a persecução criminal. Contudo, não há demonstração concreta a permitir a segregação cautelar do paciente, sendo-lhe permitido aguardar o julgamento em liberdade mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, além da necessária entrega ao juízo da carteira de habilitação para dirigir veículos. Precedentes citados do STF: HC 100.012-PE, DJe 26/2/2010; HC 101.055-GO, DJe 18/12/2009; do STJ: HC 48.208-GO, DJ 6/3/2006; HC 43.887-MG, DJ 26/9/2005; HC 141.553-MG, DJe 26/4/2010, e HC 117.769-SP, DJe 8/6/2009. **HC 162.678-MA, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010.**

---

## PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. TRÁFICO. DROGAS.

Conforme precedentes, não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de drogas, visto se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido. Dessarte, é irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida. Precedentes citados do STF: HC 88.820-BA, DJ 19/12/2006; HC 87.319-PE, DJ 15/12/2006; do STJ: HC 113.757-SP, DJe 9/2/2009; HC 81.590-BA, DJe 3/11/2008; HC 79.661-RS, DJe 4/8/2008, e HC 55.816-AM, DJ 11/12/2006. **HC 122.682-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **TRÁFICO. DROGAS. CONTINUIDADE DELITIVA.**

Com referência ao crime de tráfico de drogas, a Turma, por maioria, entendeu, entre outros tópicos, que a jurisprudência do STJ é pacífica quanto a permitir o aumento de pena pela continuidade delitiva ao se levar em conta o número de infrações. Assim, na hipótese, de quatro delitos, entendeu correta a exacerbação da pena em um quarto em razão do crime continuado. O voto divergente do Min. Jorge Mussi entendia não ser possível aplicar ao delito de tráfico de drogas a figura do crime continuado em razão de sua natureza de crime permanente. O Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) acompanhou a maioria com ressalvas. Precedentes citados: HC 112.087-SP; HC 125.013-MS, DJe 30/11/2009; HC 106.027-RS, DJe 23/8/2010; HC 103.977-SP, DJe 6/4/2009; HC 44.229-RJ, DJ 20/3/2006, e HC 30.105-SP, DJ 18/4/2005. **HC 115.902-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **CONSELHO. FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. RJU.**

Conforme a jurisprudência e doutrina predominantes lastreadas nos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, e 22, XVI, da CF/1988, os conselhos federais e regionais de fiscalização do exercício profissional, por exercer funções tipicamente públicas, possuem a natureza jurídica de autarquias. Assim, quanto ao regime jurídico que deve ser adotado por eles na contratação de seus servidores, ao se sopesar a legislação (DL n. 968/1969, art. 243 da Lei n. 8.112/1990, art. 58 da Lei n. 9.649/1998 e EC n. 19/1998), além do que decidiu o STF no julgamento de ADIs, firmou-se a jurisprudência de que aqueles conselhos devem adotar o regime jurídico único (RJU), ressalvadas as situações consolidadas na vigência de legislação editada nos termos da EC n. 19/1998. Anote-se que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) constitui exceção à regra, pois sua peculiar natureza jurídica não permite classificá-la como autarquia, tal qual já decidiu também o STF, que permitiu à Ordem firmar contratos de trabalho regidos pela CLT. Com esse entendimento, ao prosseguir o julgamento, a Turma concedeu a segurança para determinar aos conselhos profissionais impetrados (excetuada a OAB) tomar as providências cabíveis para implantar o RJU em seu âmbito, observada a ressalva referente à legislação editada conforme a EC n. 19/1998 (ver Informativo do STF n. 474). Precedentes citados do STF: ADI 1.717-DF, DJ 28/3/2003; ADI 2.135 MC-DF, DJ 2/8/2006; ADI 3.026-DF, DJ 29/9/2006; MS 22.643-SC, DJ 4/12/1998; do STJ: CC 100.558-SP, DJe 4/9/2009; CC 43.623-PR, DJ 11/10/2004, e REsp 820.696-RJ, DJe 17/11/2008. **REsp 507.536-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 18/11/2010.**

---

**VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CASAMENTO COM TERCEIRO. EXTINÇÃO. PUNIBILIDADE.**

*In casu*, o ora recorrente foi denunciado como incurso nos arts. 214 e 218 do CP. Em defesa prévia, manifestou-se pelo reconhecimento da extinção da punibilidade em virtude de a vítima ter contraído matrimônio com terceiro, sem requerer formalmente o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração do seu casamento, nos termos do que dispõe o art. 107, VIII, do CP. Contudo, o referido pleito foi indeferido ao argumento de que o crime de atentado violento ao pudor que estava sendo apurado teria ocorrido mediante violência ou grave ameaça, não se aplicando o referido dispositivo legal. A sentença, porém, condenou-o somente como incurso nas sanções do art. 214 c/c o art. 71, ambos do CP, isto é, à pena privativa de liberdade de sete anos de reclusão no regime integralmente fechado. Em apelação, tal *decisum* foi mantido pelo tribunal *a quo*. No REsp, sustenta o recorrente, além da inépcia da denúncia, a nulidade da sentença por meio de suposta ofensa aos arts. 41 e 381 do CPP. Inicialmente, destacou a Min. Relatora que a referida causa extintiva de punibilidade constava do revogado inciso VIII do art. 107 do CP, vigente à época, haja vista sua revogação ter ocorrido apenas em 2005, mediante a Lei n. 11.106. Ressaltou que, por ser alteração legislativa prejudicial ao réu, em nada influenciou a possibilidade de se reconhecer a extinção da punibilidade. Ressaltou, ainda, que, na hipótese, verifica-se existir cópia da certidão de casamento, comprovando, portanto, o enlace matrimonial com terceiro. Também observou a Min. Relatora que, no que concerne à necessidade de o crime não ter sido praticado com violência ou grave ameaça, constata-se que, mesmo que o juízo *a quo* e o tribunal de origem tenham rejeitado a aplicação da dita causa de extinção da punibilidade ao argumento de que o crime foi perpetrado com grave ameaça, a denúncia se refere à violência presumida, e a sentença condenatória nada relatou acerca da ocorrência de violência ou grave ameaça. Assim, entendeu que, se não foi descrita na denúncia e nada trouxe a sentença sobre em que consistia a violência ou grave ameaça, não se podem considerar essas últimas apenas para não incidir, na espécie, a causa extintiva da punibilidade constante do revogado inciso VIII do art. 107 do CP. Diante dessas considerações, a Turma reconheceu extinta a punibilidade do agente na forma do art. 61 do CPP, entendendo pela incidência da causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107, VIII, do CP, vigente à época dos fatos, e julgou prejudicado o REsp. Precedentes citados: HC 45.346-SC, DJ 5/6/2006, e HC 9.042-GO, DJ 11/12/2000. **REsp 915.286-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/11/2010.**

---

**AGRESSÃO. VIAS DE FATO. RELAÇÕES DOMÉSTICAS.**

Na hipótese, o ora paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, a 15 dias de prisão simples, por prática descrita como contravenção penal (art. 21 do DL n. 3.688/1941), sendo substituída a pena corporal por restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade. A apelação interposta pelo MP foi provida, reformando a sentença para fixar a impossibilidade de substituição em face da violência, concedendo, de outra parte, o *sursis*, ficando a cargo da execução os critérios da suspensão condicional da pena. Sobreveio, então, o *habeas corpus*, no qual se alegou que vias de fato, ou seja, a contravenção cometida pelo paciente, diferentemente da lesão corporal, não provoca ofensa à

integridade física ou à saúde da vítima. Salientou-se que é perfeitamente possível substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, pois a violência e a grave ameaça que obstam a concessão da benesse devem resultar de crime grave que traga perigo à vida da vítima, e não de crime de menor potencial ofensivo, como no caso. Além disso, aduziu-se que a substituição é a medida mais adequada à realidade do caso concreto, pois é certo que, sendo direito subjetivo do paciente, ela não pode ser negada, notadamente porque não há, quanto aos delitos praticados com violência doméstica, tratamento diferenciado. A Turma concedeu a ordem pelos fundamentos, entre outros, de que é razoável supor, assim como defendido na impetração, que a violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos seja aquela de maior gravidade e não, como na espécie, mera contravenção de vias de fato, chamada por alguns até mesmo de "crime anão", dada a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social. Consignou-se, ademais, que, no caso, a agressão sequer deixou lesão aparente, daí porque soa desarrazoado negar ao paciente o direito à substituição da pena privativa de liberdade; pois, em última *ratio*, estar-se-ia negando a incidência do art. 44 do CP, visto que a violência, pela sua ínfima repercussão na própria vítima ou no meio social, não impede, antes recomenda, sejam aplicadas penas alternativas, inclusive em sintonia com a própria Lei Maria da Penha, notadamente a sua *mens*, expressa no seu art. 45, que promoveu alteração no parágrafo único do art. 152 da Lei n. 7.210/1984. Precedente citado: HC 87.644-RS, DJe 30/6/2008. **HC 180.353-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/11/2010.**

---

#### **RECEPTAÇÃO. QUADRILHA. REFORMATIO IN PEJUS.**

*In casu*, o ora paciente foi condenado à pena de quatro anos e seis meses de reclusão em regime semiaberto pela prática dos delitos tipificados no art. 180, § 1º, c/c art. 29 e art. 70, duas vezes, e no art. 288 na forma do art. 69, todos do CP. Em apelação, reconheceu-se o cometimento do delito de receptação apenas uma vez, em concurso com o crime de formação de quadrilha, reduzindo-se a pena imposta. No *habeas corpus*, sustenta-se, entre outras questões, que houve um equívoco não sanado na via dos embargos de declaração, a questão da redução da pena, o que possivelmente daria o direito ao paciente de cumpri-la no regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao apreciar o *writ*, asseverou a Min. Relatora que o tribunal *a quo* promoveu reforma na sentença, afastando o concurso formal. Não obstante, o *quantum* da reprimenda quanto ao crime de receptação não sofreu alteração, porque o colegiado, apesar disso, fez incremento de um sexto em razão do significado econômico dos medicamentos receptados. Isso, contudo, afigura-se incongruente; pois, após fixar a pena-base no mínimo legal, ou seja, três anos, fez o mencionado aumento fora dos ditames dos arts. 59 e 68 do CP, pois o significado econômico da receptação não se enquadra nas duas etapas posteriores, ou seja, circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas de diminuição e de aumento. Ressaltou que, nesse particular, o acórdão promoveu *reformatio in pejus*, pois se trata de consideração não aventada pela sentença que, como visto, depois de encontrar uma pena-base no mínimo legal, promoveu um único aumento relativo ao concurso formal. Assim, afastado esse pelo julgado combatido, não podia ser aplicado outro tipo de aumento, não contemplado na instância singular e tampouco objeto de recurso, ainda mais porque desprovido de previsão legal, nos moldes em que engendrado. Diante disso, a Turma concedeu a ordem para reduzir a pena pelo crime de receptação qualificada (art. 180, § 1º, do CP) a três anos de reclusão e fixar o regime aberto para o

início do cumprimento (art. 33, § 2º, c, e § 3º, do mesmo código) do total da reprimenda, que é de quatro anos em face também da condenação de um ano pelo crime de quadrilha. Precedente citado: REsp 225.248-MG, DJ 6/3/2006. HC 177.401-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/11/2010.

---

## **GESTÃO TEMERÁRIA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.**

*In casu*, conforme os autos, o paciente foi denunciado pelo delito de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986. Foi condenado, contudo, pelo crime de gestão fraudulenta à pena de três anos de reclusão, além de 10 dias-multa, substituída a sanção corporal por restritivas de direito. O tribunal *a quo* proveu parcialmente a apelação da defesa a fim de condenar o paciente a dois anos de reclusão pelo crime de gestão temerária, nos termos da denúncia ofertada, declarando extinta a punibilidade pela prescrição retroativa. Opostos embargos de declaração pelo MPF, esses foram acolhidos com efeitos infringentes, para, restabelecer a sentença condenatória. Daí adveio o *habeas corpus* em que se pretendeu a cassação do acórdão que acolheu os embargos de declaração opostos pelo MP por serem intempestivos, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, bem como a anulação do julgamento dos aclaratórios, visto que os desembargadores que os apreciaram, principalmente, o relator, não foram os mesmos que compunham o órgão responsável pelo exame do acórdão embargado, circunstância que teria afrontado os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz. Ao apreciar o *writ*, salientou o Min. Relator que, na hipótese, o tribunal *a quo* acabou por reapreciar a causa nos embargos de declaração opostos pelo MP, isto é, reformou o julgado anterior em prejuízo do réu, sem que estivesse presente alguma omissão, contradição ou obscuridade, ou até mesmo algum erro sobre premissa fática que, de forma excepcional, autorizasse a modificação do julgado. Em verdade, os embargos de declaração ministeriais serviram para que se procedesse à nova avaliação das provas, a fim de que se concluísse ser o caso de crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, e não gestão temerária. Ressaltou que, nesse contexto, o que se operou, nos embargos de declaração opostos pelo MP, foi verdadeira reversão de julgado, circunstância que consubstancia evidente constrangimento ilegal. Salientou, ainda, que o fato de o órgão fracionário que proferiu a decisão no tribunal de origem encontrar-se composto, à época do julgamento dos embargos de declaração, por outros desembargadores não autoriza àquele órgão distanciar-se das balizas contidas no art. 619 do CPP. Observou que a reforma do julgado, se fosse o caso, somente poderia ser operada em recursos de natureza extraordinária. Destacou, por fim, o Min. Relator que a possibilidade de rediscussão pelo próprio tribunal do mérito da decisão proferida na apelação, fora a revisão criminal, está adstrita à hipótese dos chamados embargos infringentes. Porém, tal recurso, previsto no art. 609 do CPP, é privativo da defesa, não do MP, e somente pode ser manejado contra acórdão não unânime, o que, sequer, foi o caso. Diante desses fundamentos, a Turma denegou a ordem, mas concedeu *habeas corpus* de ofício para cassar o acórdão proferido nos embargos de declaração ministeriais, restabelecendo a decisão exarada na apelação. Precedentes citados: EDcl no AgRg no Ag 1.281.210-MG, DJe 13/9/2010; EDcl no HC 135.211-SP, DJe 14/6/2010; EDcl no AgRg no REsp 1.055.421-RS, DJe 7/6/2010; Pet 4.284-RJ, DJe 15/3/2010; EDcl no REsp 859.815-RS, DJe 21/6/2010; EDcl no REsp 599.653-SP, DJ 22/8/2005; EDcl nos EDcl no AgRg no AG 1.027.718-MG, DJe 24/5/2010; EDcl no AgRg nos EDcl nos EREsp 1.110.359-SC, DJe 16/9/2010; EDcl no AgRg no Ag 1.166.436-RJ,

DJe 18/12/2009 e EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 415.691-DF, DJ 9/10/2006. **HC 155.811-AL, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16/11/2010.**

---

#### **INTIMAÇÃO. DEFENSOR DATIVO. INÉRCIA. ADVOGADO.**

Trata-se de paciente condenado a nove anos e cinco meses de reclusão em regime inicial fechado e mais 30 dias-multa pelo crime de roubo (art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 14, II, e art. 69, todos do CP). Noticiam os autos que houve apelação, mas os advogados constituídos deixaram de apresentar em tempo as razões; por esse motivo, o paciente foi intimado por edital para constituir novo patrono. No entanto, devido a sua inércia, foi-lhe nomeada defensora pública, que pugnou por sua absolvição e, subsidiariamente, pela redução da pena. Então, o TJ não conheceu da apelação porque o paciente não fora recolhido à prisão; contudo, posteriormente, em *habeas corpus*, foi concedida a ordem para determinar o julgamento da apelação. Para esse julgamento da apelação, a defensora pública foi intimada pessoalmente. Agora, em novo *habeas corpus*, alega a nulidade do julgamento da apelação por falta de intimação do defensor constituído, afirmando afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal por impossibilitar sua sustentação oral. Para o Min. Relator, é cediço que a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que constitui nulidade, por cerceamento de defesa, a falta de intimação válida do defensor constituído da sessão de julgamento da apelação. Entretanto, observa que não é essa a hipótese dos autos, visto que, no caso, os advogados constituídos deixaram de apresentar as razões de apelação, bem como o paciente permaneceu silente após a intimação para constituir novo procurador, por esse motivo o tribunal *a quo* tomou as providências cabíveis, nomeando uma defensora pública ao paciente para garantir sua ampla defesa. Por outro lado, explica que a defensora pública apresentou as razões recursais após ter sido intimada pessoalmente do dia da sessão de julgamento da apelação, conseqüentemente, não houve a alegada nulidade, uma vez que a defensora pública então responsável pela condução do processo foi devidamente cientificada. Conclui que, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal a partir da nomeação do defensor dativo, o defensor constituído não precisa mais ser intimado dos demais atos do processo. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados do STF: HC 73.807-SC, DJ 31/5/1996; do STJ: HC 66.599-SP, DJ 3/12/2007, e HC 81.504-BA, DJe 14/4/2008. **HC 147.345-PB, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ADVOGADO. PRISÃO ESPECIAL.**

Trata-se de recorrente denunciado pela suposta prática de atentado violento ao pudor (nove vezes, em continuidade delitiva). Na condição de professor, ele teria praticado atos libidinosos com suas alunas. Há notícia de que a sentença o condenou à pena de 15 anos, 5 meses e 12 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, sendo mantida a segregação cautelar. Houve apelação, à qual se deu parcial provimento apenas para reduzir a reprimenda para 12 anos, 11 meses e 18 dias de reclusão. Neste recurso, sustenta que, por ser advogado legalmente habilitado, possui direito a ser recolhido em sala de Estado Maior ou, na ausência desta, em prisão domiciliar, conforme estabelecido no inciso I do art. 7º da Lei n. 8.906/1994. Para o Min. Relator, o acórdão impugnado não merece reparos, pois afastou a pretensão do recorrente ao argumento de que, à época dos fatos, não havia a

comprovação de que o acusado efetivamente exercesse a advocacia, condição necessária para o deferimento do benefício, decisão que está de acordo com precedente deste Superior Tribunal. Ressalta, ainda, que, ao contrário, consta dos autos que, ao tempo do crime, o recorrente estava à frente de escola de sua propriedade, exercendo, ainda, a função de professor de informática. Com esse entendimento, a Turma negou provimento ao RHC. Precedente citado: HC 76.974-RJ, DJ 19/12/2007. **RHC 27.152-GO, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18/11/2010.**

---

#### **ROUBO. ARMA. DISPARO. MAJORANTE.**

A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* apenas para fixar o regime semiaberto. O paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, I, c/c o art. 61, II, **h**, ambos do CP, à pena de seis anos de reclusão em regime semiaberto e 13 dias-multa. Sucede que o tribunal *a quo* deu provimento à apelação do *parquet* para fixar o regime fechado. Assim, no *habeas corpus*, a impetração buscou desconstituir a majorante pelo emprego de arma de fogo e, como consequência, o regime aberto para o cumprimento da pena. Para o Min. Relator, não há dúvidas quanto à aplicação da majorante, visto que houve disparos durante o roubo no interior do estabelecimento da vítima e outros disparos durante a prisão do paciente. Destaca, ainda, que, além dos disparos, não houve apreensão da arma nem sua perícia para a comprovação de sua lesividade, o que, a teor da jurisprudência da Turma, seria causa impeditiva para a incidência da majorante. Contudo, hoje o entendimento majoritário da Sexta Turma coincide com o da Quinta Turma de que o disparo de arma efetuado durante a prática do delito é suficiente para demonstrar a potencialidade lesiva da arma, ainda que somente trazido aos autos em prova testemunhal. Precedentes citados: HC 126.108-MS, DJe 16/8/2010; HC 168.663-SP, DJe 2/8/2010, e HC 123.213-SP, DJe 20/9/2010. **HC 177.215-RJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado TJ-CE), julgado em 18/11/2010.**