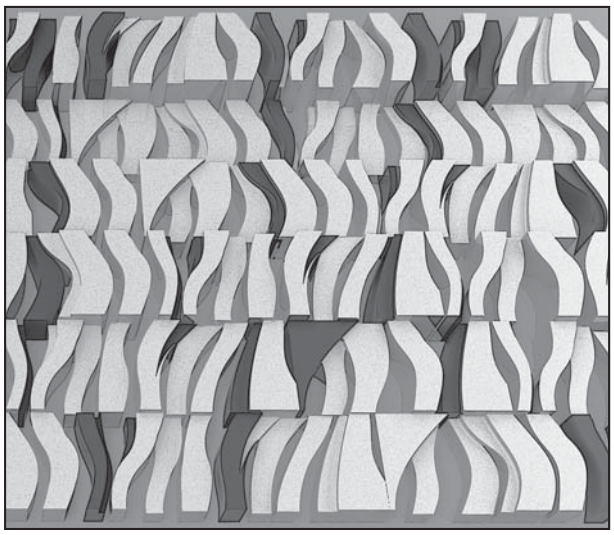
Revista

Superior Tribunal de Justiça



Publicação Oficial

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Volume 244, Tomo 2
Ano 28
Outubro/Novembro/dezembro 2016

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor
Ministro Luis Felipe Salomão

Chefe de Gabinete
Frederico Leandro Gomes

Servidores
Gerson Prado da Silva
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Marilisa Gomes do Amaral

Técnica em Secretariado
Maria Luíza Pimentel Melo

Mensageiro
Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça
www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br
Gabinete do Ministro Diretor da Revista
Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,
Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900
Telefone (61) 3319-8055/3319-8003, Fax (61) 3319-8992

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

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

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Luis Felipe Salomão
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministra **Laurita** Hilário **Vaz** *(Presidente)*
Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins** *(Vice-Presidente)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto
Ministra Fátima **Nancy Andrighi** *(Coordenadora do Centro de Soluções de Consensuais de Conflitos)*
Ministro **João Otávio de Noronha** *(Corregedor Nacional de Justiça)*
Ministra **Maria Thereza** Rocha **de Assis Moura** *(Diretora-Geral da ENFAM)*
Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes**
Ministro **Luis Felipe Salomão** *(Diretor da Revista)*
Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques** *(Corregedor-Geral da Justiça Federal)*
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** *(Ouvidor)*
Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**
Ministro **Marco** Aurélio Gastaldi **Buzzi**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira
Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**
Ministro **Sérgio** Luíz **Kukina**
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Rogerio 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)

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

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

Ministro **Herman Benjamin** *(Presidente)*

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

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

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

Ministra **Assusete Magalhães** *(Presidente)*
Ministro **Francisco Falcão**
Ministro **Herman Benjamin**
Ministro **Og Fernandes**
Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

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

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

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** *(Presidente)*
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**
Ministro **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Moura Ribeiro**

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

Ministra **Isabel Gallotti** *(Presidente)*
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Raul Araújo**
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**
Ministro **Marco Buzzi**

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

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

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

Ministro **Felix Fischer** *(Presidente)*
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**
Ministro **Ribeiro Dantas**
Ministro **Joel Ilan Paciornik**

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

Ministro **Rogerio Schietti Cruz** *(Presidente)*
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**
Ministro **Sebastião Reis Júnior**
Ministro **Nefi Cordeiro**
Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** *(Presidente)*
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Gurgel de Faria**
Ministro **Nefi Cordeiro** *(Suplente)*

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Jorge Mussi** *(Presidente)*
Ministro **Raul Araújo**
Ministro **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Moura Ribeiro** *(Suplente)*

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Luis Felipe Salomão** *(Presidente)*
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze**
Ministro **Jorge Mussi** *(Suplente)*

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Mauro Campbell Marques** *(Presidente)*
Ministra **Isabel Gallotti**
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**
Ministro **Sebastião Reis Júnior**
Ministro **Sérgio Kukina**
Ministro **Rogerio Schietti Cruz**

GESTORA DE PRECEDENTES

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** *(Presidente)*
Ministra **Assusete Magalhães**
Ministro **Rogerio Schietti Cruz**

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

Ministra **Laurita Vaz** *(Presidente)*
Ministro **Humberto Martins** *(Vice-Presidente)*
Ministro **Mauro Campbell Marques** *(Corregedor-Geral da Justiça Federal)*

Membros Efetivos
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo**

Membros Suplentes
Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**
Ministra **Isabel Gallotti**
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** *(Diretora-Geral)*
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** *(Vice-Diretor)*
Ministro **Mauro Campbell Marques** *(Diretor do CEJ/CJF)*
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro **Og Fernandes**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Herman Benjamin** *(Corregedor-Geral)*
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** *(Efetivo)*
Ministro **Jorge Mussi** *(1º Substituto)*
Ministro **Og Fernandes** *(2º Substituto)*

SUMÁRIO

TOMO 1

JURISPRUDÊNCIA

Corte Especial 17

Primeira Seção 95

Primeira Turma 173

Segunda Turma 223

Segunda Seção 341

Terceira Turma 379

TOMO 2

JURISPRUDÊNCIA

Quarta Turma 579

Quinta Turma 809

Sexta Turma 919

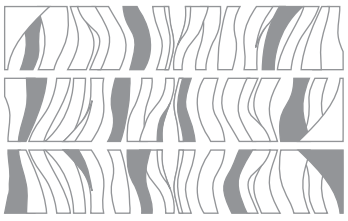
SÚMULAS 1079

ÍNDICE ANALÍTICO 1115

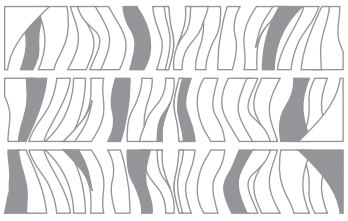
ÍNDICE SISTEMÁTICO 1135

SIGLAS E ABREVIATURAS 1141

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1147



Jurisprudência



Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 913.687-SP (2007/0002876-5)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Joice Helena Armelin

Advogado: Mauro Rosner e outro(s) - SP107633

Recorrido: Beneficência Médica Brasileira S/A Hospital e Maternidade São Luiz

Advogado: Norberto Bezerra Maranhao Ribeiro Bonavita e outro(s) - SP078179

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Consumidor. Ação de reparação de danos materiais e morais contra hospital. Erro médico. Negligência durante internação e intervenção cirúrgica. Denunciação da lide à médica que realizou a cirurgia (CPC/1973, art. 70, III). Interpretação do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso desprovido.

1 - A norma do art. 88 do CDC, que proíbe a denunciação à lide, consubstancia-se em regra insculpida em benefício do consumidor, atuando em prol da brevidade do processo de ressarcimento de seus prejuízos, em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, devendo, por esse motivo, ser arguida pelo próprio consumidor, em seu próprio benefício.

2 - Desse modo, na hipótese de deferimento da denunciação requerida pelo réu sem insurgência do consumidor promovente, legitimado a tal, descabe ao denunciado fornecedor invocar em seu benefício a regra de afastamento da denunciação para eximir-se de suas responsabilidades perante o denunciante, desvirtuando regra concebida em favor do consumidor em juízo.

3 - *In casu*, tendo havido já condenação nas instâncias ordinárias, sem prejuízo para o consumidor, a interpretação do art. 88 do CPC deve ser realizada em harmonia com o princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciários, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo, não havendo

justificativa, no caso, para se cassar a decisão de admissão da denunciação da lide.

4 - Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 4.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Nos autos da ação de indenização que *Janice Lima de Araújo* e *outro* movem em desfavor de *Beneficência Médica Brasileira S/A - Hospital e Maternidade São Luiz* e *Sul América Serviços Médicos Ltda*, objetivando reparação por danos materiais e morais decorrentes de lesões que a primeira autora sofrera quando de sua internação para cirurgia de parto e extirpação de cisto ovariano e respectivo tratamento (esquecimento de uma compressa cirúrgica no abdômen da autora e subsequentes equívocos nos exames e interpretações que constatariam o ocorrido), o il. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível do Foro Central da Capital deferiu pedido de denunciação da lide, formulado pela primeira ré, da médica que realizou a cirurgia, Dra. *Joice Helena Armelin* (decisão de fls. 90/91).

A profissional denunciada interpôs, na origem, agravo de instrumento contra essa decisão, argumentando, em síntese, *verbis*:

> Evidentemente não se está diante da hipótese legalmente prevista para a denunciação da lide.

> Inexiste entre o agravado Hospital São Luiz e a agravante qualquer contrato ou dispositivo legal garantindo que, em caso de condenação da primeira, a segunda tem o dever de indenizá-la em ação regressiva.
>
> Se o agravado não é responsável pelos fatos narrados pela autora, por óbvio os pedidos iniciais serão julgados improcedentes. Caso seja apurada a responsabilidade daquela empresa pelos fatos articulados, então responderá ela por sua conduta.
>
> Não há qualquer espaço, na realidade dos autos de origem, para se inserir, por vontade do agravado, a ora agravante no pólo passivo da demanda, tampouco responsabilizá-la regressivamente em caso de eventual condenação.
>
> Inexistindo contrato entre a agravante e o agravado, bem como dispositivo legal que preveja a responsabilidade regressiva da primeira em face do segundo, por óbvio o agravado está querendo inserir no feito de origem discussão paralela, inadmissível da relação processual eleita pela inicial.
>
> Na verdade, procura o agravado estabelecer nova lide dentro daquela já instaurada, com discussão profunda e ampla sobre responsabilidade, de modo, ao que parece, a demonstrar que a ora agravante e não ele é quem teria "culpa" pelo ocorrido. (fls. 6/7)

O eg Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, em aresto assim ementado:

> Agravo de instrumento. Ação de reparação de danos. Deferimento do pleito de denunciação da lide. Providências relativas à intervenção cirúrgica foram comandadas pela agravante, desde o pré-natal até atendimentos pré-hospitalares. A agravante é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos causados na cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção. Recurso improvido. (fl. 158)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 174/177).

Inconformada, Joice Helena Armelin interpõe o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sustentando, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 70, III, do CPC/1973 e 88 do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, alega o seguinte, *verbis*:

> Como consta do agravo, a pretensão da litisdenunciante (recorrida) é a de elidir sua culpa imputando-a à litisdenunciada (recorrente), sendo que esta última indicou que a discussão que se pretende travar gira em torno não do ato cirúrgico, mas dos atos de apoio, onde funcionária da litisdenunciante (recorrida) foi a responsável pelos danos narrados pela autora da ação, tudo a implicar,

pois, em criação de demanda dentro daquela já em curso. Em complemento, a denunciação à lide está embasada pura e simplesmente em eventual direito de regresso, só apurável após regular instrução do feito, inexistindo dispositivo legal ou contrato que estabeleça obrigação da agravante de garantir o resultado da demanda em face da litisdenunciante.

(...)

No presente caso, os autores do feito de origem ajuizaram ação contra Hospital São Luiz e Sulamérica, imputando a estas a responsabilidade pelas lesões que sofreu decorrente de internação e tratamento, pleiteando, por isso, que as mesmas lhes paguem indenização por danos materiais e morais decorrentes dos fatos.

O recorrido Hospital São Luiz contestou a inicial argumentando que não teve culpa pelos fatos ocorridos, não sendo responsável pelas lesões sofridas pelos autores, razão pela qual não tem qualquer obrigação em indenizá-los. Paralelamente, afirma que a ora recorrente seria a responsável pelos fatos narrados pelos autores, razão pela qual denuncia a lide à ela.

Evidentemente não se está diante da hipótese legalmente prevista para a denunciação da lide.

Inexiste entre o recorrido Hospital São Luiz e a recorrente qualquer contrato ou dispositivo legal garantindo que, em caso de condenação da primeira, a segunda tem o dever de indenizá-la em ação regressiva.

Se o recorrido não é responsável pelos fatos narrados pela autora, por óbvio os pedidos iniciais serão julgados improcedentes. Caso seja apurada a responsabilidade daquela empresa pelos fatos articulados, então responderá ela por sua conduta.

Não há qualquer espaço para se inserir, por vontade do recorrido, a ora recorrente no polo passivo da demanda, tampouco responsabilizá-la regressivamente em caso de eventual condenação.

Inexistindo contrato entre a recorrente e o recorrido, bem como dispositivo legal que preveja a responsabilidade regressiva da primeira em face do segundo, por óbvio o recorrido está querendo inserir no feito de origem discussão paralela, inadmissível da relação processual eleita pela inicial.

A decisão ora recorrida, ao admitir a denunciação à lide, autoriza que se estabeleça nova lide dentro daquela já instaurada, com discussão profunda e ampla sobre responsabilidade, onde o objeto será a demonstração de quem teria "culpa" pelo ocorrido. (fls. 181/182)

Prosseguindo, as razões recursais asseveram:

Além dos fundamentos acima elencados, é certo que a pretensão inicial no feito de origem reside em relação de consumo, fundamentando-se, o pleito da autora, na legislação de defesa do consumidor.

> Fundada em relação de consumo, a pretensão não pode ficar sujeita a entraves e retardamentos, motivo pelo qual optou o legislador em elidir, dentre outros percalços processuais, a hipótese de denunciação da lide.
>
> Em assim sendo, por expressa vedação legal, a denunciação da lide não era cabível e deveria ser de pronto rechaçada, bastando conferir o disposto no art.88 do Código de Defesa do Consumidor.
>
> Inobstante essa realidade, o E. Tribunal *a quo* rechaçou a aplicação do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que o mesmo só teria aplicação nas situações estabelecidas pelo art. 13 da mesma Lei.
>
> A negativa de vigência ao dispositivo antes referido é evidente, sobretudo porque é afrontado o fundamento maior que motiva a existência daquele dispositivo legal, qual seja, o de evitar retardamentos e entraves para o consumidor que procura exercer seus direitos.
>
> E é exatamente por força daquele princípio que o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor não enfrenta limitação no art. 13 da mesma Lei, como tem entendido a doutrina e a jurisprudência.
>
> A regra do art. 13 do Código de Defesa do Consumidor deve ser entendida dentro da interpretação sistemática dos princípios informadores de proteção ao consumidor, motivo pelo qual a vedação da denunciação à lide é geral e ilimitada em todas as ações envolvendo relação de consumo, posto que se trata de expediente processual que introduz complicadores no polo passivo da relação de responsabilidade, em detrimento dos consumidores.
>
> É exatamente o que ocorre no presente caso, onde a lide principal estará relegada a segundo plano, travando-se extensa e aprofundada discussão entre litisdenunciante e litisdenunciada envolvendo responsabilidades, condutas profissionais, direitos e deveres de cada qual, sendo notório o prejuízo à autora da ação, decorrente do evidente entrave e retardamento para a solução da demanda que ajuizou. (fls. 187/188)

Apresentadas contrarrazões (fls. 256/273), o recurso foi inadmitido na origem (fls. 278/279), tendo ascendido a esta Corte em razão de provimento do Agravo de Instrumento 792.392/SP (fl. 305).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Conforme se extrai dos autos, *Janice Lima de Araújo* narra, na inicial da ação de reparação de danos, que, por negligência da equipe pertencente ao *Hospital São Luiz*, que a assistiu no ato

da cirurgia do parto, foi esquecida no interior de seu abdômen uma compressa cirúrgica provocando grave infecção e, quase um ano após, quando identificado o ocorrido, foi submetida, em outro hospital, a uma cirurgia de urgência, em que perdeu parte do tecido intestinal, devido às lesões na alça intestinal, provocando, ainda, sequelas estéticas e emocionais.

Na decisão de origem, foi deferida a denunciação da lide, requerida pelo *Hospital e Maternidade São Luiz*, da médica que realizara a cirurgia, Dra. *Joice Helena Armelin*, ora recorrente, sob o seguinte fundamento:

> Fica deferido o pedido de denunciação da lide formulado pela có-ré Beneficência Médica Brasileira S/A - Hospital e Maternidade São Luiz. A médica que realizou a cirurgia está, em tese, legalmente obrigada a indenizar a referida co-ré em ação regressiva, na eventualidade de a ação ser julgada procedente, o que torna necessário o acolhimento da litisdenunciação (Código de Processo Civil, artigo 70, inciso III), cabendo observar que a intervenção de terceiros não encontra a vedação aludida pelos autores na réplica à contestação (Código de Defesa do Consumidor, artigo 88), considerando que a controvérsia entre as partes não se identifica com a do artigo 13 da Lei n. 8.078/1990. (fl. 91)

Essa decisão foi confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento manejado apenas pela médica denunciada.

Nas razões do recurso especial, são apontados como violados os arts. 70, III, do CPC/1973 e 88 do Código de Defesa do Consumidor. Para facilitar a compreensão, são transcritos:

> CPC/1973: Art.70: A denunciação da lide é obrigatória:
>
> I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;
>
> II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;
>
> *III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda*.
>
> *CDC: Art. 13:* O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:
>
> I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

> II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
>
> III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.
>
> *Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.*
>
> *CDC: Art. 88:* Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

Em relação ao alcance dos mencionados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça já uniformizou entendimento de que "a vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)" (REsp 1.165.279/SP, Rel. *Ministro* ***Paulo de Tarso Sanseverino***, DJe de 28.5.2012).

Nesse mesmo sentido: AgRg no AgRg no AREsp 546.629/SP, Rel. *Ministro* ***Antonio Carlos Ferreira***, DJe de 11.3.2015; e EDcl no Ag 1.249.523/RJ, desta relatoria, DJe de 20.6.2014.

Portanto, foi propósito do legislador não permitir a denunciação da lide de modo a não retardar a tutela jurídica do consumidor, dando celeridade ao seu pleito indenizatório, evitando a multiplicação de teses e argumentos de defesa que dificultem a identificação da responsabilidade do fornecedor do serviço.

Assim, se, de um lado, a denunciação da lide (CPC/1973, art. 70) é modalidade de intervenção de terceiros que favorece apenas o réu denunciante (fornecedor, no caso), na medida em que este objetiva a responsabilização regressiva do denunciado, de outro lado, a norma do art. 88 do CDC consubstancia-se em regra insculpida totalmente em benefício do consumidor, atuando em prol do ressarcimento de seus prejuízos o mais rapidamente possível, em face da responsabilidade objetiva do fornecedor.

Deve, por esse motivo, ser arguida pelo próprio consumidor, em seu próprio benefício, de modo a não se admitir a produção de provas que não interessem ao consumidor em juízo, sendo a sua proteção o objetivo almejado pelo Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denunciação à lide.

Na hipótese, porém, de deferimento da denunciação sem insurgência do consumidor legitimado a tal, opera-se a preclusão, sendo descabido ao corréu fornecedor invocar em seu benefício a regra de afastamento da denunciação.

Trata-se de direito subjetivo público assegurado ao consumidor para a facilitação de sua defesa. Não pode, portanto, ser arrebatado por corréu litisdenunciado para eximir-se de suas responsabilidades perante o denunciante, desvirtuando regra concebida em favor do consumidor em juízo.

Em situação assemelhada, decidiu esta Corte:

> Direito *Processual Civil e Consumidor*. Contrato de financiamento imobiliário. Contrato de adesão. *Convenção de arbitragem*. Possibilidade, respeitados determinadas exceções.
>
> 1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no *contexto de facilitação do acesso à Justiça*, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti.
>
> 2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a *utilização compulsória de arbitragem*". A *mens legis* é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral.
>
> 3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.
>
> 4. Com a mesma *ratio*, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes.
>
> 5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996. *Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade*. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.

6. Dessarte, *a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira***,** haja vista que a propositura da arbitragem pelo policitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão.

Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.189.050/SP, Rel. *Ministro Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 1º.3.2016, DJe de 14.3.2016)

No caso específico dos autos, não haveria vantagem para o consumidor na reforma da decisão atacada pela ora recorrente litisdenunciada.

Os autores da ação de indenização responsabilizam o Hospital São Luiz e a Sul América Serviços Médicos S/A por fatos ocorridos durante a internação e intervenção cirúrgica da primeira autora para cirurgia de parto e extirpação de cisto ovariano e respectivo tratamento, consubstanciados, especificamente, no esquecimento de uma compressa cirúrgica no abdômen da autora e subsequentes equívocos nos exames e respectivas interpretações e apresentação de laudos, realizados nas dependências do nosocômio.

Na contestação, o Hospital São Luiz apresentou denunciação da lide à médica cirurgiã. Após o deferimento da denunciação da lide em primeira instância (fls. 90/91), os autores não se opuseram a tal intervenção, não tendo apresentando nenhum recurso contra as decisões ordinárias que a deferiram, em primeiro e segundo graus.

Compreensivelmente, quem se opôs ao deferimento da denunciação foi somente a própria profissional denunciada, sendo o agravo de instrumento por ela interposto processado sem suspensividade. Com isso, de acordo com pesquisa realizada no sítio eletrônico oficial do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, o feito foi sentenciado em 23.4.2014, tendo sido a ação principal julgada parcialmente procedente, bem como a lide secundária, para condenar a denunciada a pagar ao denunciante o equivalente à metade do valor da indenização por este suportada na lide principal. Verificou-se, igualmente, que foram apresentadas apelações e o eg. Tribunal de origem, em agosto de 2015, deu parcial provimento ao recurso da profissional denunciada. O feito está em grau de embargos declaratórios.

A interpretação do art. 88, portanto, deve ser aqui realizada em harmonia com o princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciários, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo.

Com efeito, percebe-se que, já tendo havido larga e ampla produção probatória, com condenação nas instâncias ordinárias, sem prejuízo para o consumidor, não há justificativa para se cassar a decisão de admissão da denunciação da lide.

Apesar de serem duas as discussões travadas nos autos, em que a primeira delas, envolvendo a paciente e o hospital, está restrita à responsabilidade objetiva do hospital pelos danos causados como fornecedor de serviços (art. 14 do CDC), e a segunda discussão, pretendida pelo litisdenunciante, envolvendo hospital e médico, exigir exame de provas e averiguação acerca de culpa e limites de responsabilidade, no caso específico destes autos, em que a consumidora não se insurgiu contra a decisão que admitiu a denunciação da lide, não há como se constatar ter havido ofensa ao art. 88 do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a hipótese de denunciação prevista no art. 70, III, do CPC/1973 agrega as ações de regresso do denunciante contra o denunciado, quando previstas em lei ou contrato, sendo hipótese facultativa dessa modalidade de intervenção, pois não implica obrigatoriedade. Nada impede que ação autônoma de pretensão regressiva condenatória seja promovida posteriormente, ou seja,

se não for formulada a denunciação, o denunciante poderá ajuizar um processo autônomo contra a parte que seria a denunciada.

Na situação dos autos, excluir a médica da lide neste estágio do processo, além de não trazer vantagem alguma ao consumidor, irá postergar o ressarcimento que a denunciada poderá ter de efetuar ao Hospital denunciante que, como se viu, também está protegido pelo princípio da celeridade e economia processual.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 994.556-RS (2007/0236472-4)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: Afonso Sani Gomes Silveira
Advogado: José Ozório Vieira Dutra - RS026628
Recorrente: Cereais Candida Vargas Ltda e outro
Advogado: Leiri Cristina de Sá e outro(s) - RS043276
Recorrido: Companhia Nacional de Abastecimento CONAB
Advogado: Luciane Faraco - RS033818
Interes.: Banco do Brasil S/A
Advogados: Nelson Buganza Junior e outro(s) - SP128870
Jorge Elias Nehme - MT004642
Oldengar Cardoso Machado e outro(s) - RS050839

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Contrato de depósito. Bens fungíveis. Aquisições do Governo Federal (AGF) e Empréstimo do Governo Federal (EGF). Distinção. CONAB. Formação de estoques reguladores. Armazenagem. Descumprimento. Ação de depósito. Cabimento. Depositário infiel. Prisão civil. Descabimento (Súmula Vinculante n. 25 do STF). Recursos parcialmente providos.

1. Os contratos relativos a Aquisições do Governo Federal - AGF e Empréstimo do Governo Federal - EGF não se confundem. Conforme consignado na r. sentença, confirmada pelo eg. Tribunal Regional Federal: *EGF, nada mais é do que um empréstimo do Governo Federal para que o produtor enquanto não comercializa sua produção possa, mediante a oferta do produto colhido em garantia, manter regularizado empréstimo de mútuo firmado com instituição financeira credenciada, podendo, neste caso, alienar a produção e com o valor quitar o empréstimo. Portanto, enquanto não adimplido o contrato de financiamento, permanece a vinculação do produto ao contrato, mas, este ainda é de propriedade do produtor. Já no caso das Aquisições do Governo Federal (AGF), a relação contratual é bem diversa. Neste caso, a CONAB adquire o produto, que, por conseguinte, passa a fazer parte do patrimônio desta empresa pública para a consecução de seus objetivos legais, inclusive da Política de Estoques de Alimentos do Governo Federal. Na falta de unidades próprias, para estocagem de toda a produção (estoques reguladores), a CONAB mantém parte do produto em unidades de armazenagem privadas, normalmente do próprio produtor, mediante Contratos de Depósito. Saliente-se que, agora não mais se trata de produto dado em garantia, ainda de propriedade do produtor e que poderia ser disposto por este, mas sim, trata-se de bem de terceiro, acerca do qual o produtor exerce a mera armazenagem, não mais dispondo de poderes para aliená-lo. O produto adquirido por intermédio de AGF, pela CONAB, é comercializado mediante leilões públicos em Bolsa de Valores, notadamente face a seu caráter de regulagem do mercado fornecedor.*

2. Na hipótese, tem-se contrato de AGF, firmado entre produtor e a CONAB, destinado à guarda e conservação do produto agrícola e, portanto, contrato de depósito, incompatível com as regras do mútuo, completamente desvinculado de contratos originalmente firmados entre o Banco do Brasil e produtores.

3. Cabível, assim, a ação de depósito para o cumprimento de obrigação de devolver coisa fungível (arroz em casca natural), infungibilizada por cláusula contratual, que não permite a substituição do produto por outro, devendo ser entregue aquele que fora depositado.

4. Por outro lado, nos termos da Súmula Vinculante n. 25 do STF: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."

5. Recursos especiais parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 30.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Os presentes recursos especiais foram interpostos por *Afonso Sani Gomes Silveira* e por *Cereais Cândida Vargas Ltda* e *Outro*.

Os autos dão conta de que, na origem, a *Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB* ajuizou ação de depósito contra *Cereais Cândida Vargas Ltda*, *Elói Francisco de Sá* e *Afonso Sani Gomes Silveira*, requerendo a entrega de parcela do total do arroz em casca natural depositado junto à primeira ré, ou seu equivalente em dinheiro, alegando que parte do produto foi indevidamente disposto pela requerida, que o tinha sob guarda na qualidade de depositária.

A autora ajuizou contra os réus, ainda, ação cautelar satisfativa para mudança de depositário, na qual foi deferida liminar, determinando-se a busca e apreensão dos produtos, ocasião em que apreendidos 1.826.150 Kg de arroz em casca e 4.590 de sacaria (fls. 541 e 544).

Os autos foram apensados e os processos examinados conjuntamente (fls. 538/557), tendo o il. Juízo da 1ª Vara Federal e Juizado Especial Federal Criminal e Previdenciário de Uruguaiana julgado procedente o pedido da ação de depósito, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo procedente o pedido para condenar a demandada a proceder a devolução de 1.747.349 Kg de arroz. Já atendida por força da medida liminar de busca e apreensão, determinada nos autos da Ação Cautelar 2003.71.03.002019-5, a entrega da quantia de 1.427.137 Kg de arroz, resta assim, como objeto de execução desta sentença, a entrega à CONAB dos remanescentes

> 320.212 Kg (trezentos e vinte mil, duzentos e doze quilogramas) de arroz tipo 1, ou o seu equivalente em dinheiro, calculado conforme o preço que servir de base para a sobretaxa, no dia em que se cumprir a obrigação, valor este a ser acrescido de juros moratórios de 6% a.a., a partir da citação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de prisão de Elói Francisco de Sá e de Afonso Sani Gomes da Silveira, por depositários infiéis, forte no art. 904, c/c § único do CPC. Eventuais tributos e despesas decorrentes da restituição do produto correrão por conta dos réus.
>
> Condeno os réus, de forma *pro rata*, ao pagamento das custas e dos honorários periciais antecipados pela parte autora, bem como no pagamento dos honorários advocatícios devidos à parte autora, os quais, atendendo ao valor do interesse econômico e resguardada a padronização da matéria, fixo em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor a ser devidamente corrigido quando do efetivo pagamento, atendendo em condenação Única aos processos cautelar e principal. (fl. 556).

Os réus apelaram, tendo o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região negado provimento a ambas as apelações, nos termos do v. acórdão assim ementado:

> Ação de depósito. Desvio da integralidade do produto depositado. Dever de restituição. Prisão civil do depositário infiel. Possibilidade.
>
> - No que tange à natureza fungível do bem depositado, essa mostra- se irrelevante, na medida em que as partes trataram de infungibilizá-lo por meio das cláusulas contratuais. Em nenhum momento pretendeu a depositante transferir o domínio do bem à depositária, restando clara a obrigação desta na devolução da mesma mercadoria depositada.
>
> - Ainda que sem a posse direta sobre o bem, adquiriu a CONAB o produto depositado, tomando-se dele proprietária. Não há entre as partes a alegada sub-rogação, nem o penhor rural, onde o devedor fica com a posse direta de bem dado em garantia para dele retirar frutos necessários ao pagamento da dívida. Consoante se depreende nos autos as partes firmaram entre si contrato típico de depósito, responsabilizando-se a depositária pela conservação e entrega do produto quando solicitado.
>
> - Não há qualquer abusividade na decretação da prisão civil nesse caso, já que expressamente prevista em lei e amplamente respaldada pelo entendimento jurisprudencial. (fl. 645).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 662/668).

Inconformado, *Afonso Sani Gomes Silveira* interpôs recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, no qual aponta violação

dos arts. 461 e 901 do Código de Processo Civil de 1973, 1.280 do Código Civil de 1916 e 645 do Código Civil de 2002, alegando: *a)* "que o produto objeto da contratação foi devolvido, restando apurado apenas diferença, a qual é incabível, (...) em sede de ação de depósito" (fl. 677); e *b)* que a orientação jurisprudencial do STJ é de que não cabe ação de depósito em se tratando de bens fungíveis, assim como a decretação de prisão civil (fls. 673/695).

Cereais Cândida Vargas Ltda e *Elói Francisco de Sá*, por sua vez, também interpuseram recurso especial, com fulcro nas alíneas *a* e *c*, apontando violação dos arts. 131, 282, IV, 286, 458, 460, 535, II, e 902 do Código de Processo Civil de 1973, arts. 50, 51, 1.256, 1.257, 1.265, 1.280, 1.281 e 1.287 do Código Civil de 1916 e arts. 633, 643, 644, *caput*, e 652 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Alegam, em síntese: *a)* inépcia da inicial, por inexistência de pedido certo e determinado, uma vez que a autora "não indica a quantidade exata do produto, objeto da ação de depósito" (fl. 704); *b)* ausência de prestação jurisdicional, decorrente da não apreciação dos dispositivos legais invocados pela parte, relativos à livre apreciação da prova, e também no tocante à vinculação dos contratos às operações de AGF (Aquisições do Governo Federal) e EGF (Empréstimos do Governo Federal) e aos tratados internacionais relativos à prisão civil; *c)* julgamento *ultra petita*, uma vez que a condenação teria ocorrido em montante superior ao requerido pela autora; *d)* inexistência de prova literal do depósito e da tradição; *e)* inexistência de contrato de depósito regular, em razão da natureza fungível dos bens, devendo ser aplicadas, na hipótese, as regras do contrato de mútuo; *f)* impossibilidade de se transmudar a natureza das coisas, de fungível para infungível, sem expressa manifestação das partes; *g)* inadequação da ação de depósito em se tratando de contratos de bens fungíveis vinculados a operações de AGF (Aquisições do Governo Federal) e EGF (Empréstimos do Governo Federal); *h)* inexistência de exigência prévia para a devolução dos produtos depositados; *i)* direito de retenção do produto, em razão do não pagamento, pela depositante, das despesas decorrentes da manutenção do depósito; e *j)* ilegalidade da prisão civil dos depositários.

Contrarrazões apresentadas às fls. 741/752.

Ambos os recursos foram admitidos na origem (fls. 753/754 e 755/756).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Em razão da coincidência de argumentos, os recursos serão julgados conjuntamente.

1. Inicialmente, rejeita-se a preliminar de violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, porquanto as questões submetidas à Corte Estadual foram suficiente e adequadamente decididas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.

Nesse contexto, impende ressaltar, em companhia da tradicional doutrina e do maciço entendimento pretoriano, que o julgado apenas será omisso quando, sem analisar a questão colocada sob apreciação judicial, ou mesmo promovendo o necessário debate, deixa, num caso ou no outro, de considerar aspecto por si só relevante para influir na solução reclamada, o que não ocorre na espécie.

2. Os recorrentes alegam, ainda, a inépcia da inicial, apontando, para tanto, a ausência de pedido específico e determinado na inicial da ação de depósito. Sem razão, contudo.

Sobre o tema, assim se manifestou o il. Juiz de primeiro grau na sentença:

> A parte ré argúi a inépcia da inicial em face da imprecisão do pedido, que postula a entrega de parcela faltante de produto depositado e não a sua totalidade.
>
> Tratando-se o produto depositado de partes perfeitamente divisíveis e tendo a parte autora alegado a falta de parte deste, perfeitamente cabível a ação de depósito para fins de devolução da parte faltante necessária a completar a totalidade do produto depositado.
>
> Tal entendimento tem ainda, como sustentáculo, a interposição pela parte autora de ação cautelar, na qual foi deferida liminar para que fosse removido o produto depositado remanescente.
>
> Desta forma, as dúvidas suscitadas pela parte ré, no tocante à mensuração e forma de apuração do efetivo quantitativo faltante restaram superadas, quando da realização em sede cautelar da busca e apreensão do produto existente em depósito, de modo que tenho por afastar também esta preliminar. (fl. 544).

No mesmo sentido a decisão proferida pelo eg. Tribunal de origem, à base da seguinte fundamentação:

> Alega Cereais Cândida Vargas Ltda a inépcia da inicial, haja vista a inexistência de pedido especifico, certo ou determinado, conforme o art. 282, IV do CPC.

> Entretanto, deve ser afastada de plano tal alegação. Na petição inicial é claro o pedido da parte autora nas quantidades a serem devolvidas, no caso, ao contrato de AGF, a quantidade é de 1.747.349 Kg de arroz, conforme fl. 05 dos autos. No que tange à quantia faltante, simples a sua averiguação, haja vista a ação cautelar proposta, com simples cálculo matemático diminuindo-se do montante devido, o apreendido. (fl. 638).

De fato, tratando-se de depósito de produto devidamente quantificado e divisível, e existindo, por outro lado, busca e apreensão do montante existente no depósito, o pedido de devolução da parcela faltante é facilmente quantificável, não prejudicando a compreensão e a determinação do pedido.

3. A questão atinente à ausência de prova do contrato de depósito e da tradição também não prospera, uma vez que devidamente afastada pelo eg. Tribunal de origem à base da seguinte fundamentação:

> Refere, ainda, a apelante, a inexistência de documentos que comprovem a existência do depósito. Entretanto, os documentos juntados aos autos são suficientes para demonstrar os referidos depósitos, não cabendo, também, a alegação de que tais documentos não possuem validade, pois confeccionados unilateralmente. Os comprovantes de depósitos estão devidamente assinados pelos réus, espancando qualquer dúvida quanto a sua validade. (fl. 641).

O mesmo se dá no tocante à apontada ausência de interesse na propositura da ação pela inexistência de exigência prévia para a devolução dos produtos depositados, uma vez que expressamente consignado no v. acórdão recorrido que a depositante foi notificada judicialmente para a entrega dos bens depositados (fl. 641).

Por outro lado, também expressamente reconhecida a ausência do produto, devidamente comprovada nos autos da busca e apreensão, mediante laudo pericial (fl. 555), a demonstrar o interesse processual da autora.

Nesses termos, a reforma do julgado quanto a esses pontos demandaria o reexame de matéria fática e também de cláusulas contratuais, inviável no âmbito do recurso especial, nos termos das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Do mesmo modo no que se refere à natureza do objeto do depósito, alegando os recorrentes a inexistência de manifestação expressa das partes quanto ao ponto.

Com efeito, a este respeito, foi consignado na r. sentença:

> A carência de ação no que se refere à apreciação da aplicabilidade das regras do mútuo ao depósito em pauta, em face da fungibilidade do produto, revela-se, no caso, impraticável, visto tratar-se de depósito clássico para guarda e conservação, de modo que o produto depositado não pode ser alienado e nem removido sem o consentimento da depositante.
>
> É que, no presente feito, a parte ré recebeu uma quantidade determinada de produto em depósito para guarda e conservação, produto este pertencente a CONAB, não podendo aliená-lo e nem removê-lo sem o consentimento desta, o que foi devidamente explicitado no instrumento contratual firmado pelas partes.
>
> Ante esta impossibilidade de disposição por parte do depositário e conforme o contratado, resta o produto infungibilizado, podendo somente ser removido mediante comando do depositante. (fls. 544/545).

A revisão da questão, portanto, demanda a revisão de cláusulas contratuais, inviável, como já afirmado, em sede de recurso especial (Súmula 5/STJ).

5. Quanto ao apontado julgamento *ultra petita*, sem nenhum fundamento as alegações da parte.

De fato, a determinação contida na sentença, para a entrega do valor faltante, encontra-se dentro dos limites do pedido formalizado pela autora na inicial, nos termos do consignado pelo eg. Tribunal de origem:

> [...] Alega o julgamento ultra petita da sentença, sendo, essa, pois, nula.
>
> Entretanto, deve ser afastada essa preliminar. A presente ação busca a restituição de 1.747.349 Kg de arroz. Com a medida cautelar (Ação Cautelar n. 2003.71.03.002019-5) foram apreendidos 1.427.137 Kg de arroz, restando um diferença de 320.212 Kg. A determinação de entrega do valor faltante, não torna a sentença *ultra petita*, estando dentro dos limites do pedido. Assim, deve ser afastada a alegação de nulidade da sentença. (fl. 638).

Observe-se, por oportuno, que essa alegação, no sentido de que a condenação teria ocorrido em montante superior ao requerido pela autora, mostra-se incompatível com o argumento anteriormente apontado pelos mesmos recorrentes, sustentando a inexistência de pedido determinado.

De fato, se o pedido é indeterminado, como alegaram, não se pode, ao mesmo tempo, dizer que o julgamento seria *ultra petita*, mostrando-se temerária a defesa da parte.

6. Quanto à matéria de fundo, a primeira questão colocada pelos recorrentes consiste em verificar o cabimento da ação de depósito em se tratando de

contrato que tenha por objeto a guarda de coisa fungível, vinculado a operações de AGF (Aquisições do Governo Federal) e EGF (Empréstimos do Governo Federal).

Sobre o tema, observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em particular na eg. Quarta Turma, não se encontra ainda consolidada, mostrando-se bastante oscilante.

Com efeito, no sentido do cabimento da ação de depósito na espécie, confiram-se os seguintes acórdãos:

> Civil e Processual. Agravo em recurso especial. Ação de depósito. Bens fungíveis. Cabimento. Precedentes.
>
> 1. *A jurisprudência do STJ consagrou o cabimento da ação de depósito, ainda que relativa a bens fungíveis, quando destinados à guarda e conservação de mercadorias, não vinculados como garantia de contrato de mútuo. Precedentes*.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 209.308/RS, Rel. *Ministra Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe de 3.4.2014)

> Civil e Processual. Recurso especial. Ação de depósito. Cabimento. Precedentes. Demais questões que dependem de reexame de matéria fática. Ofensa ao art. 535 do CPC. Ocorrência. Omissão da Corte de origem. Prisão civil. Descabimento. Súmula Vinculante n. 25 do STF.
>
> 1. *A jurisprudência do STJ consagrou o cabimento da ação de depósito, ainda que relativa a bens fungíveis, para produtos vinculados a operação "Empréstimos do Governo Federal - EGF", quando destinados à guarda e conservação de mercadorias e for celebrado por partes distintas daquelas que celebraram o contrato de mútuo. Precedentes*.
>
> 2. As alegações aviadas pelos recorrentes, no sentido de afastar sua responsabilidade pela guarda e devolução dos bens, encontram-se baseadas em premissas fáticas afastadas pelas instâncias de origem e esbarram no Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.
>
> 3. Verificada a ofensa ao art. 535 do CPC, eis que o tribunal de origem deixou de se manifestar acerca da alegação de prescrição invocada pelo recorrente.
>
> 4. Nos termos do que dispõe o Enunciado n. 25 da Súmula vinculante do STF, "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".
>
> 5. Agravo regimental parcialmente provido para afastar a determinação de prisão civil e para determinar que o tribunal de origem se pronuncie sobre a alegação de prescrição.

(AgRg no REsp 266.129/MG, Rel. *Ministra Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe de 5.12.2012).

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Civil e Processual. Ação de depósito. Bens fungíveis. EGF. Partes que celebraram o contrato de depósito distintas daquelas que formalizaram o contrato de mútuo. Contratado por terceiros. Ausência de omissão. Prisão civil do depositário infiel. Impossibilidade. Acolhimento, em parte, dos embargos de declaração.

1. Na presente hipótese, apesar de estar vinculado à operação de EGF, o contrato de depósito não foi celebrado pelas mesmas partes que celebram o contrato de mútuo, mas sim pelo agravado e pela empresa armazenadora. Ausência de omissão.

2. "*É cabível ação de depósito se o contrato de depósito clássico (simples), vinculado a operação 'Empréstimos do Governo Federal - EGF', ainda que de bens fungíveis, for destinado à guarda e conservação de mercadorias e for celebrado por partes distintas daquelas que celebraram o contrato de mútuo*" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 691.205/MS, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 10.8.2006).

3. A prisão civil do depositário infiel é incabível, tendo em vista o reconhecimento de sua inconstitucionalidade por parte do STF, e a reiterada jurisprudência do STJ.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, para integrando o acórdão embargado deixar consignado o não cabimento da prisão civil do depositário infiel em caso de inadimplemento.

(EDcl no AgRg no REsp 402.461/MS, Rel. *Ministro Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 1º.2.2011).

Recurso especial. Civil e Processual. Depósito de arroz em armazém geral. Produto vinculado a Empréstimo do Governo Federal - EGF. Cabimento da ação de depósito. Precedentes.

1. A falta do prequestionamento explícito não prejudica o exame do recurso especial, uma vez que a jurisprudência desta Corte é uníssona em admitir o prequestionamento implícito. Precedentes.

2. *No caso, uma vez depositada a mercadoria adquirida de diversos produtores rurais (arroz em casca ensacado) em armazém geral, cuja atividade social é exatamente a guarda de produtos dessa natureza, cabível a ação de depósito para obrigar a sua entrega ou o pagamento do equivalente em dinheiro. Precedentes*.

3. Recurso especial provido.

(REsp 783.471/GO, Rel. *Ministro Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 25.3.2011).

Em sentido contrário, do não cabimento daquela ação nos contratos de depósito de bens fungíveis e consumíveis vinculados a operações de aquisição e empréstimos do Governo Federal:

> Processual Civil. Contrato com operação de AGF (Aquisição do Governo Federal). Depósito de bens fungíveis. Ação de depósito. Incabível. Natureza jurídica de mútuo. Consonância do acórdão com o entendimento desta Corte. Análise obstada pela Súmula 83/STJ. Agravo não provido com aplicação de multa.
>
> *1. Conforme a jurisprudência desta Corte, o contrato de depósito de bens fungíveis e consumíveis (grãos), vinculado à operação de EGF (empréstimo do governo federal) e AGF (aquisição do governo federal), não autoriza o manejo da ação de depósito para o recebimento de produto que foi entregue, tampouco a prisão civil do responsável, tendo em vista que se aplicam a esta avença as regras do mútuo. Precedentes.*
>
> 2. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.
>
> (AgRg no AREsp 264.894/TO, Rel. *Ministro Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 27.6.2013).

> Agravo regimental. Ação de depósito. Bens fungíveis e consumíveis. Operações AGF e EFG. Extinção da demanda perante a Corte local. Recurso especial. Decisão monocrática negando-lhe seguimento. Insurgência da autora.
>
> 1. Não se conhece da tese de afronta ao art. 535 do CPC quando a parte recorrente deixa de indicar precisamente, nas razões articuladas no recurso especial, as omissões em que supostamente incorreu o acórdão recorrido. Incidência da Súmula n. 284/STF.
>
> *2. "A orientação pacificada no âmbito da 2ª Seção do STJ (REsp n. 383.299/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, DJU de 2.12.2002), é a de que os contratos de EGF e AGF, com o depósito de bens fungíveis, não autorizam, em caso de inadimplência, a ação de depósito e, de conseqüência, a prisão civil do responsável. Decisão, ademais, que se harmoniza com a nova orientação que se consolidou no Pretório Excelso* (RE n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 4.6.2009; HC n. 90.172-7/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 17.8.2007), no sentido da inconstitucionalidade da prisão de depositário infiel" (HC 131.699/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, *Quarta Turma*, julgado em 23.6.2009, DJe 17.8.2009).
>
> 3. Regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp 1.063.590/PR, Rel. *Ministro Marco Buzzi*, Quarta Turma, DJe de 2.10.2012).

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Bens fungíveis. Guarda e conservação de produtos agrícolas. Ação de depósito. Empréstimos do Governo Federal (EGF), atualmente denominado Aquisição do Governo Federal (AGF). Prisão civil. Impossibilidade. Recurso não provido.

> 1. Não é possível a prisão civil de depositário infiel. Súmula n. 419/STJ e Súmula Vinculante n. 25/STF.
>
> 2. *É incabível ação de depósito para os contratos de Empréstimos do Governo Federal - EGF, atualmente denominado Aquisição do Governo Federal - AGF, pactuados para a guarda de bens fungíveis. Precedentes.*
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no REsp 1.089.313/RS, Rel. *Ministro Antonio Carlos Ferreira*, Quarta Turma, DJe de 28.8.2012).

> Agravo regimental em recurso especial. Depósito atípico. Contrato de EGF e AGF. Bem fungível. Ação de depósito. Não cabimento.
>
> *1. A orientação pacificada no âmbito da Segunda Seção desta Corte é a de que os contratos de Empréstimos do Governo Federal (EGF) - atualmente, Aquisições do Governo Federal (AGF) -, com o depósito de bens fungíveis, não autorizam, em caso de inadimplência, a ação de depósito, aplicando-se a tais contratos as regras do mútuo.*
>
> 2. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 573.507/TO, Rel. *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, Terceira Turma, DJe de 27.2.2013)

A solução da questão, no entanto, passa, necessariamente, pela verificação das condições estipuladas pelas partes no respectivo contrato de depósito.

Sobre a natureza do contrato celebrado entre as partes no presente caso, as condições encontram-se bem delineadas na r. sentença, nos seguintes termos:

> Faz-se imprescindível, para melhor compreensão do tema a necessária diferenciação entre o EGF (Empréstimo do Governo Federal) e a AGF (Aquisições do Governo Federal), visto que, no caso, sua definição é fundamental para a aferição do direito aplicado a presente lide:
>
> EGF - nada mais é do que um empréstimo do Governo Federal para que o produtor enquanto não comercializa sua produção possa, mediante a oferta do produto colhido em garantia, manter regularizado empréstimo de mútuo firmado com instituição financeira credenciada, podendo, neste caso, alienar a produção e com o valor quitar o empréstimo.
>
> Portanto, enquanto não adimplido o contrato de financiamento, permanece a vinculação do produto ao contrato, mas, este ainda é de propriedade do produtor.
>
> *Já no caso das Aquisições do Governo Federal (AGF), a relação contratual é bem diversa. Neste caso, a CONAB adquire o produto, que, por conseguinte, passa a fazer parte do patrimônio desta empresa pública para a consecução de seus objetivos legais*.

> *Na falta de unidades próprias, para estocagem de toda a produção, a CONAB mantém parte do produto em unidades de armazenagem privados, normalmente do próprio produtor, mediante Contratos de Depósito*.
>
> Saliente-se que, agora não mais se trata de produto dado em garantia, ainda de propriedade do produtor e que poderia ser disposto por este, mas sim, *trata-se agora, de bem de terceiro, acerca do qual o produtor exerce a mera armazenagem, não mais dispondo de poderes para aliená-lo*.
>
> O produto adquirido por intermédio de AGF, pela CONAB, é comercializado mediante leilões públicos em Bolsa de Valores, notadamente face seu caráter de regulagem do mercado fornecedor.
>
> Feito o esclarecimento supra, prossigo na análise da presente demanda.
>
> *È de ser ressaltado que, no caso em pauta, o contrato firmado com a CONAB, destina-se à guarda e conservação do produto decorrente de Aquisições do Governo Federal (AGF) e, portanto, está completamente desvinculado dos contratos originalmente firmados entre o Banco do Brasil e os produtores*.
>
> [...]
>
> Não se tratando, o caso em pauta, de operação vinculada a contrato de mútuo, nem a penhor mercantil, de plano é de ser afastada a aplicabilidade das regras pertinentes ao mútuo. (fls. 546/548)

Portanto, segundo a moldura fática traçada pelas instâncias ordinárias, é forçoso reconhecer que, na hipótese, cuida-se de contrato de depósito típico, por meio do qual se estipulou a guarda e conservação dos bens já alienados à depositante, inexistindo, por outro lado, vinculação deste a outro ajuste de mera garantia de dívida.

De fato, o contrato de depósito, que se caracteriza pelo recebimento de coisa móvel de outrem, com a obrigação de guardá-la e restituí-la posteriormente, encontra-se definido, doutrinariamente, nos seguintes termos:

> Podemos definir o contrato de depósito como sendo um negócio jurídico por meio do qual uma das partes (depositante) transfere à outra (depositário) a guarda de um objeto móvel, para que seja devidamente conservado e, posteriormente, devolvido (*in* Novo Curso de Direito Civil, vol. IV: Contratos, Tomo 2: Contratos em Espécie/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho - 3 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 334).

Conforme bem enfatizado pelo il. Magistrado de primeiro grau, no caso das Aquisições do Governo Federal (AGF), a CONAB adquire o produto, que passa a fazer parte do patrimônio da empresa pública e, na falta de unidades

próprias para estocagem de toda a produção, mantém parte do produto em unidades de armazenagem privadas, normalmente do próprio produtor, mediante contratos de depósito.

Ademais, considerando-se a natureza especialíssima desses contratos, cujo objetivo é o desenvolvimento das políticas do Governo Federal, em particular a formação de estoques reguladores dos preços no mercado de alimentos, é conveniente transcrever, por sua profundidade e pertinência, as considerações tecidas, na sentença, pelo il. Juiz Federal Dr. *Guilherme Beltrami* acerca das peculiaridades dos contratos celebrados pela ora recorrida, a CONAB, com os recorrentes:

> [...]
>
> Friso que a manutenção do entendimento que veda à CONAB a utilização da ação de depósito, teria como conseqüência a extinção não só da Política de Estoques de Alimentos do Governo Federal, mas, por via reflexa, da extinção dos próprios estoques.
>
> Feitas estas considerações prossigo na análise do tema.
>
> A existência de estoques reguladores, mediante o depósito de produtos agrícolas em unidades de armazenagem, é incompatível com as regras do mútuo.
>
> Negar a realidade fática de depósitos de produtos agrícolas em unidades de armazenagem, os quais constituem concretamente "Contratos de Depósito" para transmutá-los em "Contratos de Mútuo", é alterar a realidade fática das coisas e subverter a ordem vigente, significa também, olvidar pressuposto básico destes dois conceitos: no primeiro, há depósito de determinado produto e no segundo há empréstimo.
>
> No caso, o cerne da diferenciação, como acima salientado, não se dá pela fungibilidade do bem, mas principalmente pela natureza, forma e finalidade do contrato.
>
> Ainda, no caso das Aquisições do Governo Federal (AGFs), não há a transferência da propriedade do bem, visto que o produto continua a ser de propriedade da CONAR, sendo que a finalidade do depósito é tão-somente guarda e conservaçao.
>
> A disposição do produto nas Aquisições do Governo Federal (AGFs), é expressamente vedada.
>
> Assim, não havendo possibilidade de disposição do produto, este não pode ser substituído por outro, e, portanto, resta infungibilizado na acepção do termo.
>
> Ou seja, o bem objeto de depósito, embora fungível, foi infungibilizado por cláusula contratual, não sendo, pois, regido pelas regras do mútuo, não podendo ser substituído por outro, devendo ser entregue aquele que fora depositado.

> Ainda, o produto depositado somente pode perder esta qualidade quando a CONAB, atendendo a demanda pelos referidos produtos, autorizar sua comercialização ou substituição.
>
> Desta forma, do acima exposto, exsurge de forma clara que o sistema de estoques reguladores de produtos agrícolas, operacionalizado no país, tem como base a relação contratual de depósito e não a de mútuo.
>
> E mais, alterando-se esta premissa básica, instala-se não a ordem social, mas a desordem. E isso definitivamente não é a função social do direito.
>
> Frise-se mais uma vez que a boa fé, a confiança e o respeito são fundamentos do direito positivo brasileiro e, portanto, não se pode, em detrimento de um entendimento que os resguarde, optar por outro que não contemple tais princípios.
>
> Portanto, resta peremptoriamente afastada a possibilidade de aplicação das regras do mútuo aos produtos estocados provenientes de Aquisições do Governo Federal (AGFs).
>
> A contrario senso, aplicando-se ditas regras do mútuo aos referidos depósitos, tem-se como consequência o desmonte dos estoques, uma vez que nada mais obrigaria os depositários a manterem o referido produto armazenado em estoque visto que, a qualquer momento poderiam vendê-lo, sendo que, tal disposição do produto, se resolveria em indenização.
>
> Daí que, inexistindo a obrigatoriedade da manutenção do produto depositado e, sendo esta modalidade de contrato tratada de acordo com as regras de mútuo, constatada a falta esta se resolve em indenização.
>
> Tenho que, desta forma, todos os armazenadores poderiam, em tese, a qualquer momento, notadamente quando mais favorável para a venda do produto, disporem dos estoques estratégicos do governo para, em proveito próprio e em detrimento de toda a sociedade, utilizarem-se do produto alheio, bastando apenas, a posteriori, quando exigida a devolução do produto, pagarem o.s valores reclamados, o que certamente ocorrerá, após longos processos judiciais de cobrança.
>
> Assim, face o exposto, resta claro que a ordem social e jurídica vigentes reclamam decisões consentâneas com sua manutenção, ainda mais, em casos tais como o delineado nos presentes autos, onde o que está em jogo é a viabilidade de continuarem a serem feitos estoques reguladores, essenciais para o equilíbrio social e econômico do país. (fls. 550/552).

Na esteira dessas considerações, impõe-se observar que a questão posta no presente recurso especial já de muito encontrava-se definida no âmbito da eg. Segunda Seção deste Tribunal, cujos precedentes haviam se estabelecido no sentido de reconhecer a natureza típica desses contratos e, assim, admitir a propositura da ação de depósito. Confiram-se:

> Processual Civil. Recurso especial. Ação de depósito. Bens fungíveis.
>
> - *Tratando-se de contrato de depósito clássico (simples), ainda que de bens fungíveis, e ocorrendo esse em estabelecimento comercial destinado à guarda e conservação de mercadorias e não estando o ajuste vinculado a outro contrato como garantia de dívida, é cabível a ação de depósito*.
>
> Recurso especial não conhecido.
>
> (REsp 440.832/RS, Rel. p/ acórdão *Ministra Nancy Andrighi*, Segunda Seção, DJ de 3.5.2004).

> Embargos de divergência. Armazém geral. Bem fungível. Cabimento. Ação de depósito.
>
> 1. *O contrato de armazenagem de bem fungível caracteriza depósito regular, pois firmado com empresa que possui esta destinação social, sem qualquer vinculação a financiamento, ut Decreto n. 1.102/1903. Cabível, portanto, a ação de depósito para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato típico*. Precedentes (REsp 210.674/RS e REsp 418.973/RS).
>
> 2. Embargos de divergência conhecidos mas improvidos.
>
> (EREsp 396.699/RS, Rel. p/ acórdão *Ministro Fernando Gonçalves*, Segunda Seção, DJ de 3.5.2004).

Nesses termos, com apoio nos precedentes da eg. Segunda Seção e também desta eg. Quarta Turma, conclui-se pelo cabimento, na espécie, da ação de depósito proposta pela recorrida.

7. Por sua vez, também não prospera o pleito no tocante ao alegado direito de retenção pelas despesas de armazenagem, uma vez que afastado pelas instâncias de origem à base da seguinte fundamentação:

> Finalmente, com base em alegado não recebimento de valores contratados, o réu pretende ver reconhecido seu direito de retenção do produto depositado.
>
> Considerando que a prova documental anexada aos presentes autos atesta que o produto não foi mantido regularmente em depósito, incumbia à parte ré, fazer a prova de até quando manteve o produto em depósito, de modo a viabilizar eventuais diferenças porventura devidas.
>
> Entretanto, não fez tal prova, daí, pretender exercer o direto de retenção, quando procedeu a mais extrema quebra de contrato, que é dispor do produto do qual era mera depositária, se afigura sem fundamento. (fls. 555/556).

Com efeito, a revisão destes fundamentos demandaria o reexame de matéria fática, inviável nesta instância (Súmula 7/STJ).

8. Assiste razão aos recorrentes, no entanto, no que se refere ao descabimento da prisão civil.

Com efeito, nos termos do que dispõe a Súmula Vinculante n. 25 do STF, "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

No mesmo sentido, o entendimento firmado pela eg. *Corte Especial* deste Tribunal, no julgamento do *REsp 914.253/SP*, da relatoria do em. Ministro *Luiz Fux*, processado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, assim ementado:

> Processo Civil. Tributário. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Emenda Constitucional n. 45/2004. Dignidade da pessoa humana. Novel posicionamento adotado pela Suprema Corte.
>
> 1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confiram-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253.071-GO, Relator Ministro *Moreira Alves*, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2006 e RE 206.482-SP, Relator Ministro *Mauricio Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2003.
>
> 2. A edição da EC n.45/2004 acresceu ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, dispondo que "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.
>
> 3. Deveras, "a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do

Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)." (voto proferido pelo Ministro *Gilmar Mendes*, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, da relatoria do Ministro *Cezar Peluso*).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, Relator Min. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadoras da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.

6. No mesmo sentido, recentíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: Habeas corpus. *Prisão civil. Depositário judicial. Revogação da Súmula 619/STF. A questão da infidelidade depositária. Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7º, n. 7). Natureza constitucional ou caráter de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel, ainda que se cuide de depositário judicial*. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. *Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica*. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções

internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. *Celso de Mello*, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. *A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição*. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. *Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário*. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96.772, Relator(a): Min. *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 9.6.2009, public 21.8.2009 Ement vol-02370-04 pp-00811) 7. Precedentes do STJ: RHC 26.120/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 1º.10.2009, DJe 15.10.2009; HC 139.812/RS, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Quarta Turma*, julgado em 8.9.2009, DJe 14.9.2009; AgRg no Ag 1.135.369/SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, julgado em 18.8.2009, DJe 28.9.2009; RHC 25.071/RS, Rel. Ministro *Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS)*, *Terceira Turma*, julgado em 18.8.2009, DJe 14.10.2009; EDcl no REsp 755.479/RS, Rel. Ministra *Denise Arruda*, *Primeira Turma*, julgado em 14.4.2009, DJe 11.5.2009; REsp 792.020/RS, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Turma*, julgado em 18.12.2008, DJe 19.2.2009; HC 96.180/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 18.12.2008, DJe 9.2.2009)

8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 914.253/SP, Rel. *Ministro Luiz Fux*, Corte Especial, DJe de 4.2.2010).

Nos termos do exposto, dá-se parcial provimento aos recursos especiais, exclusivamente para afastar a cominação de prisão civil aos depositários.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.090.720-RJ (2008/0209397-3)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Marítima Petróleo e Engenharia Ltda
Advogado: Hélio José Cavalcanti Barros e outro(s)
Recorrente: FSO Construction Inc e outros
Advogado: Sergio Bermudes e outro(s)
Recorrido: Braspetro Oil Services Company - Brasoil
Advogado: Karin Basilio Khalili e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Recursos especiais interpostos na vigência do CPC/1973. Contrato internacional. Competência concorrente. Cláusula de eleição de foro. Permissão legal e contratual para escolha de outro foro. Ações ajuizadas na Inglaterra. Sentenças proferidas. Ajuizamento de ação declaratória no Brasil pela parte sucumbente no território inglês. Violação do princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de beneficiar-se da própria torpeza.

1. Tendo sido extinta a ação declaratória por faltar ao Poder Judiciário brasileiro jurisdição sobre o feito – matéria objeto dos recursos especiais –, os efeitos da superveniente homologação de sentença estrangeira acerca da referida demanda somente poderão ser enfrentados se reconhecida a jurisdição nacional. Isso porque, sem

jurisdição e sem competência, não é permitido ao magistrado nem ao STJ decidir nenhuma outra questão jurídica, meritória ou processual.

2. As matérias relacionadas para efeito de comprovar a afronta ao art. 535 do CPC/1973 foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, sobretudo à luz dos arts. 88, 89 e 90 do CPC/1973, de cláusula contratual e, ainda, da livre aceitação pelas partes da jurisdição estrangeira. Omissões, portanto, descaracterizadas.

3. Apesar de reconhecer a jurisdição concorrente com fundamento no art. 88, I, do CPC/1973 e no próprio contrato (cláusula 14.2), o TJRJ afastou a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista que contratantes e contratadas ajuizaram demandas no foro inglês e, somente depois de sentenciados os respectivos processos, a empresa cessionária dos supostos direitos das partes sucumbentes propôs ação declaratória no Brasil com o propósito de rediscutir questões decididas pela Justiça alienígena. Em tais circunstâncias, diante dos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, os quais também devem ser respeitados no plano internacional, mantém-se a extinção da presente declaratória por faltar jurisdição à magistratura brasileira.

4. Diante da impossibilidade legal de a parte se beneficiar da própria torpeza, descabe à recorrente alegar a existência de fraude vinculada à cláusula de eleição de foro e de aplicação da legislação inglesa ao contrato assinado em território inglês.

5. Sendo vedado às cedentes ajuizar a presente ação no Brasil, também não poderia fazê-lo a cessionária, que possui os mesmos direitos daquelas, não mais.

6. Divergência jurisprudencial não configurada por ausência de semelhança fática entre os casos confrontados.

7. Não sendo partes nesta demanda, cabe às cedentes, para interpor recurso especial, comprovar "o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial", nos termos do art. 499, § 3º, do CPC/1973. Incidência da Súmula n. 5 do STJ, considerando a necessidade de examinar integralmente as cláusulas do contrato assinado entre a cessionária, autora desta ação, e as cedentes, com recursos especiais distintos.

8. Verificada a cessão de supostos créditos disputados judicialmente (art. 358 do CC/2002), não incide o direito à evicção em favor da cessionária, disciplinado no art. 359 do CC/2002, sendo certo não ter existido hipótese de "retomada" nem "perda" de domínio ou posse de bem adquirido pela cessionária. Fica afastada a legitimidade recursal das cedentes também por essa razão.

9. Recurso especial interposto por *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* conhecido em parte e desprovido. Recurso interposto por *FSO Contruction Inc.* e outras não conhecido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial interposto por Marítima Petróleo e Engenharia Ltda e negou-lhe provimento e não conheceu do recurso especial interposto por FSO Contruction Inc e outros, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 23.8.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recursos especiais interpostos por *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* (fls. 1.946/2.026) e por *FSO Construction Inc.*, *FSO Engineering Inc.*, *FPSO Construction Inc.* e *FPSO Engineering Inc.* (fls. 2.100/2.122), ambos fundamentados nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdãos do TJRJ assim ementados:

> Tutela antecipada. Contrato internacional. Lei Brasileira. Foro de eleição. Lei Inglesa. Jurisdição.
>
> Agravos contra a decisão que deferiu tutela antecipada, em sede de ação declaratória ordinária, para o fim de reconhecer *ab initio* a competência da Justiça do Brasil para dirimir o conflito de interesse das partes.

No contrato firmado, as partes, dentre outras avenças, escolheram o foro de Londres como aquele que teria jurisdição para dirimir seus conflitos, prevendo, por óbvio, a aplicação da legislação inglesa. As ações foram propostas na Corte de Londres.

A Agravada, após sair-se vencida na justiça inglesa, volta seus pleitos à Justiça Brasileira.

Portanto, primeiramente se deve verificar se a Justiça do Brasil tem jurisdição para conhecer e julgar a demanda principal.

O Código de Processo Civil, nos artigos 88, 89 e 90, embora sob a rubrica de competência internacional, nada mais fez senão indicar a jurisdição brasileira para os casos ali elencados. Também fê-lo o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

É de sabença que a jurisdição da justiça brasileira, diante de tribunais estrangeiros, pode ser cumulativa ou exclusiva.

O art. 88 do CPC é exemplo de competência cumulativa ou concorrente. Já o art. 89 dita regra de competência exclusiva e, *in casu*, é absolutamente inaplicável. O art. 90 deve ser analisado juntamente com o art. 88, *i.e.*, nos casos de competência concorrente, em que tanto uma ação pode tramitar aqui ou alhures, a 'ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas', mas evidentemente, enquanto a sentença estrangeira não houver sido homologada.

Das Agravantes, rés no feito principal, uma tem sede no Brasil. Os serviços contratados tem por objeto obrigações e, pelo que os autos relatam, foram cumpridas em diversos países.

Num primeiro e superficial enfoque, poder-se-ia admitir a concorrência de jurisdição, por força dos incisos I e II, do art. 88 do CPC, pois afinal, um dos réus, ora agravante, tem sede no Brasil. Em relação ao inciso II, não se verifica a hipótese e isto porque as obrigações constituídas não eram para ser cumpridas no Brasil.

Acontece que este raciocínio é simplista, pois o exame da questão manda que se vá além, na medida em que há um *plus*, consistente na opção livre que as partes fizeram pelo foro inglês e pela escolha da lei inglesa para dirimir seus conflitos.

Ora, ainda que concorrente, temos que as partes aceitaram firmar no contrato, de forma livre e consciente, a sujeição de suas controvérsias à justiça e às leis inglesas.

Mesmo que as partes tenham eleito o foro sem exclusividade, ainda assim prevalece a jurisdição inglesa porque no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se insurgiu, ambas aceitando, de direito e de fato, a jurisdição inglesa, tornou-se clara e definitiva aquela escolha, não podendo

agora, apenas pela conveniência da Agravada, que se viu perdedora na Corte Inglesa, a busca da prestação jurisdicional sobre fatos já julgados, a pretexto da concorrência da jurisdição.

No que toca à aplicação da lei inglesa, temos que as obrigações foram constituídas na Inglaterra e pela lei local deverão ser qualificadas, conforme preceitua o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Por fim, embora a jurisprudência trate da matéria como sendo o caso de competência relativa, já se disse que, de fato, a hipótese é de jurisdição, para o que não se pode falar de relatividade, pois a falta de jurisdição traz como consequência absoluta falta de competência. Em outras palavras, se não há jurisdição brasileira, então nenhum órgão jurisdicional terá competência. É a conclusão lógica, pelo que a exceção não é necessária.

Extinção do feito principal, nos termos do art. 267, IV do CPC.

Recursos providos, nos termos da decisão do Desembargador Relator (fls. 1.787/1.788).

Embargos de declaração. Prequestionamento.

Embargos de Declaração que visa o prequestionamento, todavia, percebe-se que sob o singelo argumento, o que não verdade se almeja é a rediscussão da matéria. Os embargos de declaração a isto não se prestam.

A jurisprudência tem se fixado no sentido de que mesmo nos embargos de declaração com o propósito de prequestionamento é necessário que se atenda aos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil.

O Colegiado Julgador pronunciou-se sobre as questões necessárias e indispensáveis ao julgamento, e não havendo necessidade de citar textualmente todos os dispositivos legais.

Portanto, não estando presentes os requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil, não há como prosperar o recurso.

Recurso desprovido (fl. 1.818).

Embargos de declaração. Existência de vício. Cabimento.

Se existe um dos vícios previstos no art. 535 do CPC, impõe-se que se o sane.

Se o feito foi extinto, sem exame de mérito, impõe-se a fixação da verba de sucumbência para pagamento pelo Embargado.

Recurso provido, mas mantido o resultado do julgamento, conforme retratado no acórdão (fl. 1.823).

Embargos de declaração. Existência de vício. Cabimento.

Se existe um dos vícios previstos no art. 535 do CPC, impõe-se que se o sane.

Recurso provido, mas mantido o resultado do julgamento, conforme retratado no acórdão (fl. 1.836).

A recorrente *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.*, inicialmente, em seu recurso especial, justifica o ajuizamento da presente ação assim:

> 15. A ora Recorrente é empresa especializada no ramo de prestação de serviços na área petrolífera, fornecendo serviços de engenharia (construção, adaptação, conversão, etc.) e de mão-de-obra, nas áreas de perfuração e produção de petróleo, já tendo um histórico de inúmeros serviços prestados em favor da Petrobrás, em especial na década de 90 do século passado.
>
> 16. Nas suas atividades sociais, participou das conversões e adaptações das plataformas P-36, P-38 e P-40, por si e com a utilização de complexas estruturas estrangeiras desenvolvidas pela Petrobrás, que envolveram a criação, sob a proteção técnica da ora Recorrente, de empresas *offshore* de propósito específico (no caso da P-36, a Petromec Inc. e, no caso das P-38 e P-40, as empresas FPSO Construction / FSO Construction, FSO Engeneering e FPSO Engeneering Inc.), sendo que a Petrobrás também protegeu-se sob o "manto", nas contratações em questão, de uma empresa sua subsidiária integral no estrangeiro, Braspetro Oil Services Company – Brasoil, ora Recorrida.
>
> 17. Em decorrência de divergências por eventos ocorridos no curso da execução das obras e serviços nas plataformas antes referidas (P-36, P-38 e P-40), se viram as partes (assim entendidas não apenas a Recorrente e a Petrobrás, mas também as empresas a elas vinculadas antes aludidas), envolvidas em duas disputas judiciais perante a Justiça Britânica, já que foi pela Petrobrás, nos instrumentos contratuais firmados, previsto o foro daquela capital do Reino Unido (assim como 'eleita' foi a lei inglesa como aplicável), para solver as dúvidas e litígios relativos aos *supra* aludidos serviços convencionados.
>
> 18. Ocorre que, não possuindo a ora Recorrente e as empresas FPSO Inc., FSO Inc., FPSO Engeneering Inc. e FSO Engeneering Inc. e Petromec Inc., (a elas ligadas), condições econômicas para sustentar os litígios em Londres, vez que lá despenderam, sem solução final dos litígios, alguns milhões de dólares em custos processuais e necessitariam despender outros tantos, e sendo, ainda, bastante diferente o sistema processual e interpretativo da Justiça Inglesa (baseado nos precedentes), viu-se a Recorrente compelida a desistir de litigar na Justiça Britânica, pretendendo com isso litigar com a Petrobrás no País e jurisdição natural de ambas, que é a Justiça brasileira, Comarca da Capital do Rio de Janeiro.
>
> 19. Tal opção justifica-se ainda pela dificuldade enfrentada na Justiça de Londres de fazerem valer à Recorrente e empresas coligadas, na estreita via dos precedentes (inexistentes em situações *sui generis* como as surgidas entre as partes), os créditos estabelecidos em face da Petrobrás e sua subsidiária Brasoil, ora Recorrida, por conta de serviços adicionais e alterações no escopo das obras

> das plataformas P-36, P-38 e P-40, por solicitação da sociedade de economia mista, sendo legal e válido o direito da ora Recorrente optar por discutir a matéria na justiça brasileira.
>
> 20. E de modo a que não restasse qualquer dúvida acerca da legitimidade da ora Recorrente em ocupar o pólo ativo da demanda por ela ajuizada perante o Judiciário nacional, que deu origem ao presente Recurso Especial, as litigantes em Londres e contratadas a ela vinculadas (FPSO Inc. e outras já referidas) cederam-lhe seus direitos contra a Petrobrás e Brasoil, através de contrato escrito elaborado em português e inglês, constante dos autos.
>
> 21. Assim, propôs a Recorrente, perante o M.M. Juízo de Direito da 41ª Vara Cível, ação através da qual buscava discutir não só a fraude à lei perpetrada pela Petrobrás e Brasoil ao escolherem para reger a relação jurídica havida entre as parte a lei inglesa, absolutamente estranha ao negócio jurídico em questão, como também fazer prevalecer seu direito de crédito em relação à construção das referidas plataformas petrolíferas, inclusive, com a compensação de valores (fls. 1.952/1.954).

Explicou, ainda que a tutela antecipada deferida em primeiro grau "veio a ser cassada pelo V. Acórdão recorrido, que, ultrapassando a apreciação das condições para o deferimento ou não da medida antecipatória pleiteada, houve por reconhecer a própria ausência de competência internacional da Justiça Brasileira" (fl. 1.956).

Sustenta violação do art. 535, II, do CPC/1973, tendo em vista que o Tribunal de origem deixou "de se manifestar sobre a alegação feita pela ora Recorrente de que a escolha da jurisdição e lei inglesas consistiria em prática de *fraude à lei* por parte da Petrobrás, *argumento que somente a jurisdição nacional poderia conhecer*" (fl. 1.959). Sobre o tema, argumentou:

> 37. Com efeito, nas contra-razões apresentadas, sustentou a ora Recorrente que, na época da contratação das plataformas (P-36 em 1996 e P-38 e P-40 em 1998), não vigorava ainda o Decreto n. 2.475/1998, que veio a permitir à Petrobrás maior agilidade nas suas contratações, estabelecendo seu procedimento licitatório simplificado.
>
> 38. Por tal razão, a Petrobrás, achando-se "engessada" pelas regras constitucionais rígidas impostas às contratações de obras e serviços por uma sociedade de economia mista, optou por "fugir" do país, preparando, para obras e serviços destinadas ao Brasil, uma complexa operação jurídica e contratual internacional.
>
> 39. Dessa forma, a "escolha" da lei inglesa impediu que as empresas contratadas (vinculadas à ora Recorrente), FPSO Engeneering Inc., FPSO Construction Inc., FSO

> Engeneering Inc., FSO Construction Inc. e Petromec Inc., pudessem ter amparo adequado em suas postulações na Corte Londrina, como teriam, por certo, no sistema legal codificado e constitucional brasileiro.
>
> 40. Tal circunstância, como amplamente exposto nas contra-razões, configura *ofensa à ordem pública* e *soberania nacional*, a justificar a aplicação da lei brasileira em substituição à lei "eleita" inglesa, na forma do artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil.
>
> 41. Demonstrou a ora Recorrente, portanto, que, ao escolher (ou melhor, repita-se, impor) como lei aplicável a lei inglesa (dada à ausência de normas positivadas e de *leading cases*) veio a Petrobrás a burlar normas de índole constitucional brasileira que assegurariam às empresas por ela contratadas o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.
>
> 42. *Tais argumentos, contudo, não foram analisados pelo V. Acórdão recorrido, que reduziu a controvérsia à simples rediscussão de ações já intentadas perante a jurisdição estrangeira*.
>
> [...]
>
> 45. Com efeito, *a questão da fraude à lei nacional, assim como a postulação do reconhecimento do direito à compensação, com base na lei civil brasileira, de crédito titularizado pela ora Recorrente decorrente de outra ação judicial no Brasil, são matérias que não podem ser apreciadas pela Corte Inglesa*.
>
> 46. *Assim, se é certo que tais questão não podem ser objeto de requerimento perante a Justiça de Londres,* ***negar que a Justiça brasileira as examinasse*** *seria negar à Recorrente o próprio* ***direito*** *à tutela jurisdicional! Retirar-lhe o próprio direito de ação garantido pela Constituição Federal!!!* (fls. 1.959/1.961).

Conclui, nessa parte, afirmando "que foram três as questões que restaram omitidas pelo V. Acórdão recorrido: (i) a alegação de fraude à lei e aplicação do artigo 17 do LICC, (ii) a violação ao princípio constitucional à garantia da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, e, ainda, (iii) a divergência com julgado do Superior Tribunal de Justiça versando sobre a matéria" (fl. 1.962).

Alega contrariedade aos arts. 88, I e II, do CPC/1973 e 12 da LICC, por inexistir "dúvida a respeito da competência internacional da Justiça brasileira para o conhecimento e julgamento da demanda ajuizada pela ora Recorrente" (fl. 1.965). Destaca que, como "ressaltado pelo V. Acórdão recorrido em inúmeras passagens, observa-se que os contratos firmados pelas partes (*Supervision Agreements*), embora prevejam como foro de eleição o da Corte Inglesa, de Londres" – Cláusula 14.2. –, não afetarão "os direitos das presentes partes de apresentar citações de qualquer outra forma permitida por lei nem afetará o

direito das presentes partes de instaurar ações ou processos contra a outra parte ou seus bens nos tribunais de qualquer outra jurisdição" (fls. 1.965/1.966). Assevera que, "em conformidade com os próprios termos dos contratos firmados entre as partes, verifica-se que a ora Recorrente está autorizada, assim como a Recorrida também o estaria, a buscar a jurisdição nacional para a defesa de seus direitos e postulações" (fl. 1.966). Argumenta que os incisos I e II do art. 88 do CPC/1973 "têm inequívoca aplicação ao caso dos autos: não só a Petrobrás, uma das Rés, é empresa sediada no país, como as obrigações de que dão conta os contratos firmados entre as partes – a entrega de três plataformas de petróleo – foram cumpridas no Brasil" (fl. 1.967). Cita julgados do STF e do STJ que permitem ao autor, diante da concorrência entre as jurisdições, optar pela propositura da ação perante tribunais estrangeiros ou no Brasil.

Especificamente acerca do inciso II do art. 88 do CPC/1973, esclarece que a "recorrente, por meio de empresas a ela vinculadas no exterior, participou das conversões e adaptações das Plataformas P-36, P-38 e P-40. Tais Plataformas, depois de construídas, foram trazidas para o país e entregues à Petrobrás, que as utiliza na extração de petróleo em campos petrolíferos brasileiros" (fl. 1.974). Assim, conclui a recorrente, "não há dúvida de que as obrigações assumidas em consequência dos contratos entabulados no exterior foram cumpridas no Brasil, na medida em que as Plataformas foram trazidas para o país e aqui entregues à Petrobrás!" (fl. 1.975). Entende que "não há que se fazer uma distinção entre a obrigação de construir as plataformas e a obrigação de entregá-las à Petrobrás, como se somente a primeira fosse atribuída à ora Recorrente" (fl. 1.975). Com isso, "sendo fato incontroverso, reconhecido pelo próprio aresto recorrido, que as plataformas construídas foram entregues à Petrobrás, tanto que todas elas (P-36, mesmo afundada, P-38 e P-40) se acham em território brasileiro desde que ficaram prontas, induvidosa a competência internacional da Justiça brasileira para o conhecimento e julgamento da demanda ajuizada pela ora Recorrente" (fl. 1.975). Cita precedente do STJ Corte envolvendo contrato de transporte no qual é assumida a obrigação de entregar a mercadoria no Brasil.

Invocando julgado desta Corte, assevera que o art. 88 do CPC/1973, "muito embora estabeleça hipóteses em que a jurisdição brasileira é concorrente – e não exclusiva –, encerra norma de ordem pública, até por ser regra de natureza processual; e, como tal, não pode ser derrogada pela vontade das partes" (fl. 1.978). Nesse caso, "mesmo que as partes tenham elegido o foro a reger a relação contratual entre elas havida, tal fato não é capaz de obstar a jurisdição brasileira na espécie" (fl. 1.978) nem implica "renúncia à jurisdição brasileira" (fl. 1.981).

Afirma, por outro lado, afronta ao art. 90 do CPC/1973. Destaca que, "na hipótese, tem-se em desfavor dos interesses da ora Recorrente e a um processo com ampla defesa e direito ao contraditório, decisões da Justiça de Londres que aplicam a literalidade e não reconhecem provas como e-mails e documentos internos da Recorrida e, pior, para serem impugnadas por recursos exigiriam o dispêndio de elevados valores, incompatíveis com o princípio do acesso à Justiça" (fl. 1.985). Acrescenta que "as ações em curso perante a Justiça de Londres, ainda que já tenham sido definitivamente julgadas por aquela jurisdição, não impedem, nem mesmo afetam o direito da ora Recorrente de promover e ver julgada demanda que vise discutir a mesma relação jurídica, por força do que expressa e claramente prescreve o artigo 90 do Código de Processo Civil, mesmo que idênticas fossem!!! E já se fez ver que nem identidade as ações possuem" (fl. 1.985).

Reitera a "inexistência de causa idêntica em trâmite perante a jurisdição estrangeira", tendo em vista as questões que somente poderiam ser conhecidas pela Justiça brasileira (fl. 1.988), a saber: (i) nulidade da eleição do foro de Londres e da escolha pela lei inglesa; (ii) compensação de créditos da recorrente junto à Petrobrás com seus possíveis débitos que venham a ser apurados no curso do feito" (fl. 1.990).

Sustenta que a escolha da lei inglesa para reger o contrato contraria o art. 17 da LICC, a ordem pública e a soberania nacional, destacando que tal opção "representava a ausência de entraves aos interesses particulares da Petrobrás" (fls. 1.994/1.995). Isso porque, "na época da contratação das plataformas [...], não vigorava o Decreto n. 2.475/1998, que veio a permitir à Petrobrás maior agilidade nas suas contratações, estabelecendo seu procedimento licitatório simplificado" (fl. 1.994). A escolha "da lei inglesa impediu que as empresas contratadas (vinculadas à ora Recorrente), FPSO Engineering Inc., FPSO Construction Inc., FSO Engeneering Inc., FSO Construction Inc. e Petromec Inc., pudessem ter amparo adequado em suas postulações na Corte Londrina, como teriam, por certo, no sistema legal codificado e constitucional brasileiro" (fl. 1.995).

Em capítulo específico pertinente à divergência jurisprudencial, indica como paradigmas: (i) o REsp n. 251.438/RJ – STJ, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, *Quarta Turma*, DJ de 2.10.2000, em que se decidiu que o art. 88, II, do CPC/1973 dispõe sobre competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira e que "à justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado

ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite" (fl. 2.018); (ii) AI n. 8.275-0 – TJSP, Rel. Des. Nóbrega de Salles, julgado em 16.6.1988, que reconhece a validade da eleição de foro internacional, mas sem afastar a jurisdição nacional, cuja autoridade não estaria impedida de apreciar a matéria.

Pede, ao final, a nulidade do acórdão recorrido por ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973 ou o provimento do recurso para reconhecer "a jurisdição da Justiça brasileira para o conhecimento e julgamento da demanda ajuizada pela ora Recorrente, com o [...] restabelecimento do *decisum* de 1ª Instância, que concedeu a tutela antecipada" (fls. 2.025/2.026).

As recorrentes *FSO Construction Inc.*, *FSO Engineering Inc.*, *FPSO Construction Inc.* e *FPSO Engineering Inc.* qualificam-se como terceiras interessadas e fundamentam o direito de recorrer no art. 499 do CPC/1973, assim:

> 20. Embora não sejam partes do processo, as recorrentes têm evidente legitimidade recursal, na forma do art. 499 do Código de Processo Civil, pois se encaixam com perfeição no conceito de terceiro interessado.
>
> 21. Veja-se que é muito evidente a interdependência entre o seu interesse de intervir na demanda e a relação jurídica discutida no processo. As recorrentes são as credoras originais dos valores cobrados pela *Marítima* neste processo. Tais créditos foram transferidos *onerosamente* à *Marítima* em razão de dação em pagamento (fls. 273/279) [...]
>
> [...]
>
> 22. As recorrentes transferiram à *Marítima* os direitos exigidos neste processo, obtendo, em contrapartida, a quitação dos débitos que possuía junto àquela sociedade.
>
> 23. Assim, caso a Marítima venha a ser sucumbente neste processo, perdendo, por força de decisão judicial, os direitos que lhe foram transmitidos com base na dação em pagamento, a quitação das obrigações das suplicantes, passada pela *Marítima*, também perderá efeito, em decorrência direta da regra do art. 359 do Código Civil [...]
>
> [...]
>
> 25. Em suma: *caso a **Marítima** venha a ser derrotada neste processo, a obrigação das recorrentes ressuscitará, em razão da anulação da quitação. Assim, é induvidoso que o resultado deste processo afetaria claramente a situação jurídica das recorrentes*.
>
> 26. Inquestionável o interesse jurídico das recorrentes, fica evidente o direito de recorrer como terceiras interessadas (fls. 2.111/2.112).

No mérito, sustentam afronta aos arts. 88, I e II, e 90 do CPC/1973, tendo em vista que, nas hipóteses do primeiro dispositivo, poderá haver, "simultânea ou sucessivamente, processos em curso no Brasil e no estrangeiro, sendo necessário determinar as consequências da pluralidade de processos sobre uma mesma questão nessas situações" (fl. 2.112). Destacam ser "indiscutível a competência concorrente do foro brasileiro e do londrino para processar e julgar as ações oriundas dos contratos celebrados. O próprio acórdão recorrido conhece desta concorrência, sem, contudo, reconhecer a competência brasileira para julgar o presente" (fl. 2.112). Acrescentam que a norma do art. 90 do CPC/1973 "*torna irrelevantes* para a Justiça brasileira os possíveis efeitos dos processos instaurados no exterior em relação às ações intentadas no Brasil pelas mesmas partes, não sendo lícito ao juiz eximir-se de julgar a causa sob o fundamento de que há, no estrangeiro, processo idêntico ou mesmo semelhante ao que lhe foi aqui apresentado. Como se sabe, nos termos do art. 105, I, i, da Constituição Federal, e do art. 483 do CPC, a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo STJ" (fl. 2.113). Explicam, ainda, que, "se a sentença proferida no processo instaurado no exterior transitar em julgado e for homologada no Brasil, pelo STJ, feita a homologação daquela sentença estrangeira, o processo iniciado no Brasil não poderá prosseguir, tendo em vista que aquela sentença passará, em decorrência da homologação, a integrar a ordem jurídica brasileira, com força de coisa julgada (José Carlos Barbosa Moreira, Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil em país estrangeiro, R. Bras. Dir. Processual, vol. 5, pp. 68/69)" (fl. 2.113). Asseveram que "tal homologação não foi realizada no caso em questão, o que impõe a apreciação deste processo pela justiça brasileira" (fl. 2.114).

Afirmam que "essas conclusões não se alteram em razão da existência, nos contratos da P-36, P-38 e P-40, de cláusulas de eleição de foro em favor do Judiciário britânico. [...] *muito embora as partes tenham, efetivamente, eleito o foro de Londres para dirimir as divergências oriundas dos contratos firmados, elas ressalvaram o seu direito de ajuizar, perante tribunais de outros países, demandas também relativas aos mesmos contratos*" (fl. 2.115). Ressaltam que "o v. acórdão recorrido reconheceu que a eleição de foro foi feita *sem exclusividade*" (fl. 2.115). Acrescentam que, mesmo sem a exceção contratual, "a existência da cláusula de eleição de foro estrangeiro não tem o efeito de afastar a competência da Justiça brasileira nas hipóteses contempladas pelo art. 88 do CPC porque, ainda que se repute válida a cláusula de eleição de foro estrangeiro, essa escolha não afasta a jurisdição brasileira se qualquer dos casos previstos no referido art. 88

se verificar" (fl. 2.116). Para efeito de demonstrar a presença das hipóteses do referido dispositivo, argumentam:

> 43. No caso específico, fora o fato de que a *Marítima* não era parte das ações propostas no exterior – o que basta para afastar a alegação esdrúxula de que a eleição de foro torna incompetente o juiz brasileiro –, veja-se que as obrigações relativas às obras de conversão das plataformas P-36, P-38 e P-40 *devem ser cumpridas no Brasil*. Some-se a isso o fato de que a *Petrobrás* é empresa *domiciliada* no Brasil e a *Brasoil* é apenas uma *longa manus* daquela sociedade, sendo o seu endereço formal nas Ilhas Cayman mera questão de conveniência interna do próprio grupo *Petrobrás*. Portanto, a *Brasoil* não é verdadeiramente uma empresa estrangeira. Ela é uma subsidiária integral da *Petrobrás*, empresa de economia mista controlada pela União Federal. Os principais escritórios e dirigentes da *Brasoil* situam-se na cidade do Rio de Janeiro (deve ser lembrado que, segundo o parágrafo único do art. 88, do Código de Processo Civil, "(...) reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.").
>
> 44. Presentes os requisitos do art. 88, I e II, do CP, manifesta a competência da justiça brasileira para apreciar a demanda (fls. 2.116/2.117).

Especificamente quanto ao art. 90 do CPC/1973, asseveram "que somente haveria litispendência entre a ação ajuizada no Brasil e aquelas em curso na Inglaterra caso existisse a denominada tríplice identidade, ou seja, quando as ações têm 'as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido' (CPC, art. 301, § 2º). Na espécie aqui examinada, não há identidade de partes, já que, conforme anteriormente explicitado, a ação movida perante o Juízo britânico tem como autoras as credoras originárias, enquanto o presente processo foi proposto pela *Marítima*, que com elas não se confunde. Essa singela circunstância é mais do que suficiente para excluir, por completo, a alegação de litispendência" (fl. 2.117). Concluem que "as ações propostas perante a Commercial Court of the Queen's Bench Division, em Londres, referentes aos contratos de conversão e adaptação das plataformas P-36, P-38 e P-40, transitadas em julgado ou não, pouco importa, *não* produzem qualquer efeito relativamente ao processo movido no Brasil pela *Marítima* contra a *Petrobrás* e a *Brasoil*. As eventuais decisões proferidas pelo Judiciário britânico só produzirão efeitos no território brasileiro se e quando o STJ acolher o pedido de homologação daquelas sentenças estrangeiras, o que não ocorreu" (fls. 2.117/2.118). Ademais, continuam as recorrentes, "o próprio acórdão recorrido, apesar de erroneamente, *d.v.*, afastar a incidência do inciso II, do art. 88, reconhece a possibilidade do trâmite de uma ação em Londres e outra no Brasil, por força do art. 90 do CPC e ressalva, ainda, a inexistência de homologação pelos Tribunais Superiores de qualquer

sentença produzida no Tribunal londrino" (fl. 2.118). Por isso, entendem que "não pode o Judiciário brasileiro deixar de julgar a ação aqui proposta sob o argumento de que há processos, findos ou em andamento, perante o Judiciário de outro país" (fl. 2.118).

Para comprovar a divergência jurisprudencial, indicam o REsp n. 251.438/RJ, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, *Quarta Turma*, DJ de 2.10.2000. Esclarecem que os arestos confrontados "analisaram a questão da litispendência, restando [...] amplamente discordantes. Assim, enquanto o acórdão recorrido entendeu ser prejudicial a esta demanda a ação proposta no Tribunal londrino, o acórdão paradigma entendeu irrelevante qualquer outra ação ajuizada anteriormente em foro estrangeiro, nos termos do art. 90 do CPC" (fls. 2.120/2.121).

Pedem o provimento do recurso para que "se reconheça a jurisdição da Justiça brasileira para julgar a causa e, consequentemente, se determine o prosseguimento do feito, erroneamente extinto" (fl. 2.122).

A recorrida, *Braspetro Oil Services Company – Brasoil*, apresentou contrarrazões aos recursos especiais.

Acerca do recurso interposto por *FSO Construction Inc.*, *FSO Engineering Inc.*, *FPSO Construction Inc.* e *FPSO Engineering Inc.*, a recorrida alega, preliminarmente, que tais recorrentes não possuem legitimidade recursal, aduzindo sobre a matéria três argumentos:

> 12. O argumento das recorrentes pode ser resumido da seguinte forma. As recorrentes seriam as credoras originais dos valores cobrados pela Marítima na presente demanda. Tais créditos teriam sido transferidos onerosamente à Marítima como "dação em pagamento" por supostos débitos que as recorrentes possuiriam em face de sua coligada Marítima. Segundo alegam, caso a Marítima "venha a ser sucumbente" na ação que propôs no Brasil, "perdendo, por força de decisão judicial, os direitos que lhe foram transmitidos como base na dação em pagamento, a quitação das obrigações das suplicantes, passada pela Marítima, também perderá efeito, em decorrência direta da regra do art. 359 do Código Civil" (fls. 2.111). A afirmação não corresponde à realidade.
>
> ***Em primeiro lugar***, não é isso o que prevê o próprio ajuste por meio do qual teria havido a referida transferência de créditos e a suposta "dação em pagamento" invocada pelas recorrentes, intitulado "instrumento particular de ajuste de direitos e obrigações" (fls. 273-79). De acordo com tal instrumento, a Marítima: *(i)* teria assumido responsabilidade pelas obrigações que vierem a ser impostas pela Justiça inglesa às recorrentes FSO/FPSO e à Petromec; e *(ii)* teria recebido, "em dação em pagamento" por "serviços de assessoria e atuação"

prestados para tais empresas (sequer especificados, note-se), *os direitos que a elas sejam judicialmente reconhecidos como devidos pela recorrida ou pela Petrobrás, relativos aos trabalhos nas plataformas P-36, P-38 e P-40* (cláusula 1).

14. A parte *(i)* da cláusula referida constitui típico contrato de assunção de dívidas (CC, art. 299 e ss.). Petromec e FSO/FPSO devem à Brasoil e/ou à Petrobrás uma série de valores em função de empréstimos, adiantamentos e pagamentos diretos feitos pelas duas últimas a fornecedores e prestadores de serviços de responsabilidade das primeiras: o tema é objeto de discussão perante a Justiça inglesa, como já referido. A parte *(ii)* da cláusula, por seu turno, constitui, em verdade, *cessão de créditos*. Com efeito, muito embora a autora e suas coligadas tenham tentado (mal) disfarçar típico contrato de cessão sob a denominação de "dação em pagamento", trata-se claramente de uma cessão de créditos, como, aliás, admite a própria Marítima no item 6 da inicial (fls. 43). Assim, sequer em tese se aplicaria ao ajuste o referido art. 359 do Código Civil, não havendo que se falar em "perda de quitação" ou qualquer outro efeito sobre a esfera jurídica das ora recorrentes em decorrência da ação proposta pela Marítima, da qual elas não são partes.

15. De toda sorte, e ***em segundo lugar***, ainda que o acórdão recorrido tivesse o condão de causar a evicção dos créditos supostamente dados em pagamento pelas recorrentes à Marítima, esta jamais poderia demandar aquelas por tal evicção, diante do disposto no art. 457 do Código Civil, *verbis*: "*Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa*". Isso porque, lembre-se o objeto da suposta dação em pagamento foi o resultado, futuro e incerto, de *demandas judiciais*, coisa litigiosa por excelência. Ou seja: não haveria qualquer interesse jurídico das ora recorrentes a justificar a interposição de recurso especial na hipótese.

16. Por fim, ***e em terceiro lugar***, ainda que tudo fosse como querem as recorrentes – o que se admite apenas para argumentar –, também não restaria caracterizado na hipótese qualquer interesse das recorrentes capaz de autorizar a apresentação do presente recurso especial, com fundamento no art. 499, § 1º, do CPC. Como se sabe, o interesse que justifica a intervenção do terceiro prejudicado em sede recursal é o *interesse jurídico*, isto é, a titularidade de suposto direito em cuja defesa ele acorra. O ponto é pacífico na jurisprudência desse Eg. STJ, que já decidiu diversas vezes que o interesse eminentemente econômico ou o mero prejuízo de fato não autorizam o recurso do terceiro, que deva demonstrar a existência de *prejuízo jurídico advindo da decisão recorrida*. [...]

[...]

17. Pois bem. *O v. Acórdão recorrido extinguiu a ação proposta pela Marítima sem julgamento de mérito*, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válidos do processo (a jurisdição). Ou seja: *a situação de direito material trazida ao processo simplesmente não recebeu qualquer solução jurídica – seja favorável ou desfavorável a qualquer das partes –, restando absolutamente*

> *intacta, tal como antes do ajuizamento da ação*. Qual seria, assim, o prejuízo para a esfera jurídica das ora recorrentes, que sequer são partes na demanda? Evidentemente, nenhum. A decisão recorrida simplesmente não tem o condão de produzir qualquer efeito, positivo ou negativo, sobre o suposto crédito cedido – ou mesmo, para argumentar, "dado em pagamento" – pelas ora recorrentes à sua coligada Marítima. Na realidade, o argumento das ora recorrentes só faria algum sentido se a decisão contra a qual se insurgem houvesse julgado *improcedentes* os pedidos formulados pela Marítima, o que não ocorreu.
>
> 18. Além disso, a extinção da presente ação sem exame de mérito não tem qualquer repercussão sobre o resultado das ações movidas perante a Justiça – que é, afinal, o objeto do tal "instrumento de ajuste de direitos e obrigações" invocado pelas recorrentes para justificar sua suposta legitimidade recursal –, permanecendo tudo como dantes. Não há que se falar, portanto, em nenhuma espécie de prejuízo às ora recorrentes advindos da decisão recorrida, menos ainda o prejuízo jurídico exigido pela lei processual e pela jurisprudência dessa Eg. Corte para reconhecer legitimidade recursal a um terceiro. Desse modo, diante da ilegitimidade recursal das FSO/FPSO, a ora recorrida confia em que essa Eg. Corte sequer conhecerá do presente recurso especial (fls. 2.477/2.480).

Invoca a incidência da Súmula n. 5 do STJ, tendo em vista que as recorrentes pretendem "impugnar a validade e a interpretação conferida pelo Tribunal *a quo* à cláusula de eleição de foro estrangeiro pactuado pelas partes" (fl. 2.480), e da Súmula n. 7 do STJ porque "a análise do presente recurso exigiria dessa E. Corte o reexame (a) das circunstâncias fáticas que envolveram a celebração do complexo contratual que regulava os projetos objetos da lide; (b) das circunstâncias fáticas que envolveram as demandas em Londres; e (c) das peças processuais produzidas em mais de 5 anos de litígio na Justiça inglesa, incluindo diversas sentenças finais de mérito" (fls. 2.481/2.482).

Sustentou a recorrida, também, que (i) a divergência jurisprudencial não ficou comprovada, (ii) não está caracterizada a violação dos arts. 88, I e II, e 90 do CPC/1973, (iii) a cláusula de eleição de foro estrangeiro é válida, (iv) a pretensão recursal afronta o "princípio da boa-fé na modalidade *venire contra factum próprio*" (fl. 2.492), tendo em vista que "a Petromec – coligada e suposta cedente dos direitos da autora –, podendo instaurar a demanda no foro brasileiro, tomou a iniciativa de propô-la perante o foro inglês" (fl. 2.492), conclusão que não é alterada pela cessão de direitos, e que:

> 57.... No que toca à ora recorrida, Brasoil, empresa sediada nas Ilhas Cayman, nenhuma das hipóteses acima se verifica *in casu*. ***Em primeiro lugar***, ao contrário do que afirmam as recorrentes, com incrível desconhecimento de causa, a

> recorrida não é domiciliada no Brasil, não possuindo sequer filial ou escritório no país. ***Em segundo lugar***, as obrigações advindas dos contratos em que se baseiam os pleitos da autora – isto é: a reforma e adaptação das plataformas P-36, P-38 e P-40 – não deveriam ser cumpridas no Brasil. No caso da P-36, por escolha da própria contratada pelo serviço (a Petromec), a adaptação teve lugar no Canadá, ao passo que as obras de conversão da P-38 e da P-40 foram realizadas em Cingapura. Também os pagamentos feitos pela Brasoil às coligadas da Marítima ocorreram fora do Brasil (as contratadas eram todas empresas estrangeiras, note-se). ***Em terceiro lugar***, o único fato ocorrido no Brasil que consta como causa de pedir na inicial – ainda que fosse verdadeiro ou tivesse produzido as consequências pretendidas pela autora, o que não é fato e se admite apenas para argumentar – é o suposto 'ilícito' consubstanciado na decisão da Diretoria da Petrobrás de retirar de pauta uma proposta de pagamento global pelos custos adicionais alegados pelas coligadas da Marítima. Tal fato, porém, diz respeito apenas à co-recorrida Petrobras – e não à Brasoil.
>
> 58. Assim, ainda que se ultrapassem os argumentos deduzidos acima, no que se refere à ora ré, Brasoil, não se justifica o exercício da atividade jurisdicional pelas autoridades brasileiras, uma vez que não estão presentes quaisquer das hipóteses taxativamente previstas no art. 88 do CPC – tão menos, evidentemente, trata-se aqui de aplicação do art. 89 do CPC (fl. 2.496).

Nas contrarrazões apresentadas contra o recurso especial interposto por *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.*, a recorrida *Braspetro Oil Services Company – Brasoil* reitera argumentos invocados nas contrarrazões acima referidas, acrescentando que também não houve contrariedade aos arts. 535 do CPC/1973, 12 e 17 da LICC nem à soberania nacional, à ordem pública ou à ordem pública (fls. 2.500/2.542).

Os recursos especiais referidos foram admitidos na origem (fls. 2.579/2.582), e a *Brasoil* opôs embargos de declaração para que fosse examinada e acolhida a ilegitimidade recursal de *FSO Construction Inc.*, *FSO Engineering Inc.*, *FPSO Construction Inc.* e *FPSO Engineering Inc.* (fls. 2.584/2.586). Tais aclaratórios foram rejeitados sem enfrentamento expresso da alegada ilegitimidade recursal (fls. 2.588/2.589).

O recurso especial interposto por *Brasoil* e o recurso extraordinário da empresa *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* não foram admitidos (fls. 2.579/2.582).

O Agravo de Instrumento n. 1.090.557/RJ, interposto por *Brasoil*, foi desprovido nesta Corte por decisão do em. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, mantido tal julgamento por esta *Quarta Turma* em acórdão publicado no DJe de 29.6.2009 e que transitou em julgado.

No colendo STF, o Agravo de Instrumento n. 776.563/RJ, interposto por *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.*, foi suspenso por despacho da em. Ministra *Rosa Weber*, Relatora, até o julgamento dos recursos dirigidos a esta Corte.

A recorrida protocolizou petição reiterando aspectos meritórios e informando a perda de objeto dos recursos especiais "ao menos quanto aos pleitos relativos à conversão e adaptação da plataforma P-36, diante da homologação das sentenças inglesas sobre o ponto" (fl. 2.608) nos autos da SEC n. 3.932/GB, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Corte Especial*, DJe de 11.4.2011.

Em outras petições, a recorrida esclareceu que o STF negou seguimento ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 683.536/RJ, interposto nos autos da SEC n. 3.932/GB, transitando em julgado o respectivo acórdão (fls. 2.612/2.616 e 2.619/2.621).

A recorrente *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* sustenta não haver prejudicialidade, tendo em vista que o presente recurso especial é mais abrangente que a SEC n. 3.932/GB. Alternativamente, pede que seja declarada a prejudicialidade do recurso especial apenas em relação aos pedidos vinculados à P-36 (fls. 2.628/2.630 e 2.635/2.637).

As recorrentes *FSO Construction Inc.*, *FSO Engineering Inc.*, *FPSO Construction Inc.* e *FPSO Engineering Inc.*, por sua vez, protocolizaram petição asseverando que:

> 3. Como se viu, discute-se nestes autos a jurisdição brasileira para processar e julgar demanda que envolve não só a plataforma P36, mas também as plataformas P38 e P40, estas últimas de interesse das aqui recorrentes. Obviamente, a homologação de sentença estrangeira referente à plataforma P36 não tem o condão de sepultar a discussão relativa às demais plataformas, que envolvem outras partes e outros contratos.
>
> 4. Evidentemente, subsiste o interesse das recorrentes no julgamento da demanda, assim como não se pode admitir a alegação de que houve perda do objeto do recurso. É importante ressaltar, como bem fez o v. Acórdão que julgou a SEC n. 3.932, que esta egrégia Corte, ao homologar a sentença estrangeira, não tece qualquer juízo de valor acerca do mérito da causa, mas tão somente quanto aos requisitos de forma para a sua homologação.
>
> 5. Certo é que, se não houve análise de mérito, permanece o interesse no julgamento do presente recurso especial, não havendo, portanto, que se falar em perda do seu objeto (fl. 2.633).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Na origem, a recorrente *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* propôs, em 12.12.2006, "ação declaratória de rito ordinário com pedido de tutela antecipada" contra *Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A.* e contra *Braspetro Oil Services Company – Brasoil*, narrando que:

> 1. A Autora é empresa especializada no ramo de prestação de serviços na área petrolífera, fornecendo serviços de engenharia (construção, adaptação, conversão, etc.) e de mão-de-obra, nas áreas de perfuração e produção de petróleo, já tendo um histórico de inúmeros serviços prestados em favor da Primeira Ré, em especial na década de 90 do século passado.
>
> 2. Nas suas atividades sociais, participou das conversões e adaptações das plataformas P-36, P-38 e P-40 para as Rés, por si e com a utilização de complexas estruturas estrangeiras desenvolvidas pela Petrobrás, que envolveram a criação, sob a proteção técnica da Autora, de empresas *offshore* de propósito específico (no caso da P-36, a Petromec Inc. e, no caso das P-38 e P-40, as empresas FPSO Construction/FSO Construction, FSO Engeneering e FPSO Engineering Inc.), sendo que a Primeira Ré também protegeu-se sob o "manto", nas contratações em questão, de uma empresa sua subsidiária integral no estrangeiro, Braspetro Oil Serviços Company – Brasoil, ora Segunda Ré.
>
> 3. Em decorrência de divergências por eventos ocorridos no curso da execução das obras e serviços nas plataformas antes referidas (P-36, P-38 e P-40), [...] se viram as partes (assim entendidas não apenas a Autora Marítima e a Ré Petrobrás, mas também as empresas a elas vinculadas antes aludidas), envolvidas em duas disputas judiciais perante a Justiça Britânica, já que foi pela Petrobrás, nos instrumentos contratuais firmados, previsto o foro daquela capital do Reino Unido (assim como "eleita" foi a lei inglesa como aplicável), para solver as dúvidas e litígios relativos aos *supra* aludidos serviços convencionados.
>
> 4. Ocorre que, não possuindo a Autora e as empresas FPSO Inc., FSO Inc., FPSO Engeneering Inc. e FSO Engeneering Inc. e Petromec Inc., (a elas ligadas), condições econômicas para sustentar os litígios em Londres, vez que lá despenderam, sem solução final dos litígios, alguns milhões de dólares em custos processuais e necessitariam despender outros tantos (doc. 2a e doc. 2B), e sendo, ainda, bastante diferente o sistema processual e interpretativo da Justiça Inglesa (baseado nos precedentes), viu-se a Marítima compelida a desistir de litigar na Justiça Britânica, pretendendo com isso litigar com a Petrobrás no País e jurisdição natural de ambas, que é a Justiça brasileira, Comarca da Capital do Rio de Janeiro.
>
> 5. Tal opção justifica-se ainda pela dificuldade enfrentada na Justiça de Londres de fazerem valer à Recorrente e empresas coligadas, na estreita via dos precedentes (inexistentes em situações *sui generis* como as surgidas entre as partes), os créditos estabelecidos em face das Rés por conta de serviços adicionais

e alterações no escopo das obras das plataformas P-36, P-38 e P-40, por solicitação da Ré Petrobrás, por si ou por sua *subsidiária integral* Brasoil, sendo legal e válido o direito da Autora optar por discutir a matéria na justiça brasileira [...].

6. E para que não restem dúvidas acerca da legitimidade da Marítima em ocupar o pólo ativo da demanda, as litigantes em Londres e contratadas a ela vinculadas (FPSO Inc. e outras já referidas) cederam, todas, seus direitos contra a Petrobrás e Brasoil para a Autora em contrato escrito elaborado em português e inglês (doc. 3) (fls. 42/43).

A autora, ao final, deduziu os seguintes pedidos:

163. A teor do exposto, requer-se a V. Exa:

a) a concessão da tutela antecipada, diante das evidências de crédito da Autora, pelos serviços e atos executados nas plataformas P-36, P-38 e P-40; diante do direito à apuração dos valores devidos por ou em favor de qualquer das partes em relação às relações contratuais mencionadas e, em especial, diante da circunstância de ser a Marítima credora, embora ainda apenas com título sujeito a execução provisória, de bilionária indenização em face da Primeira Ré, para:

a-1) suspender a exigibilidade, por parte das Rés, de quaisquer valores da Autora, seus sócios ou empresas coligadas, relativos a supostos adiantamentos ou pagamentos feitos nas obras e serviços das plataformas P-36, P-38, P-40;

a-2) Em consequência do deferimento do item a.1 acima, intimar as Rés para que se abstenham de, no Brasil ou no Exterior, adotarem ou requererem medidas coercitivas com base em tais supostos créditos até apuração e decisão final desta ação;

b) a intimação das Rés e sua subsequente citação e para, querendo contestar a presente, que deverá, ao final, ter seu pedido julgado procedente para:

b-1) reconhecer, em relação às obras da P-36, a responsabilidade das Rés por pagarem à Autora os valores relativos aos custos adicionais de conversão da plataforma para o campo de Roncador, condenando-se as mesmas Rés a pagarem à Autora o valor de U$$ 112 milhões de dólares, incluindo-se ainda o percentual de 10% de lucro em tal valor, tudo como negociado pelos prepostos e diretores da Petrobrás com a Petromec, acrescido de juros de mora a partir da premeditada retirada da matéria de votação da Diretoria (data do ilícito, 7.10.1999);

b-2) em relação às obras e serviços da P-38 e P-40, reconhecer como vinculante a previsão de que a exigibilidade de valores por parte da Petrobrás e/ou Brasoil em face da Marítima, e empresas FPSO e FSO exige a prévia apuração de saldo devedor ou credor entre as partes, proferindo-se sentenças que declare, após a competente prova pericial, o crédito ou débito da Autora e, se credora, condene a Petrobrás e a Brasoil a pagá-lo;

> *b-3)* se reconhecido algum débito da Marítima em face das Rés, assegurar à Autora o direito de compensá-los com os créditos que sejam em seu favor reconhecidos nesta ação ou na ação proposta relativa às plataformas *Amethysts*, bem como garantir que os créditos e débitos entre as partes tenham, para não gerar locupletamento injusto em favor de qualquer delas, o mesmo tratamento de juros na sua apuração (fls. 94/95).

Concedida a tutela antecipada pelo Juiz da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital – RJ (fls. 97/98), as rés *Brasoil* e *Petrobrás* interpuseram agravos de instrumento, os quais foram providos pelo TJRJ, em 27.3.2007, para extinguir a própria demanda com fundamento no art. 267, IV, do CPC/1973, por ausência de jurisdição nacional e de competência. Eis as ementas dos acórdãos proferidos em segundo grau:

> Tutela antecipada. Contrato internacional. Lei Brasileira. Foro de eleição. Lei Inglesa. Jurisdição.
>
> Agravos contra a decisão que deferiu tutela antecipada, em sede de ação declaratória ordinária, para o fim de reconhecer *ab initio* a competência da Justiça do Brasil para dirimir o conflito de interesse das partes.
>
> No contrato firmado, as partes, dentre outras avenças, escolheram o foro de Londres como aquele que teria jurisdição para dirimir seus conflitos, prevendo, por óbvio, a aplicação da legislação inglesa. As ações foram propostas na Corte de Londres.
>
> A Agravada, após sair-se vencida na justiça inglesa, volta seus pleitos à Justiça Brasileira.
>
> Portanto, primeiramente se deve verificar se a Justiça do Brasil tem jurisdição para conhecer e julgar a demanda principal.
>
> O Código de Processo Civil, nos artigos 88, 89 e 90, embora sob a rubrica de competência internacional, nada mais fez senão indicar a jurisdição brasileira para os casos ali elencados. Também fê-lo o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.
>
> É de sabença que a jurisdição da justiça brasileira, diante de tribunais estrangeiros, pode ser cumulativa ou exclusiva.
>
> O art. 88 do CPC é exemplo de competência cumulativa ou concorrente. Já o art. 89 dita regra de competência exclusiva e, *in casu*, é absolutamente inaplicável. O art. 90 deve ser analisado juntamente com o art. 88, *i.e.*, nos casos de competência concorrente, em que tanto uma ação pode tramitar aqui ou alhures, a 'ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas', mas evidentemente, enquanto a sentença estrangeira não houver sido homologada.

Das Agravantes, rés no feito principal, uma tem sede no Brasil. Os serviços contratados tem por objeto obrigações e, pelo que os autos relatam, foram cumpridas em diversos países.

Num primeiro e superficial enfoque, poder-se-ia admitir a concorrência de jurisdição, por força dos incisos I e II, do art. 88 do CPC, pois afinal, um dos réus, ora agravante, tem sede no Brasil. Em relação ao inciso II, não se verifica a hipótese e isto porque as obrigações constituídas não eram para ser cumpridas no Brasil.

Acontece que este raciocínio é simplista, pois o exame da questão manda que se vá além, na medida em que há um *plus*, consistente na opção livre que as partes fizeram pelo foro inglês e pela escolha da lei inglesa para dirimir seus conflitos.

Mesmo que as partes tenham eleito o foro sem exclusividade, ainda assim prevalece a jurisdição inglesa porque no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se insurgiu, ambas aceitando, de direito e de fato, a jurisdição inglesa, tornou-se clara e definitiva aquela escolha, não podendo agora, apenas pela conveniência da Agravada, que se viu perdedora na Corte Inglesa, a busca da prestação jurisdicional sobre fatos já julgados, a pretexto da concorrência da jurisdição.

No que toca à aplicação da lei inglesa, temos que as obrigações foram constituídas na Inglaterra e pela lei local deverão ser qualificadas, conforme preceitua o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Por fim, embora a jurisprudência trate da matéria como sendo o caso de competência relativa, já se disse que, de fato, a hipótese é de jurisdição, para o que não se pode falar de relatividade, pois a falta de jurisdição traz como consequência absoluta falta de competência. Em outras palavras, se não há jurisdição brasileira, então nenhum órgão jurisdicional terá competência. É a conclusão lógica, pelo que a exceção não é necessária.

Extinção do feito principal, nos termos do art. 267, IV do CPC.

Recursos providos, nos termos da decisão do Desembargador Relator (fls. 1.787/1.788).

Embargos de declaração. Prequestionamento.

Embargos de Declaração que visa o prequestionamento, todavia, percebe-se que sob o singelo argumento, o que não verdade se almeja é a rediscussão da matéria. Os embargos de declaração a isto não se prestam.

A jurisprudência tem se fixado no sentido de que mesmo nos embargos de declaração com o propósito de prequestionamento é necessário que se atenda aos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil.

O Colegiado Julgador pronunciou-se sobre as questões necessárias e indispensáveis ao julgamento, e não havendo necessidade de citar textualmente todos os dispositivos legais.

> Portanto, não estando presentes os requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil, não há como prosperar o recurso.
>
> Recurso desprovido (fl. 1.818).
>
> Embargos de declaração. Existência de vício. Cabimento.
>
> Se existe um dos vícios previstos no art. 535 do CPC, impõe-se que se o sane.
>
> Se o feito foi extinto, sem exame de mérito, impõe-se a fixação da verba de sucumbência para pagamento pelo Embargado.
>
> Recurso provido, mas mantido o resultado do julgamento, conforme retratado no acórdão (fl. 1.823).
>
> Embargos de declaração. Existência de vício. Cabimento.
>
> Se existe um dos vícios previstos no art. 535 do CPC, impõe-se que se o sane.
>
> Recurso provido, mas mantido o resultado do julgamento, conforme retratado no acórdão (fl. 1.836).

Daí a interposição dos presentes recursos especiais, que passo a examinar.

I. Preliminar de Prejudicialidade dos Recursos – SEC n. 3.932/GB – Homologação de Sentenças Inglesas pertinentes à Plataforma P-36

A recorrida protocolizou petição informando a perda de objeto dos recursos especiais "ao menos quanto aos pleitos relativos à conversão e adaptação da plataforma P-36, diante da homologação das sentenças inglesas sobre o ponto" (fl. 2.608) nos autos da SEC n. 3.932/GB, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Corte Especial*, DJe de 11.4.2011. Tal acórdão, posteriormente, transitou em julgado.

Sem razão a recorrida.

Destaco, inicialmente, que a homologação das sentenças estrangeiras nesta Corte não afeta, especificamente, a jurisdição nacional ou a competência interna. Com isso, homologada a referida sentença, a ação declaratória poderá até ser extinta, mas por motivo diverso da eventual ausência de jurisdição do Poder Judiciário brasileiro. A propósito, José Carlos Barbosa Moreira leciona que a decisão homologatória e a sentença proferida em demanda ajuizada no Brasil podem interferir uma na outra, reciprocamente, sob o enfoque da coisa julgada. Confira-se o que diz o eminente professor:

> Embora distintas a ação de homologação e a ação que se proponha, em nosso país, sobre a mesma lide, surge contudo a possibilidade de interferências

> recíprocas no plano da coisa julgada – e isso pela circunstância de que, homologada a sentença estrangeira, passaria ela a produzir no território nacional, com o trânsito em julgado da homologação, a sua própria *auctoritas rei iudicatae*. A primeira hipótese que merece exame é a de *anteriormente* haver passado em julgado a decisão brasileira. Abstraindo-se, é claro, de sua eventual rescisão, já não será possível obter-se a homologação de sentença alienígena que também haja decidido a lide. Com efeito, seja qual foi o conteúdo dessa decisão, coincidente ou não com o da brasileira, a sua eventual homologação, tornando-a eficaz em nosso país, importaria ofensa à *rés iudicata* da sentença nacional.
>
> Reciprocamente, trânsita em julgado a homologação *antes* de decidida a lide pela Justiça brasileira, já não será lícito a esta pronunciar-se sobre a matéria – ainda aqui, com a ressalva da rescisão superveniente da decisão homologatória. No feito que acaso se instaurasse, no Brasil, sobre a mesma lide, tocaria à parte suscitar a preliminar de coisa julgada, ou ao próprio juiz reconhecê-la de ofício (arts. 267, n. V e § 3º, e 301, n. VI e § 4º), e a consequência seria a extinção do processo sem resolução de mérito. Se porventura a existência da *res iudicata* passasse despercebida, e sobreviesse sentença definitiva, caberia contra ela ação rescisória, com fundamento no art. 485, n. IV (Comentários ao Código de Processo Civil. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. V, p. 96).

Entendo, por isso, que a alegada prejudicialidade, total ou parcial, vinculada à posterior homologação das sentenças, diz respeito, na verdade, em tese, ao enquadramento da própria ação, por fato superveniente, na hipótese do inciso V (coisa julgada) do art. 267 do CPC/1973, não à efetiva perda de objeto dos recursos, nos quais se discute exclusivamente o tema da jurisdição do Poder Judiciário brasileiro e, por consequência, a competência do Juiz de Direito da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital – RJ para processar e julgar a ação declaratória, no mérito ou não.

A decisão pertinente aos efeitos da homologação de sentença estrangeira sobre a ação declaratória, por outro lado, somente poderá ser exarada se confirmada a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro. Isso porque, sem jurisdição e sem competência, não é permitido ao magistrado decidir nenhuma outra questão jurídica, meritória ou processual.

Em tais circunstâncias, cabe a esta Corte decidir, exclusivamente, se o Poder Judiciário nacional tem jurisdição e competência para julgar a ação declaratória, matéria apresentada justamente nos recursos especiais, que deverão ser enfrentados integralmente. Obtendo resultado positivo, isto é, se confirmada a jurisdição nacional, o feito baixará à instância ordinária para que, diante dos elementos fático-probatórios atualmente constantes dos autos ou que venham

a ser juntados mediante autorização legal e judicial, aprecie se os processos estrangeiros atingidos pela homologação discutem, de fato, as mesmas questões tratadas nesta ação declaratória. Decidirá, então, os efeitos da homologação das sentenças estrangeiras – agora com validade em território brasileiro – sobre a demanda em curso, cabendo ao Juízo competente extinguir ou não o processo, com ou sem julgamento de mérito.

Ante o exposto, rejeito a alegação de prejudicialidade dos recursos especiais.

II. Recurso Especial interposto por Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.

II.a – Violação do Art. 535, II, do CPC/1973

Segundo a recorrente, o Tribunal de origem teria deixado de se manifestar acerca das seguintes questões: "(i) a alegação de fraude à lei e aplicação do artigo 17 do LICC, (ii) a violação ao princípio constitucional à garantia da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, e, ainda, (iii) a divergência com julgado do Superior Tribunal de Justiça versando sobre a mesma matéria" (fl. 1.962).

As matérias relacionadas para efeito de comprovar a afronta ao art. 535 do CPC/1973 foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, sobretudo à luz dos arts. 88, 89 e 90 do CPC/1973, de cláusula contratual e, ainda, da livre aceitação pelas partes da jurisdição estrangeira. Confiram-se algumas passagens dos acórdãos que proveram os agravos de instrumento e que julgaram os primeiros aclaratórios pela recorrente *Marítima*:

> Diante da complexidade do tema, o juiz *a quo* se houve com extrema parcimônia e singeleza ao apreciá-lo, resumindo-se a dizer, *verbis*:
>
> ***Ressalta que a justiça brasileira é competente pelo princípio de ordem pública e soberania a que submete os seus nacionais.***
>
> Portanto, o primeiro passo é enfrentar a questão, posto que se a conclusão for pela ausência de jurisdição, outra alternativa não restará senão a extinção do feito principal.
>
> Das lições dos mestres e relembrando os tempos da Faculdade, aprende-se que a jurisdição é una e decorre da soberania estatal, na medida em que cabe ao Estado realizar a função julgadora, dirimindo os conflitos de interesses pela outorga da prestação jurisdicional.
>
> [...]

O Código de Processo Civil, nos artigos 88, 89 e 90, embora sob a rubrica de competência internacional, nada mais fez senão indicar a jurisdição da justiça brasileira nos casos ali elencados. Também fê-lo o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

[...]

O art. 88 do CPC é exemplo de competência cumulativa ou concorrente. [...]

[...]

Já o art. 89 dita regra de competência exclusiva e, *in casu*, é absolutamente inaplicável.

O art. 90 deve ser analisado juntamente com o art. 88, *i.e.*, nos casos de competência concorrente, em que tanto uma ação pode tramitar aqui ou alhures, diz o artigo que "*A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas*", mas evidentemente, enquanto a sentença estrangeira não houver sido homologada.

[...]

Os serviços contratados tem por objeto obrigações e, pelo que os autos relatam, foram cumpridas em diversos países. Nas avenças ajustou-se o foro de Londres e a lei inglesa para a eventualidade de se ter que recorrer à justiça para a composição dos conflitos de interesses, muito embora, ao final da cláusula 14.2, tivessem deixado a abertura para outras jurisdições, do que se tratará mais adiante.

No curso do tempo, as empresas litigaram, mas em Londres, aceitando a jurisdição da justiça inglesa.

[...]

Portanto, ao meu ver, absolutamente inaplicável o inciso II, do art. 88 do CPC, restando apenas, a hipótese do inciso I, do mesmo artigo, do que resultaria, a princípio, a possibilidade de uma ação tramitar em Londres e outra no Brasil, no que se aplicaria a regra do art. 90 do CPC, até porque, ao que se sabe, não houve até hoje homologação pelo STF de sentença produzida em Londres.

[...]

Mesmo que as partes tenham eleito o foro sem exclusividade, como aliás o fizeram (final da cláusula 14.2), ainda assim prevalece a jurisdição inglesa porque no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se insurgiu, ambas aceitando, de direito e de fato, a jurisdição inglesa, tornou-se clara e definitiva aquela escolha, não podendo agora, apenas pela conveniência da Agravada, que se viu perdedora na Corte Inglesa, a busca da prestação jurisdicional sobre litígios já julgados, a pretexto da concorrência da jurisdição.

> Emitiram suas vontades de forma livre e consciente e na pactuação feita qualificaram o desejo, como contratantes, de se submeterem ao império da Lei Inglesa e, consequentemente, à sua jurisdição. Vício algum há nessa escolha, que não atenta à soberania brasileira e tampouco aos direitos dos nossos nacionais. Trata-se de relação de direito privado, com prevalência da vontade das partes.
>
> No que toca à aplicação da lei inglesa, temos que as obrigações foram constituídas na Inglaterra e pela lei local deverão ser qualificadas, conforme preceitua o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (fls. 1.791/1.796).
>
> Embargos de Declaração com o objetivo de prequestionamento do(s) artigo(s) 17 da LICC, art. 5º XXXV da CF e, ainda, porque o acórdão não se manifestou sobre a alegação de fraude à lei e nem sobre a divergência com o julgado do STJ.
>
> [...]
>
> A prestação jurisdicional foi oferecida para a composição da lide e se o Colegiado Julgador aplicou à hipótese a legislação que entendeu cabível, desnecessário considerar todas as disposições legais relacionadas a pretexto de prequestionamento.
>
> [...]
>
> No caso concreto, percebe-se que o Colegiado enfrentou a questão deduzida do art. 17 da LICC e do art. 5º XXXV da CF, absolutamente inaplicável, porque não se está jurisdição, mas se está reconhecendo uma outra jurisdição.
>
> A questão relativa à fraude à lei inexiste. É matéria absolutamente estranha e só agora ressaltada.
>
> Também impróprio o argumento de que há divergência com a jurisprudência do STJ, matéria que não pode ser aferida em sede de embargos de declaração porque constitui mérito (fls. 1.818/1.819).

As omissões apontadas, portanto, não estão presentes, ficando afastada a contrariedade ao art. 535 do CPC/1973.

II.b – Afronta aos Arts. 88, I e II, e 90 do CPC/1973, 12 e 17 da LICC

O afastamento da jurisdição nacional, no presente caso, não contraria os dispositivos citados, com o seguinte teor:

> Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:
>
> I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
>
> II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Para o fim do disposto no n. I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

> Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.
>
> Art. 12. É competente a autoridade brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.
>
> § 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.
>
> § 2º A autoridade judiciária brasileira, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.
>
> Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Destaco que, diversamente da disciplina do art. 89 do CPC/1973, que exclui expressamente "qualquer outra" jurisdição além da brasileira, o art. 88 do CPC/1973 trata de competência concorrente entre a magistratura pátria e os juízes estrangeiros, não se podendo falar sequer em litispendência, nos claros termos do art. 90 do mesmo diploma, acima reproduzido. A esse respeito inexiste dúvida na doutrina, sendo oportuno citar J. E. Carreira Alvim, que escreve:

> O art. 88 trata de uma modalidade de competência denominada "competência concorrente", em que a justiça brasileira é competente para processar e julgar determinadas causas, sem excluir a competência da justiça estrangeira, que pode, igualmente, julgar tais demandas. Em outros termos: a justiça brasileira "concorre" com a justiça de outros países no julgamento das causas elencadas nos incs. I a III do art. 88. A diferença entre a eficácia de uma e outra, é que a sentença estrangeira precisa de passar pela homologação do Superior Tribunal de Justiça para ser executada no Brasil (CF, art. 105, I, "i") (Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, vol. 1, p. 296).

Especificamente acerca do domicílio de uma das rés no Brasil (art. 88, I, do CPC/1973 e 12, *caput*, primeira parte, da LICC), o Tribunal de origem admite, em tese, a possibilidade de tramitarem duas ações, uma na Inglaterra, outra no Brasil, não caracterizando litispendência. Afastou, apenas, a hipótese do inciso II do art. 88 do CPC/1973. Confiram-se, a propósito, os seguintes lances do acórdão recorrido:

> Pois muito bem, voltando ao caso concreto, sabe-se que as Agravantes, rés no feito principal, uma com sede no Brasil e outra com sede no estrangeiro, firmaram com várias empresas com propósitos específicos, de várias nacionalidades, diversos contratos de prestação de serviços, todos dirigidos às plataformas P-36, P-38 e P-40.
>
> Os serviços contratados tem por objeto obrigações e, pelo que os autos relatam, foram cumpridas em diversos países. Nas avenças ajustou-se o foro de Londres e a lei inglesa para a eventualidade de se ter que recorrer à justiça para a composição dos conflitos de interesses, muito embora, ao final da cláusula 14.2, tivessem deixado a abertura para outras jurisdições, do que se tratará mais adiante.
>
> No curso do tempo, as empresas litigaram, mas em Londres, aceitando a jurisdição da justiça inglesa.
>
> Num primeiro e superficial enfoque, poder-se-ia admitir a concorrência de jurisdição, por força dos incisos I e II, do art. 88 do CPC.
>
> Em relação ao inciso I, realmente, um dos réus, ora agravante, tem sede no Brasil.
>
> Em relação ao inciso II, não se verifica a hipótese e isto porque as obrigações constituídas não eram para ser cumpridas no Brasil. É necessário que neste aspecto se proceda a distinção do objeto dos contratos.
>
> Em síntese, a Agravada obteve em processo licitatório o direito de construção de diversas plataformas de petróleo. Para tanto, mais precisamente em relação a P-36, formou-se a Petromec que tinha um único propósito, proceder o ***upgrade*** da citada plataforma.
>
> A Petromec, por sua vez, contratou com outras empresas, para possibilitar o alcance do seu fim. Portanto, os contratos firmados eram de prestação de serviços, que foram cumpridos no exterior, em outras palavras, as obrigações assumidas referiam-se a serviços que iriam ser realizados no exterior, em vários países, como por exemplo, em Quebec, no Canadá. Portanto, as obrigações consistentes nos serviços que foram ajustados, deviam ser cumpridos no exterior e, ai sim, uma vez findos, a plataforma viria para o Brasil.
>
> Portanto, ao meu ver, absolutamente inaplicável o inciso II, do art. 88 do CPC, restando apenas, a hipótese do inciso I, do mesmo artigo, do que resultaria, a princípio, a possibilidade de uma ação tramitar em Londres e outra no Brasil, no que se aplicaria a regra do art. 90 do CPC, até porque, ao que se sabe, não houve até hoje qualquer homologação pelo STF de sentença produzida em Londres (fls. 1.792/1.794).

Como se pode verificar do texto acima, o TJRJ admitiu que a norma do art. 88 do CPC/1973 dispõe acerca de jurisdição concorrente, mas que não estaria caracterizada a hipótese do inciso II (cumprimento da obrigação no

Brasil). Incidiria, apenas, o inciso I (um dos réus possuía domicílio em território nacional), o que viabilizaria o ajuizamento de ações no exterior e no Brasil, simultaneamente, ausente a litispendência. Sob esse enfoque, além de incidir a vedação das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para efeito de aferir se as obrigações foram prestadas em território brasileiro (inciso II), tal debate é irrelevante para a solução da causa. Isso porque basta a presença de uma única hipótese, no caso o inciso I do art. 88 do CPC/1973, para que seja permitida, em tese, a jurisdição concorrente, como fez o Tribunal de origem.

No entanto, apesar da competência concorrente prevista na lei processual e no próprio contrato (cláusula 14.2), a jurisdição nacional foi afastada no acórdão recorrido, concretamente, apenas pelo fato de que, "no curso do tempo, as empresas litigaram, mas em Londres, aceitando a jurisdição da justiça inglesa" (fl. 1.793). Eis a motivação adotada:

> Acontece que este raciocínio é simplista, pois o exame da questão manda que se vá além, na medida em que há um ***plus***, consistente na opção livre que as partes fizeram pelo foro inglês e pela escolha da lei inglesa para dirimir seus conflitos.
>
> Ora, ainda que concorrente, temos que as partes aceitaram firmar no contrato, de forma livre e consciente, a sujeição de suas controvérsias à justiça e às leis inglesas. Em outras palavras, é concorrente a jurisdição, contudo, as partes manifestaram a vontade livre de se submeterem seus litígios às lei e jurisdição inglesa, e isto não é vedado, ao contrário o próprio Excelso Pretório já admitiu este posicionamento pelo voto do Min. Candido Motta, RE 30.636, julgado em 24.1.1957, 1ª Turma, ainda aplicável à hipótese na medida em que o atual Código Processual repete norma idêntica àquela indicada no art. 12 da Lei de Introdução do Código Civil. [...]
>
> [...]
>
> Mais recentemente, ainda que o caso não seja exatamente igual, anota-se no Informativo 0314 do STJ, notícia de que aquele Egrégio Tribunal reconheceu a jurisdição japonesa num conflito que envolvia uma empresa nacional e outra estrangeira, havendo contrato que estipulava o foro japonês e a justiça arbitral japonesa para julgar as controvérsias surgidas. Lá se reconheceu que se a empresa nacional compareceu àquela justiça, ainda que arbitral, não poderia voltar-se ao Brasil, para que a justiça brasileira reapreciasse o caso, sob pena de ferir o princípio da segurança e estabilidade das relações internacionais.
>
> [...]
>
> Mesmo que as partes tenham eleito o foro sem exclusividade, como aliás o fizeram (final da cláusula 14.2), ainda assim prevalece a jurisdição inglesa porque no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se

> insurgiu, ambas aceitando, de direito e de fato, a jurisdição inglesa, tornou-se clara e definitiva aquela escolha, não podendo agora, apenas pela conveniência da Agravada, que se viu perdedora na Corte Inglesa, a busca da prestação jurisdicional sobre litígios já julgados, a pretexto da concorrência da jurisdição.
>
> Emitiram suas vontades de forma livre e consciente e na pactuação feita qualificaram o desejo, como contratantes, de se submeterem ao império da Lei Inglesa e, consequentemente, à sua jurisdição. Vício algum há nessa escolha, que não atenta à soberania brasileira e tampouco aos direitos dos nossos nacionais. Trata-se de relação de direito privado, com prevalência da vontade das partes (fls. 1.794/1.795).

Tal orientação deve ser mantida neste julgamento.

Com efeito, embora o acórdão recorrido e os recursos especiais não esclareçam com precisão quem foram os autores da ações propostas na Inglaterra, a *Brasoil*, em suas contrarrazões, afirmou que também as recorridas ajuizaram tais demandas, assim:

> 5. Com efeito, a reforma da P-36 gerou um conjunto de litígios entre Petromec e Brasoil/Petrobrás. Em razão de divergências acerca do pagamento de custos adicionais relacionados ao serviço – tema disciplinado pelo art 12 do *supervision agreement* respectivo –, a Petromec propôs um conjunto de demandas perante a jurisdição inglesa, em 2002, *Poderia ter proposto a ação no Brasil ou em outro foro pertinente, mas optou pela* ***Commercial Court*** *de Londres*. A reforma das P-38 e P-40, por sua vez, gerou igualmente outro conjunto de demandas perante o Judiciário inglês, com *causa petendi* e pedidos totalmente diverso dos da P-36. Estas ações foram instauradas em 2002 por Brasoil/Petrobrás, sem que FSO/FPSO questionassem a competência da justiça inglesa, em nenhuma das diferentes fases processuais, muito ao contrário: formularam diversos "contra-pedidos" (algo similar à nossa reconvenção) naquele foro (fl. 2.474).

Enfim, permanece intacta a afirmação do TJRJ de que as partes litigaram em Londres sem que nenhuma delas tenha se insurgido contra a competência alienígena, embora pudessem também litigar no Brasil diante do disposto no art. 88, I, do CPC/1973 e da própria cláusula de eleição de foro, que permitia aos contratantes, segundo o acórdão recorrido, escolher o Poder Judiciário de outros países, além da Inglaterra. A situação destes autos, evidentemente, não se confunde com aquelas em que uma única ação é proposta diretamente no Brasil nem com as hipóteses em que, simultaneamente, uma das partes ajuíza demanda no exterior e outra propõe ação em território brasileiro.

Verifica-se no presente caso, portanto, que todos os contratantes se submeteram livremente à Justiça inglesa até o julgamento das demandas por

magistrados ingleses, efetuando despesas processuais e pagamento dos respectivos advogados. Igualmente se constata que a competência não é exclusiva, mas concorrente e, em tese, prorrogável. Em tais circunstâncias, não parece razoável que outra demanda seja proposta no Brasil pela parte que sucumbiu no exterior, contrariando os princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, os quais também devem ser observados no plano internacional, sobretudo por aqueles que usufruem do irreversível fenômeno da globalização, onde as fronteiras estão desaparecendo de forma natural, inclusive sob o aspecto das relações negociais.

O tema destes autos foi enfrentado pela *Terceira Turma* no julgamento da MC n. 15.398/RJ, proposta pela ora recorrente *Marítima*, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, DJe 23.4.2009, com trânsito em julgado. Esclareço que a referida cautelar foi distribuída por prevenção ao REsp n. 1.091.299/RJ. Tal recurso, no entanto, foi redistribuído posteriormente ao em. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, por prevenção destes autos (REsp n. 1.090.720/RJ – 2008/0209397-3). De todo o modo, independentemente da competência interna no âmbito desta Corte, o princípio da boa-fé foi prestigiado pela *Terceira Turma* ao apreciar a questão destes autos, de forma perfunctória, constando do voto condutor do aresto as seguintes passagens relevantes:

> Pelo que se depreende do acórdão recorrido, foi a própria *Marítima*, ou suas subsidiárias estrangeiras, que optaram por ajuizar perante a justiça inglesa as ações ora discutidas, em face da *Petrobrás* e de sua subsidiária *Braspetro*. Tanto que o principal argumento em que se fundamenta o acórdão é o de que "*mesmo que as partes tenham eleito o foro sem exclusividade, como aliás o fizeram (final da cláusula 14.2), ainda assim prevalece a jurisdição inglesa* ***porque no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se insurgiu, ambas aceitando, de direito e de fato, a jurisdição inglesa, tornou-se clara e definitiva aquela escolha****, não podendo agora, a busca da prestação jurisdicional sobre litígios já julgados, a pretexto da concorrência da jurisdição*" (fls. 144). Com esse fundamento, o TJ/RJ extinguiu o processo, considerando a inexistência de jurisdição da justiça brasileira.
>
> Em que pese não haver menção expressa no acórdão recorrido, o TJ/RJ aplicou à espécie dois princípios, pouco aplicados no Brasil, mas amplamente reconhecidos no direito estrangeiro, notadamente nos países que adotam o sistema da *common law*: Trata-se dos princípios do *forum shopping* e do *forum non conveniens*.
>
> Conforme aponta VERA MARIA BARRERA JATAHY (*Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 36 e ss.), esses dois princípios aplicam-se complementarmente. O princípio do *forum shopping*, decorrente da *autonomia da vontade* das partes, "*consiste na*

procura, dentre jurisdições de competência concorrente para apreciar determinada lide, ***daquela onde o autor ou as partes supõem possa ser obtida uma decisão mais favorável aos seus interesses****, em razão da lei a ser aplicada, ou em decorrência de normas processuais que permitem maior agilização nos julgamentos*". O princípio do *forum non conveniens*, por sua vez, atua para *mitigar os exageros a que essa procura pode levar*. Segundo este princípio, deixa-se "*ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de* ***recusar a prestação jurisdicional internacional invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral****. No juízo de valoração são apreciadas minuciosamente questões pertinentes aos interesses privados das partes, assim como o interesse público envolvido*".

Ou seja: ao declinar da competência para o julgamento da causa com fundamento em que "*no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se insurgiu, ambas aceitando, de direito e de fato, a jurisdição inglesa, tornou-se clara e definitiva aquela escolha*", o TJ/RJ claramente aplicou a mesma idéia que está na base do princípio do *forum non conveniens*.

Em que pesem os argumentos utilizados pelo TJ/RJ e a racionalidade dos princípios supracitados, porém, é importante observar que eles não encontram previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, vigora a regra do art. 90 do CPC, que determina a inexistência de litispendência entre as causas ajuizadas perante um Tribunal estrangeiro e as causas ajuizadas perante a autoridade judiciária nacional. A regra, no Brasil, é a de que *a sentença estrangeira somente terá eficácia depois de homologada pelo Superior Tribunal de Justiça* (art. 483 do CPC, com leitura conforme à regra do art. 105, inc. I, alínea "j" da CF, com a redação dada pela EC 45/2004).

Sendo assim, não está, ao menos em princípio, entre as atribuições do TJ/RJ antecipar-se ao provimento do Tribunal Superior, atribuindo eficácia imediata à sentença estrangeira. Consoante autorizada doutrina, nem mesmo o pedido de homologação tem o condão de obstar, automaticamente, o prosseguimento de ação ajuizada no Brasil (Pontes de Miranda, *Comentários ao CPC,* Tomo X, pág. 20). Vale mencionar, inclusive, que para Barbosa Moreira (*apud* Vera Jatahy, cit., pág. 151), mesmo que uma ação seja proposta, no Brasil, posteriormente à ação proposta no estrangeiro, prevalecerá a que primeiro obtiver a autoridade de coisa julgada perante a Justiça Nacional. E para tanto, é imprescindível a homologação da sentença estrangeira pelo STJ.

Pelo que se depreende de rápida análise dos processos distribuídos perante o STJ, tudo indica que já foi requerida, pela *Braspetro*, a homologação da sentença proveniente dos Tribunais da Inglaterra (SE n. 3.932/GB). Tal pedido de homologação, contudo, ainda não foi julgado, de modo que a sentença estrangeira ainda não tem, aqui, sua eficácia reconhecida. A suspensão do processo que corre no Brasil, portanto, deve ser requerida pelo interessado naquele processo de homologação, mediante requerimento a ser formulado nos termos do art. 4º, § 3º, da Resolução 9/STJ.

> Todos esses argumentos, até aqui desenvolvidos, levam, ao menos em princípio, à conclusão de que merece reforma o acórdão recorrido. Mas essas observações não implicam, necessariamente, a possibilidade de se restabelecer, aqui, a antecipação de tutela que foi concedida pelo Juízo de 1º Grau. É importante frisar que, entre reconhecer que o TJ/RJ não deveria, simplesmente, ter extinguido a ação proposta no Brasil, e reconhecer que a autora tem direito à antecipação de tutela que pleiteia, há uma grande distância.
>
> *Para além da discussão acerca da existência de jurisdição brasileira, não se pode deixar de lado uma outra questão, de todo importante, que é a verificação do comportamento processual contraditório da ora requerente. Com efeito, em um primeiro momento, a requerente, ou empresas por ela controladas, ajuízam uma ação para defesa de seus direitos perante a justiça inglesa. Depois, porém, ao verem frustrada sua pretensão perante aquele Tribunal, repetem a ação, desta vez no Brasil, tentando melhor sorte. Assim, ainda que não seja possível, ao menos no plano do direito positivado, aplicar no Brasil os já citados princípios do* forum shopping *e do* forum non conveniens *para extinguir a ação, deferir_uma medida liminar que suspenda os atos tendentes à execução daquela sentença implicaria privilegiar o comportamento contraditório*.
>
> *Do mesmo modo que, no direito civil, o comportamento contraditório implica violação do princípio da boa-fé objetiva, é possível também imaginar, ao menos num plano inicial de raciocínio, a violação do mesmo princípio no plano processual. O elenco de condutas que atentam contra a boa-fé processual que está contido no art. 17 do CPC poderia ser posto ao lado de um elenco de novas condutas que, para além das regras postas, subsumem-se dos princípios gerais do ordenamento jurídico. A violação da boa-fé objetiva, portanto, representada pelo comportamento contraditório da parte, também poderia se estender aos atos processuais - o que implica o indeferimento da medida liminar aqui pleiteada.*

Acerca da fundamentação acima reproduzida, devo observar, tão somente, que o acórdão recorrido, o qual deve ser mantido, não desrespeita a competência do STJ para homologar as sentença estrangeiras. Isso porque a orientação do TJRJ não implica obrigatória homologação das sentenças inglesas nem sua eficácia interna sem a prévia intervenção desta Corte Superior em processo homologatório. O que se decidiu em segundo grau foi que a ação declaratória proposta no Brasil não poderia ter seguimento por decorrer de atitude inadmissível, incompatível com a razoabilidade no âmbito das relações internacionais. Vedou-se exclusivamente o comportamento contraditório e afrontoso à boa-fé, que deve ser respeitada em qualquer território e por todas as legislações, não sendo permitido ao Poder Judiciário brasileiro acobertar violação de princípio essencial às relações pessoais e negociais em qualquer plano.

A propósito, no julgamento da SEC n. 349/EX pela *Corte Especial*, DJ de 21.5.2007, a em. Ministra *Eliana Calmon*, Relatora, fez constar expressamente em seu voto que o Poder Judiciário brasileiro, independente e soberano, "não acoberta brasileiros que assinam contrato, aceitam subordinação à Justiça Arbitral, elegem o foro do Japão para dirimir controvérsias contratuais e depois, escudando-se na cidadania brasileira, voltam-se contra a decisão arbitral". Com isso, indeferiu o pedido formulado pela empresa requerida de afastar a aplicação da justiça arbitral japonesa.

Igualmente cuidando de juízo arbitral, a *Terceira Turma*, em processo antigo, restabeleceu a sentença homologatória, reconhecendo como válida a arbitragem internacional à qual se submeteram as partes livremente, sem impugnação. Confiram-se trechos da fundamentação do voto condutor do aresto:

> Acrescente-se a tudo um fato de real importância, que os recorrentes abordaram ao exame do art. 243, do CPC. A recorrida, empresa de navegação da Noruega, submeteu-se voluntariamente à arbitragem internacional, acompanhando-a em todos os seus trâmites. E somente anos depois veio arguir a invalidade do compromisso, porque a decisão lhe fora contrária. Submeteu-se à arbitragem e dela participou ativamente, quando poderia tê-la impugnado ao ser instaurada. O cumprimento espontâneo, por ela, da cláusula arbitral conduziu ao aparelhamento do compromisso. Daí a alegada infringência, pelo acórdão, ao art. 243, do CPC, que acolho, pois "quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa". Do mesmo passo, os arts. 372 e 373, do CPC.
>
> [...]
>
> Sobre matéria semelhante, colhida em acórdão na Sentença Estrangeira n. 3.236, da França, o STF, tratando da preclusão, disse que o advogado impugnante estava presente ao juízo arbitral e poderia ter oferecido oposição antes do *exequatur*. Não o fez e estava pretendendo impedir a execução da sentença. As partes instituem o juízo arbitral – comenta o Ministro *Alfredo Buzaid*, relator – comprometem-se a respeitar sua decisão e, depois de passados alguns anos, vendo que a condenação vai ser elevada, uma delas pretende impedir o seu cumprimento. Deixando de oferecer, no caso concreto, após regularmente citada, qualquer oposição ou recurso, não pode agora alegar, em seu benefício, as consequencias de sua própria omissão (Cf., igualmente, voto-vista do Min. *Néri da Silveira*, RTJ 111/175). De igual modo, na Sentença Estrangeira n. 2.456, do Reino Unido da Grã-Bretanha, o STF profligou o comportamento de outra empresa que compareceu ao juízo arbitral e prévia e validamente sujeitou-se a ele, para depois arrepender-se de haver prometido dar cumprimento à decisão quando submetida à homologação (Voto do Min. *Décio Miranda*, RTJ 105/497) (REsp n.

> 616/RJ, Rel. originário Min. *Cláudio Santos*, Rel. para acórdão Ministro *Gueiros Leite*, DJ de 13.8.1990).

Por último, a *Corte Especial*, ao deferir a homologação nos autos da SEC n. 10.093/US, Rel. Ministro *Felix Fischer*, DJe de 2.2.2015, apresentou, também, o seguinte fundamento:

> Constato, por fim, que os próprios requeridos optaram, inicialmente, pelo foro americano e aplicação da lei daquele país; posteriormente, ajuizaram a idêntica ação perante a Justiça brasileira. Não podem, portanto, alegar, neste momento, que a ora requerente pretenderia fraudar a lei brasileira, diante da aplicação da lei americana.

Os precedentes acima reproduzidos revelam outro prisma da boa-fé, qual seja, a impossibilidade de a parte invocar a própria torpeza para dela se beneficiar. Com efeito, as empresas vinculadas à ora recorrente, *Marítima*, também subscreveram os contratos celebrados no exterior e deles se beneficiaram como contratadas. Por outro lado, as ações foram propostas pelas partes contratantes e tramitaram livremente na Inglaterra, com a participação de todos, sem impugnação quanto à jurisdição e à competência. Apenas depois do sucumbimento é que a empresa *Marítima* ajuizou a presente ação declaratória no Brasil, arguindo o alto custo da demanda na Inglaterra e a fraude por parte da *Petrobrás* ao pactuar cláusula de eleição de foro estrangeiro. Na linha dos acórdãos referidos, cito outros do STJ que impedem a propositura de ação com fundamento na própria torpeza do respectivo autor:

> Processo Civil. Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Cerceamento de defesa e indenização por danos morais. Reexame. Súmula 7/STJ. Prestação de serviço. Administração Pública. Ausência de licitação e contrato formal. Dever de pagamento.
>
> [...]
>
> 3. De acordo com a jurisprudência do STJ, tendo havido a efetiva prestação dos serviços, não pode o ente público, sob o argumento de que não foi realizada a licitação, nem celebrado contrato formal, valer-se da própria torpeza para eximir-se do dever de realizar o pagamento, o que somente seria admissível em caso de má-fé do contratado ou de ter ele concorrido para a nulidade – circunstâncias afastadas pelo acórdão recorrido.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.256.578/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi – Desembargadora convocada do TRF 3ª Região, Segunda Turma, DJe de 27.4.2016).

Civil. Recurso especial. Ação anulatória de acordo de dação em pagamento de bem imóvel. Necessidade de instrumento público apenas na efetiva transmissão do bem. Inteligência do disposto nos arts. 356 e 357 do CC (análogos aos arts. 995 e 996 do CC/1916). Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Falta de legitimidade ativa para buscar a invalidade da avença pela ausência de intervenção dos coproprietários. Recurso não provido.

[...]

3. É princípio geral do Direito que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza. No caso concreto, jamais foi negada a existência do débito ou foi alegado vício do consentimento que justificasse a pretendida invalidade do acordo de dação em pagamento.

[...]

5. Recurso especial conhecido, mas não provido (REsp n. 1.529.742/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 28.3.2016).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Suposta irregularidade na representação da parte alegada somente após desfecho desfavorável, beneficiando-se de sua própria torpeza. Impossibilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Recurso que deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão ora agravada. Incidência da Súmula 182 do STJ. Agravo regimental não conhecido.

1. A irregularidade na representação da parte recorrente no primeiro agravo de instrumento alegada somente após o desfecho desfavorável em 2º grau de jurisdição não pode ser acolhida, sob pena de a parte se beneficiar de sua própria torpeza.

[...]

4. Agravo regimental não conhecido (AgRg no AREsp n. 375.407/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 5.11.2015).

Administrativo. Contrato administrativo. Forma verbal. Não-pagamento. Cobrança judicial. Princípio do não-enriquecimento ilícito. Pagamento devido.

1. De acordo com o art. 60, p. ún., da Lei n. 8.666/1993, a Administração Pública direta e indireta, via de regra, está proibida de efetuar contratos verbais. Nada obstante, o Tribunal *a quo* constatou que houve a prestação do serviço.

2. Se o Poder Público, *embora obrigado a contratar formalmente*, opta por não fazê-lo, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato verbal, porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública).

[...]

> 5. Recurso especial não provido (REsp n. 1.231.646/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19.12.2014).
>
> Agravo regimental no recurso especial. Contrato de locação. Fiança sem outorga uxória. Súmula 332/STJ. Particularidade fática do caso concreto que afasta a aplicação do entendimento sumulado desta Corte. Meação da companheira resguardada.
>
> 1. Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza.
>
> [...]
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.095.441/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 1º.6.2011).
>
> *Aquisição de imóvel funcional. Lei n. 8.025/1990: artigos 2º, VI, e 3º Promessa de compra e venda realizada antes de expirado o prazo de cinco anos. Ação ajuizada pelo Espólio do falecido adquirente e promitente vendedor. Precedente da Corte.*
>
> 1. O art. 2º, VI, da Lei n. 8.025/1990 veda a promessa de compra e venda de imóvel funcional firmada pelo adquirente, antes do prazo de cinco anos, estabelecendo o art. 3º da mesma Lei a nulidade do ato praticado. Todavia, como assentado em precedente da Corte, a alegação de nulidade "*não favorece os partícipes na celebração do negócio porque estariam tirando proveito da própria torpeza*" (REsp n. 36.120/SP, Relator o Senhor Ministro *Waldemar Zveiter*, DJ de 22.11.1993).
>
> [...]
>
> 4. Recurso especial não conhecido (REsp n. 416.611/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJe de 1º.7.2002).

A propósito, embora não se aplique a este feito, o novo Código de Processo Civil, no art. 25, inovou ao dispor nos seguintes termos:

> Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.
>
> § 1º Não se aplica o disposto no *caput* às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.
>
> § 2º Aplica-se à hipótese do *caput* o art. 63, §§ 1º a 4º.

Com efeito, ao impor o cumprimento da cláusula de eleição de foro, prorrogável se não invocada pelo réu na contestação (art. 25, *caput*, parte final,

do CPC/2015), o atual código prestigia a autonomia privada e, especificamente, o princípio da boa-fé objetiva. Ressalvou de modo salutar as hipóteses em que o próprio diploma processual estabelecer a competência internacional exclusiva (*v.g.* art. 25, § 1º c/c o art. 23 do CPC/2015) e em que houver abusividade decretada *ex officio* pelo magistrado antes da citação ou arguida pela parte na contestação (art. 25, § 2º, c/c art. 63, §§ 3º e 4º, do CPC/2015). A respeito de tal dispositivo, cito a doutrina de Andre Vasconcelos Roque:

> *1. Cláusula de eleição de foro estrangeiro.* Importante inovação no CPC/2015 é a vedação para que o Poder Judiciário brasileiro aprecie causa no âmbito da qual tenha sido estipulada cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, ainda que se trate de hipótese que, na sua ausência, caracterizaria jurisdição concorrente (artigos 21 e 22). Não subsiste, portanto, a orientação encontrada em alguns julgados do STJ (v. Por exemplo, EDcl nos EDcl no REsp 1.159.796, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 25.3.2011), segundo a qual a cláusula de eleição de foro não afastaria a jurisdição concorrente nacional. Trata-se de previsão elogiável, que introduz maior segurança jurídica nas transações internacionais, sobretudo do ponto de vista da parte estrangeira (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVERIA JR., Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. São Paulo: Editora Método (Grupo GEN), 2015, p. 144).

Quanto à alegação da recorrente no sentido de que não teria participado dos processos na Inglaterra, tal argumento é irrelevante para a solução da causa. Isso porque a própria *Marítima* declara-se cessionária dos créditos e direitos pertinentes aos contratos internacionais (*cf.* fl. 43, parágrafo 6 – reproduzido acima). Nessa condição, não possui mais direitos que as cedentes, autoras de demandas no território estrangeiro. Assim, como as cedentes não poderiam manejar a presente ação declaratória, também a cessionária não poderá. Essa é a lição de Arnaldo Rizzardo acerca da cessão de contrato:

> Os efeitos mais comuns são discriminados na ordem que segue:
>
> a) Em relação ao cessionário e ao cedente.
>
> Referente ao cessionário, desde o instante da vigência da operação, adquire ele o conjunto de direitos e obrigações que pertenciam ao cedente. [...]
>
> [...]
>
> c) Em relação ao cedido e ao cessionário.
>
> Assume este último a posição contratual do cedente relativamente ao cedido. Todas as obrigações passam para a sua responsabilidade, pois ele tornar-se o único titular da posição contratual.
>
> [...]

> A nova relação estabelecida deslocará o direito de ação do cedente para o cessionário. Terá, pois, este os direitos de denúncia e resolução do contrato. Poderá promover a ação de resolução por descumprimento, ou intentar outra medida aconselhável. Observa Orlando Gomes que 'ele pode agir como se fora o contratante originário, exercendo todas as sanções competentes e opondo as exceções cabíveis, como, *v.g.*, a *exceptio non adimpleti contractus* (Contratos. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 156/157).

Também para reforçar a jurisdição brasileira para a ação declaratória, afirma a recorrente a "inexistência de causa idêntica em trâmite perante a jurisdição estrangeira", tendo em vista as questões que somente poderiam ser conhecidas pela Justiça brasileira (fl. 1.988), a saber: (i) nulidade da eleição do foro de Londres e da escolha pela lei inglesa; (ii) "compensação de créditos da recorrente junto à Petrobrás com seus possíveis débitos que venham a ser apurados no curso do feito" (fl. 1.990). Tal enfoque não ampara o recurso especial, inicialmente, porque o tema vinculado à fraude na contratação da eleição de foro é discutido, tão somente, para justificar a própria jurisdição do Estado brasileiro, o que não se confunde com o mérito da ação e que foi repelido acima com fundamento na impossibilidade de invocar a própria torpeza.

A pretendida compensação, por sua vez, tem natureza de mero pedido acessório e dependente dos créditos postulados. Nesse caso, declarando-se que a demanda não poderia ser ajuizada no Brasil, não há como aferir os créditos por parte da autora, que seriam objeto de eventual compensação com débitos verificados. O pedido de compensação, portanto, não é suficiente para distinguir as demandas e viabilizar seguimento desta ação.

No mais, não é permitido examinar o conteúdo de documentos extraídos do processo alienígena para aferir a dessemelhança entre as demandas, diante da vedação constante da Súmula n. 7 do STJ.

II.c – Contrariedade ao Art. 17 da LICC (Atual LINDB). Aplicação da Legislação Inglesa. Fraude

Nesse ponto, o TJRJ manteve a aplicação dos diplomas legais ingleses em função, exclusivamente, do local onde constituídas as obrigações e do que dispõe o art. 9º da LICC, assim:

> No que toca à aplicação da lei inglesa, temos que as obrigações foram constituídas na Inglaterra e pela lei local deverão ser qualificadas, conforme preceitua o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (fl. 1.796).

No acórdão dos embargos de declaração, por outro lado, a Corte estadual argumentou que "a questão relativa à fraude à lei inexiste. É matéria absolutamente estranha e só agora ressaltada" (fl. 1.819).

A recorrente, por sua vez, para sustentar a inaplicabilidade da legislação inglesa, construiu um cenário fático e subjetivo que, segundo entende, demonstraria o objetivo fraudulento da *Petrobrás* para escapar das normas brasileiras. Confiram-se os seguintes trechos das razões recursais:

> 122. No caso concreto, toda a estrutura arquitetada pela Petrobrás para construção e contratação das plataformas P-36, P-38 e P-40 junto ao mercado envolveu – por exigência dela, Petrobrás – a intervenção de sua subsidiária integral Braspetro Oil Services Company ("Brasoil"), ora Recorrida, e de empresas "estrangeiras" constituídas com o *propósito específico* de lhe prestar os serviços almejados, *sendo da essência da contratação que, em verdade*, fossem todas as partes contratantes – Brasoil e empresas "estrangeiras", *longa manus* de empresas nacionais.
>
> 123. Tanto é assim que as referidas plataformas P-36, P-38 e P-40 são, todas, utilizadas pela Petrobrás nas suas atividades pretrolíferas no Brasil e a Recorrente esteve envolvida sempre nos serviços contratados, seja pelas inúmeras correspondências, em grande parte trocada em português, seja pela própria previsão e inclusão da mesma como expressa contratante dos *Supervision Agreement*.
>
> 124. É óbvio que a Petrobrás não iria contratar a construção e entrega de plataformas de petróleo de centenas de milhões de dólares com empresas *constituídas especificamente para as obras e serviços desejados, sem qualquer qualificação ou atuação técnica anterior*, se não fossem elas mera expressão formal de outra empresa brasileira amplamente qualificada, como a ora Recorrente.
>
> 125. Poder-se-ia indagar: mas se eram, no fundo empresas brasileiras, qual a razão da estrutura negocial externa desenvolvida pela Petrobrás?
>
> 126. Na época da contratação das plataformas (P-36 em 1996 e P-38 e P-40 em 1998), não vigorava ainda o Decreto n. 2.475/1998, que veio a permitir à Petrobrás maior agilidade nas suas contratações, estabelecendo seu procedimento licitatório simplificado.
>
> 127. Com isso, estava a Petrobrás, a seu juízo, "engessada" pelas regras constitucionais impostas às contratações de obras e serviços por uma sociedade de economia mista, havendo uma necessidade mercadológica *urgente* de planejamento da produção petrolífera no Brasil para confrontar a crise mundial.
>
> 128. Tais circunstâncias a fizeram "fugir" do Brasil, preparando para obras e serviços destinados ao Brasil uma complexa operação jurídica e contratual internacional.

129. *A escolha da lei inglesa como aplicável, portanto, representava a ausência de entraves aos interesses particulares da Petrobrás*.

130. Como a Grã-Gretanha praticamente não produz petróleo, e a "engenharia" contratual complexa articulada pela Petrobrás não encontraria oposição nas pouquíssimas regras de direito positivo inglês, nem permitiria adequação aos anteriores precedentes judiciais (*leading cases*), garantido estaria o caminho livre para as pretensões da sociedade de economia mista.

131. Nessas circunstâncias, a "escolha" da lei inglesa impediu que as empresas contratadas (vinculadas à ora Recorrente), FPSO Engeneering Inc., FPSO Construction Inc., FSO Engeneering Inc., FSO Construction Inc. e Petromec Inc., pudessem ter amparo adequado em suas postulações na Corte Londrina, como teriam, por certo, no sistema legal codificado e constitucional brasileiro.

132. Todas essas digressões permitem, *in casu*, demonstrar que falar em "lei inglesa aplicável" é o mesmo que não falar em lei alguma. E que, portanto, tal circunstância configura *ofensa à ordem pública* e *soberania nacional*, justificando-se a aplicação da lei brasileira em substituição à lei "eleita" inglesa, na forma do artigo 17 da lei de introdução ao Código Civil, que estatui, *in verbis*:

> Art. 17 – As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

[...]

134. Destarte, ao escolher (ou melhor, repita-se, impor) como lei aplicável uma "lacuna legal" (dada à ausência de normas positivadas e de *leading cases*) veio a Petrobrás a burlar normas de índole constitucional brasileira.

135. E mais, sob a índole do direito substantivo, impediu que as empresas pudessem se valer de institutos *legalmente* previstos no Codex Civil brasileiro, tais como compensação, *exceptio non adimplenti contractus* (verdadeiros pilares do sistema obrigacional e contratual pátrio), já que a Corte inglesa – pela ausência de precedentes e normas em tal sentido – manda que a Recorrente pague à Petrobrás valores elevadíssimos, para que depois, se for o caso, possa recobrá-los (fls). Tudo em manifesta afronta à ordem pública.

[...]

138. Não fosse tudo isso, a criatividade da Petrobrás em desenvolver uma estrutura negocial e contratual externa, para fugir da aplicação da lei brasileira sobre obras e serviços *contratados para entrega e utilização no Brasil*, nada mais é do que, em Direito Internacional Privado, a chamada "Fraude à Lei" (que guarda íntima ligação, na hipótese, com a própria jurisdição eleita da Corte Inglesa, constituindo esta eleição o chamado *Forum Shopping*) (fls. 1.993/2.008).

Concluiu a recorrente, então, "que toda a criatividade da Petrobrás representou burla evidente à lei brasileira e à jurisdição brasileira" (fl. 2.016), violando o art. 17 da LICC.

Além de incidir também nesse ponto a impossibilidade de alegar a própria torpeza, conforme asseverado acima acerca da jurisdição escolhida pelas partes, tendo em vista que as contratadas – ligadas à recorrente – efetivamente participaram e se beneficiaram da suposta fraude, não há como deixar de aplicar a vedação da Súmula n. 7 do STJ. Isso porque as premissas fáticas invocadas pela recorrente, que sustentariam a tese de fraude, para serem reconhecidas como verdadeiras, dependeriam do prévio exame de eventuais provas juntadas aos autos quanto às circunstâncias concretas existentes à época da contratação e aos reais objetivos da *Petrobrás* ao celebrar os contratos em território inglês, que ensejaria a incidência do sistema legal alienígena.

Também o fato de o sistema *common law* possuir como fontes de Direito os precedentes judiciais (principal fonte), os costumes e as poucas normas escritas, por si, não agride a legislação brasileira nem fere a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública, sendo inviável nesta Corte Superior confrontar os institutos ingleses com as regras brasileiras. É que tal confronto encontra-se vinculado, na verdade, ao mérito da ação, não apreciável em território nacional por ausência de jurisdição.

Nessa parte, portanto, a recorrente também não obtém sucesso em justificar e impor a jurisdição brasileira.

II.d – Divergência Jurisprudencial

Em capítulo específico pertinente à divergência jurisprudencial, indica como paradigmas: (i) o REsp n. 251.438/RJ – STJ, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, *Quarta Turma*, DJ de 2.10.2000, em que se decidiu que o art. 88, II, do CPC/1973 dispõe sobre competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira e que "à justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite" (fl. 2.018); (ii) AI n. 8.275-0 – TJSP, Rel. Des. Nóbrega de Salles, julgado em 16.6.1988, que reconhece a validade da eleição de foro internacional, mas sem afastar a jurisdição nacional, cuja autoridade não estaria impedida de apreciar a matéria.

A eventual caracterização da divergência jurisprudencial acerca da jurisdição nacional e da possibilidade de ajuizar no Brasil a presente ação

declaratória, de fato, é irrelevante tendo em vista que essa matéria foi enfrentada em seu mérito no inciso "II.b". Ressalto que a demonstração do dissídio serve, apenas, para forçar o enfrentamento da questão meritória apresentada no recurso especial, o que ocorreu acima.

De todo o modo, o acórdão proferido no REsp n. 251.438/RJ não guarda semelhança com o presente caso. No paradigma referido, a empresa contratante dos serviços, *Brasoil*, propôs ação no Brasil e as garantidoras da execução de tais serviços, *American Home Assurance Company* e *United States Hdelily And Guaranty Company*, ajuizaram demanda nos Estados Unidos da América, ou seja, as ações foram propostas por partes contrapostas na relação contratual. Nestes autos, entretanto, todos os contratantes ajuizaram ações na Inglaterra onde tramitaram sem impugnação quanto à competência e à jurisdição e foram julgadas no mérito. Somente depois de decididas é que a parte sucumbente resolveu demandar em território brasileiro, implicando debate acerca do princípio da boa-fé.

O precedente oriundo do TJSP (AI n. 8.275-0) igualmente não contém as peculiaridades verificadas nestes autos. O Tribunal local discutiu, apenas, a possibilidade de propor ação no Brasil quando houver cláusula de eleição de foro estrangeiro.

A divergência jurisprudencial, por isso, não está comprovada.

O recurso especial da empresa *Marítima*, diante de tudo o que foi decidido, deve ser conhecido em parte e desprovido.

III. Recurso Especial interposto por FSO Construction Inc., FSO Engineering Inc., FPSO Construction Inc. e FPSO Engineering Inc.

O recurso especial não merece conhecimento.

Com efeito, as presentes recorrentes, *FSO Construction Inc.*, *FSO Engineering Inc.*, *FPSO Construction Inc.* e *FPSO Engineering Inc.*, qualificam-se como terceiras interessadas e fundamentam o direito de recorrer no art. 499, § 1º, do CPC/1973, que dispõe:

> Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, *pelo terceiro prejudicado* e pelo Ministério Público.
>
> § 1º *Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.*

Alegam as recorrentes:

> 20. Embora não sejam partes do processo, as recorrentes têm evidente legitimidade recursal, na forma do art. 499 do Código de Processo Civil, pois se encaixam com perfeição no conceito de terceiro interessado.
>
> 21. Veja-se que é muito evidente a interdependência entre o seu interesse de intervir na demanda e a relação jurídica discutida no processo. As recorrentes são as credoras originais dos valores cobrados pela *Marítima* neste processo. Tais créditos foram transferidos *onerosamente* à *Marítima* em razão de dação em pagamento (fls. 273/279), como se vê no trecho abaixo transcrito:
>
> > 1 – A Marítima se reconhece responsável, perante as demais partes aqui contratantes, FSO Construction, FSO Engeneering, FPSO Construction, FPSO Engeneering e Petromec, pelas obrigações que eventualmente a estas sejam impostas pela Justiça Inglesa, assumindo a Marítima, em contrapartida, em dação em pagamento por seus jamais pagos serviços de assessoria e atuação em favor daquelas, no Brasil e/ou no exterior, todos os direitos que a elas sejam judicialmente reconhecidos como devidos e/ou que por elas possa ser exigidos da Petrobras e/ou Brasoil, no que se refere aos trabalhos referentes às plataformas P-36, P-38 e P-40 (fls. 277).
>
> 22. As recorrentes transferiram à *Marítima* os direitos exigidos neste processo, obtendo, em contrapartida, a quitação dos débitos que possuía junto àquela sociedade.
>
> 23. Assim, caso a Marítima venha a ser sucumbente neste processo, perdendo, por força de decisão judicial, os direitos que lhe foram transmitidos com base na dação em pagamento, a quitação das obrigações das suplicantes, passada pela *Marítima*, também perderá efeito, em decorrência direta da regra do art. 359 do Código Civil, segundo o qual:
>
> > se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-à a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiro.
>
> 24. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, examinando a questão afirma que "para nós, por conseguinte, a evicção da coisa recebida em pagamento anula a quitação dada, e faz com que restabeleça com todas as garantias a obrigação primitiva" (Instituições de Direito Civil, vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 238).
>
> 25. Em suma: *caso a **Marítima** venha a ser derrotada neste processo, a obrigação das recorrentes ressuscitará, em razão da anulação da quitação. Assim, é induvidoso que o resultado deste processo afetaria claramente a situação jurídica das recorrentes.*

> 26. Inquestionável o interesse jurídico das recorrentes, fica evidente o direito de recorrer como terceiras interessadas (fls. 2.111/2.112).

A recorrida *Brasoil*, por sua vez, em suas contrarrazões, afirmou a ilegitimidade recursal das recorrentes por não estar caracterizada a hipótese do art. 499 do CPC/1973, reanalisando, para tanto, os termos da mencionada "dação em pagamento". A propósito, a impugnação da recorrida possui o seguinte teor:

> 13. ***Em primeiro lugar***, não é isso o que prevê o próprio ajuste por meio do qual teria havido a referida transferência de créditos e a suposta "dação em pagamento" invocada pelas recorrentes, intitulado "instrumento particular de ajuste de direitos e obrigações" (fls. 273-79). De acordo com tal instrumento, a Marítima: *(i)* teria assumido responsabilidade pelas obrigações que vierem a ser impostas pela Justiça inglesa às recorrentes FSO/FPSO e à Petromec; e *(ii)* teria recebido, "em dação em pagamento" por "serviços de assessoria e atuação" prestados para tais empresas (sequer especificados, note-se) *os direitos que a elas sejam judicialmente reconhecidos como devidos pela recorrida ou pela Petrobras, relativos aos trabalhos nas plataformas P-36, P-38 e P-40* (cláusula 1).
>
> 14. A parte *(i)* da cláusula referida constitui típico contrato de assunção de dívidas (CC, art. 299 e ss.). Petromec e FSO/FPSO devem à Brasoil e/ou à Petrobrás uma série de valores em função de empréstimos, adiantamentos e pagamentos diretos feitos pelas duas últimas a fornecedores e prestadores de serviços de responsabilidade das primeiras: o tema é objeto de discussão perante a Justiça inglesa, como já referido. A parte *(ii)* da cláusula, por seu turno, constitui, em verdade, *cessão de créditos*. Com efeito, muito embora a autora e suas coligadas tenham tentado (mal) disfarçar típico contrato de cessão sob a denominação de "dação em pagamento", trata-se claramente de uma cessão de créditos, como, aliás, admite a própria Marítima no item 6 da inicial (fls. 43). Assim, sequer em tese se aplicaria ao ajuste o referido art. 359 do Código Civil, não havendo que se falar em "perda de quitação" ou qualquer outro efeito sobre a esfera jurídica das ora recorrentes em decorrência da ação proposta pela Marítima, da qual elas não são partes.
>
> 15. De toda sorte, e ***em segundo lugar***, ainda que o acórdão recorrido tivesse o condão de causar a evicção dos créditos supostamente dados em pagamento pelas recorrentes à Marítima, esta jamais poderia demandar aquelas por tal evicção, diante do disposto no art. 457 do Código Civil, *verbis*: "*Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa*". Isso porque, lembre-se o objeto da suposta dação em pagamento foi o resultado, futuro e incerto, de *demandas judiciais*, coisa litigiosa por excelência. Ou seja: não haveria qualquer interesse jurídico das ora recorrentes a justificar a interposição de recurso especial na hipótese.

> 16. Por fim, ***e em terceiro lugar***, ainda que tudo fosse como querem as recorrentes – o que se admite apenas para argumentar –, também não restaria caracterizado na hipótese qualquer interesse das recorrentes capaz de autorizar a apresentação do presente recurso especial, com fundamento no art. 499, § 1º, do CPC. Como se sabe, o interesse que justifica a intervenção do terceiro prejudicado em sede recursal é o *interesse jurídico*, isto é, a titularidade de suposto direito em cuja defesa ele acorra. O ponto é pacífico na jurisprudência desse Eg. STJ, que já decidiu diversas vezes que o interesse eminentemente econômico ou o mero prejuízo de fato não autorizam o recurso do terceiro, que deva demonstrar a existência de *prejuízo jurídico advindo da decisão recorrida*. [...]
>
> [...]
>
> 17. Pois bem. *O v. Acórdão recorrido extinguiu a ação proposta pela Marítima sem julgamento de mérito*, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válidos do processo (a jurisdição). Ou seja: *a situação de direito material trazida ao processo simplesmente não recebeu qualquer solução jurídica – seja favorável ou desfavorável a qualquer das partes –, restando absolutamente intacta, tal como antes do ajuizamento da ação*. Qual seria, assim, o prejuízo para a esfera jurídica das ora recorrentes, que sequer são partes na demanda? Evidentemente, nenhum. A decisão recorrida simplesmente não tem o condão de produzir qualquer efeito, positivo ou negativo, sobre o suposto crédito cedido – ou mesmo, para argumentar, "dado em pagamento" – pelas ora recorrentes à sua coligada Marítima. Na realidade, o argumento das ora recorrentes só faria algum sentido se a decisão contra a qual se insurgem houvesse julgado *improcedentes* os pedidos formulados pela Marítima, o que não ocorreu.
>
> 18. Além disso, a extinção da presente ação sem exame de mérito não tem qualquer repercussão sobre o resultado das ações movidas perante a Justiça – que é, afinal, o objeto do tal "instrumento de ajuste de direitos e obrigações" invocado pelas recorrentes para justificar sua suposta legitimidade recursal –, permanecendo tudo como dantes. Não há que se falar, portanto, em nenhuma espécie de prejuízo às ora recorrentes advindos da decisão recorrida, menos ainda o prejuízo jurídico exigido pela lei processual e pela jurisprudência dessa Eg. Corte para reconhecer legitimidade recursal a um terceiro. Desse modo, diante da ilegitimidade recursal das FSO/FPSO, a ora recorrida confia em que essa Eg. Corte sequer conhecerá do presente recurso especial (fls. 2.477/2.480).

Com efeito, é possível verificar que a divergência entre as recorrentes e a recorrida acerca da legitimidade recursal está vinculada, em primeiro lugar, à efetiva natureza do contrato em que houve a cessão de eventuais créditos à empresa *Marítima*. Em tal circunstância, não basta, para solucionar a questão, considerar as poucas informações apresentadas pelas partes quanto aos termos contratuais. Indispensável seria examinar todas as cláusulas contratuais, o que é vedado nesta instância especial diante do óbice contido na Súmula n. 5 do STJ.

Quanto ao suposto direito à evicção, igualmente não dá passagem ao recurso especial. Supondo que se trate, de fato, de uma dação em pagamento e considerando que a credora *Marítima* recebeu das devedoras *FSO Construction Inc.* e outras, recorrentes, eventuais créditos a serem apurados em demanda judicial proposta em desfavor da *Petrobrás* e da *Brasoil*, estar-se-á diante de uma cessão de créditos, conforme dispõe o art. 358 do CC/2002. Essa situação, por si, afasta a possibilidade de evicção, tendo em vista não estar caracterizada a hipótese de "retomada" ou "perda" do domínio ou da posse de um bem adquirido pela cessionária. Portanto, não se aplica às circunstâncias fáticas descritas pelas recorrentes o art. 359 do CC/2002, segundo o qual, "se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-ser-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros".

Ademais, estabelece o art. 457 do CC/2002 que "não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou *litigiosa*". O caráter litigioso do crédito está evidenciado nestes autos, sendo certo que o recurso especial transcreve cláusula que se remete a "direitos que [...] sejam judicialmente reconhecidos como devidos" às cedentes, ora recorrentes.

No mais, nem mesmo há esclarecimento quanto à existência de cláusula que discipline os efeitos de eventual sucumbimento da *Marítima* sobre a validade da cessão dos créditos litigiosos, descabendo a esta Corte Superior ingressar no exame dos elementos fático-probatórios e reexaminar as cláusulas contratuais. Aplicação das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Enfim, nada há nos autos que torne incontroverso "o nexo de interdependência" entre o interesse das recorrentes em intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. Com isso, inexiste demonstração de que o resultado desta demanda interferirá, necessariamente, na relação contratual estabelecida entre a *Marítima* e as ora recorrentes na cessão dos créditos litigiosos.

A ilegitimidade recursal de *FSO Construction Inc.* e outras deve ser reconhecida.

Ante o exposto, *conheço em parte* do recurso especial interposto por *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* e *nego-lhe provimento*. *Não conheço* do recurso interposto por *FSO Construction Inc.*, *FSO Engineering Inc.*, *FPSO Construction Inc.* e *FPSO Engineering Inc.*

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, cumprimento os ilustres advogados pelas sustentações, o nobre Relator pela qualidade do voto e acompanho Sua Excelência.

Conheço em parte do recurso especial interposto por Marítima Petróleo e Engenharia e nego-lhe provimento. Não conheço do recurso especial interposto pelas empresas FSO e FPSO.

RECURSO ESPECIAL N. 1.349.188-RJ (2011/0217596-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Banco Santander Brasil S/A
Advogados: Jose Manoel de Arruda Alvim Netto e outro(s)
Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outro(s)
Osmar Mendes Paixão Côrtes e outro(s)
Frederico G F T de Oliveira e outro(s)
Recorrente: Associação Fluminense de Amparo aos Cegos - AFAC
Advogado: Fábio Lira da Silva e outro(s)
Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Consumidor. Pessoa portadora de deficiência visual. Hipervulnerável. Contratos bancários. Confecção no método *Braille*. Necessidade. Dever de informação plena e adequada. Efeitos da sentença. Tutela de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*. Sentença que produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada em todo o território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado. Dano moral coletivo. Inocorrência.

1. Na ação coletiva ajuizada por associação em defesa de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, em que toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional, inclusive com eficácia prospectiva, revela-se a natureza transindividual da discussão e a atuação da entidade no campo da substituição processual, o que afasta a necessidade de identificação dos seus associados.

2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece entre os direitos básicos do consumidor, o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e, na oferta, que as informações sejam corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa (art. 31), devendo as cláusulas contratuais ser redigidas de maneira clara e compreensível (arts. 46 e 54, § 3º).

3. A efetividade do conteúdo da informação deve ser analisada a partir da situação em concreto, examinando-se qual será substancialmente o conhecimento imprescindível e como se poderá atingir o destinatário específico daquele produto ou serviço, de modo que a transmissão da informação seja adequada e eficiente, atendendo aos deveres anexos da boa-fé objetiva, do dever de colaboração e de respeito à contraparte.

4. O método *Braille* é oficial e obrigatório no território nacional para uso na escrita e leitura dos deficientes visuais e a sua não utilização, durante todo o ajuste bancário, impede o referido consumidor hipervulnerável de exercer, em igualdade de condições, os direitos básicos, consubstanciando, além de intolerável discriminação e evidente violação aos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana da pessoa deficiente.

5. É cabível, em tese, por violação a direitos transindividuais, a condenação por dano moral coletivo, como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).

6. Na hipótese, apesar de a forma de linguagem, por meio da leitura do contrato, não ser apta a exaurir a informação clara e adequada, não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que se sentiu pessoalmente constrangido

ou discriminado, haja vista que a instituição financeira seguiu as diretrizes emanadas pelo próprio Estado, conforme Resolução n. 2.878/2001 do Bacen.

7. Os efeitos e a eficácia da sentença, na ação coletiva, 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. Precedentes.

8. A sentença prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, deve produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional.

9. Recursos especiais parcialmente 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. Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira, por unanimidade, conhecer parcialmente e, nesta parte, deu parcial provimento ao recurso especial interposto por Banco Santander Brasil S/A, e dar parcial provimento ao recurso especial da Associação Fluminense de Amparo Aos Cegos - AFAC, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira (voto-vista) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 22.6.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Afac - Associação Fluminense de Amparo aos Cegos ajuizou ação coletiva em face do Banco Santander Brasil

S.A., ao fundamento de que o Banco Réu estaria desrespeitando as regras previstas na Lei n. 4.169/1962, notadamente por não disponibilizar em *braille* os textos de contrato, a comunicação de serviços, a prestação de contas, questões relevantes sobre as condições da relação de consumo, violando o direito de cegos ao pleno acesso à informação, à dignidade, ao sigilo bancário e à privacidade dos deficientes visuais.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente o pleito para condenar o réu a: "(i) confeccionar em *Braille* os contratos de adesão e todos os demais documentos fundamentais para a relação de consumo; (ii) a enviar extratos mensais consolidados impressos em linguagem *Braille*, para os clientes com deficiência visual, (iii) a desenvolver cartilha para seus funcionários com normas de conduta para atendimento ao deficiente visual, tudo no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00 e, ainda, ao pagamento de indenização pelos danos coletivos causados no valor de R$ 500.000,00 a ser recolhido em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos" (fls. 347-353).

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso da instituição financeira, afastando o dano coletivo, e negou provimento ao recurso da associação, nos termos da seguinte ementa:

> Apelação cível. Ação civil pública. Direito do Consumidor. Portador de deficiência visual. Contratos bancários. Confecção em *Braile*. Pertinência do pedido. Dano moral coletivo não configurado.
>
> Apelação 1: Provimento parcial
>
> Apelação 2: Desprovimento
>
> (fls. 506-509)

Opostos aclaratórios, o recurso foi rejeitado (fls. 546-550).

Irresignadas, ambas as partes interpõem recurso especial e recurso extraordinário.

No tocante ao especial, Afac interpõe o recurso, com fulcro na alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional. Aponta vulneração aos arts. 21 do CPC/1973, 186 e 927 do CC, 5º, V, X, XXXII, XXXV, LXXVIII e 37 da CF; 4º, 6º, VI, 14, 81, parágrafo único, I e 93, II, do CDC.

A associação aduz que:

i) há dano moral coletivo - por envolver milhares de consumidores deficientes visuais - no importe de R$ 20 milhões, seja por responsabilidade

subjetiva e/ou objetiva, uma vez que "errou o banco ao não oferecer o *Braille*, errou o banco por não treinar adequadamente seus funcionários, e mesmo que não houvesse errado, a responsabilidade dos atos de seus funcionários neste caso é objetiva";

ii) não é possível relativizar o ato ilícito, não havendo como caracterizar uma conduta como não sendo flagrantemente ilícita, notadamente após reconhecer a violação às normas do CDC e à obrigação de fazer, devendo haver indenização pelos danos causados;

iii) não é cabível restringir-se a decisão aos limites territoriais do Rio de Janeiro;

iv) os honorários advocatícios devem ser arbitrados integralmente em favor da recorrente, não havendo falar em sucumbência recíproca, uma vez que decaiu em parte mínima do pedido. Além disso, deve ser levado em conta a qualidade do trabalho, a qualidade das partes, entre outros fatores.

Já o Banco Santander interpõe o especial com base na alínea "a" do art. 105 da CF, por negativa de vigência aos arts. 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/1997, 2º, 3º e 6º do CDC; 1º da Lei n. 4.169/1962; 1º da Lei n. 4.595/1964 (regulamentada pelo art. 9º da Resolução n. 2.878/2001 do Banco Central); 128, 460, 461, §§ 4º e 5º, e 515 do CPC; 16 da Lei n. 7.347/1985; e 412 do CC, alegando que:

i) é necessária a identificação de quais são os associados que estão sendo substituídos;

ii) não existe qualquer ato normativo que estabeleça a obrigatoriedade do banco em fornecer documentos em *braille*, sendo incontroverso, nos autos, que são prestadas informações, por mais de uma forma, aos seus clientes, não tendo o CDC descrito forma específica e obrigatória de como essas informações devem ser prestadas;

iii) cabe ao Conselho Monetário Nacional estabelecer a forma que deverão ser prestadas tais informações, tendo a Lei n. 4.169/1962 o único escopo de padronização da escrita em *braille*;

iv) a obrigatoriedade de que os documentos escritos sejam feitos em *braille* traria onerosidade excessiva ao banco, haja vista que acarretaria severos custos que serão pulverizados pelos demais correntistas;

v) o pedido foi feito em detrimento do Banco Santander, não podendo alcançar todo o conglomerado da qual faz parte;

vi) além da limitação da decisão à cidade do Rio de Janeiro, deverá haver limitação, ainda, para alcançar somente os substituídos que tinham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator;

vii) a multa cominatória diária, no valor de R$ 50.000,00, é desarrazoada.

Contrarrazões apresentadas às fls. 674-699 e 732-775.

Os recursos receberam crivo de admissibilidade negativo na origem, ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 975).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial de ambos os recursos especiais, e, nos pontos suscetíveis de conhecimento, no mérito, pelo não provimento do 1º recurso (*Santander*) e pelo parcial provimento do 2º (AFAC), nos termos da seguinte ementa:

> - 1º *Recurso Especial* (*Santander*): violação ao art. 2º-A, *caput* e p. único, da Lei n. 9.494/1997, aos arts. 2º, 3º e 6º, todos do CDC, ao art. 1º, da Lei n. 4.169/1962, ao art. 1º, da Lei n. 4.595/1964, aos arts. 128, 460, 461, §§ 4º e 6º, e 515, todos do CPC, ao art. 16, da Lei n. 7.347/1985, e ao art. 412, do CC.
>
> - A tese de violação aos arts. 128, 460 e 515, todos do CPC, não foi veiculada nos recursos de apelação e de embargos de declaração, o que esbarra, analogicamente, nos óbices das Súmulas 282 e 356, ambas do STF, visto que não está caracterizado o imprescindível prequestionamento. Por sua vez, a tese de violação ao art. 412, do CC, e ao art. 461, §§ 4º e 6º, do CPC, incide na Súmula 211, do STJ, pelo mesmo motivo de falta de prequestionamento. Precedentes do STJ.
>
> - No mérito, insta consignar que não assiste razão à tese de violação ao art. 2º-A, p. único, da Lei n. 9.494/1997, veiculada sob a alegação de ilegitimidade ativa da associação ora Recorrida. No ponto, em que pese a orientação de repercussão geral emanada da Suprema Corte no julgamento do RE n. 573.232/SC, há que se ter em vista que a hipótese vertente não envolve direito individual homogêneo, cuja sentença de procedência poderia ensejar futuras execuções individuais, a serem movidas unicamente pelos associados que houvessem autorizado, individualmente ou por deliberação assemblear, a defesa de seus direitos em juízo pela respectiva associação. Na verdade, a diferença substancial é por tratar-se aqui de direito coletivo stricto sensu, umbilicalmente ligado à própria razão de existir da associação ora Recorrida (Associação Fluminense de Amparo aos Cegos), qual seja o direito de os consumidores deficientes visuais terem acesso a todos os seus documentos bancários, inclusive extratos, redigidos na linguagem Braille. Cuida-se, portanto, de bem da vida de caráter incindível, que não comporta cumprimento individualizado da condenação imposta e, exatamente por isso, não demanda nem pode exigir prévia autorização dos associados da ora Recorrida, inclusive porque os efeitos da sentença de procedência na ação

coletiva envolvem e alcançam, potencialmente, uma coletividade de deficientes visuais muito maior do que apenas os membros da associação.

- Não deve ser provida a tese de violação aos arts. 2º, 3º e 6º, todos do CDC, ao art. 1º, da Lei n. 4.169/1962, e ao art. 1º, da Lei n. 4.595/1964. Isso porque "a obrigatoriedade da utilização do método *braille* nas contratações bancárias estabelecidas com pessoas com deficiência visual encontra lastro, para além da legislação consumerista *in totum* aplicável à espécie, no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do Estado Democrático de Direito", pois "a adoção do aludido método nos ajustes bancários estabelecidos com consumidores deficientes visuais consubstancia, conforme se demonstrará, o único modo de conferir-lhes, com plenitude, tratamento materialmente isonômico, liberdade de fazer suas próprias escolhas, real acessibilidade à comunicação e à informação essenciais, bem como proteção a sua intimidade" (REsp 1.315.822/RJ, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma,* julgado em 24.3.2015, DJe de 16.4.2015).

- Não comporta provimento a tese de violação ao art. 16, da Lei n. 7.347/1985, e ao art. 2º-A, da Lei n. 9.494/1997, uma vez que "a sentença prolatada no bojo da presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos *stricto sensu* - considerada a indivisibilidade destes - produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litigue ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional" (REsp 1.315.822/RJ, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, julgado em 24.3.2015, DJe de 16.4.2015).

- 2º *Recurso Especial* (AFAC): ofensa ao art. 21, do CPC, aos arts. 186 e 927, ambos do CC, aos arts. 4º, 6º, VI, 14, 81, p. único, I, e 93, II, todos do CDC, e aos arts. 5º, V, X, XXXII, XXXV e LXXVIII, e 37, ambos da Constituição, além de divergência jurisprudencial.

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

- Não desafiam conhecimento todas as alegações de ofensa a artigos constitucionais, pois a via especial, destinada à uniformização do direito federal, não se presta ao exame de dispositivos da Constituição da República, sob pena, inclusive, de usurpação da competência da Suprema Corte. Precedentes do STJ.

- No mérito, cumpre assinalar que o apelo nobre deve ser provido quanto à alegada ofensa ao art. 21, do CPC, tendo em vista não ser possível a extensão ao réu da ação civil pública da isenção do pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, porque a regra prevista no art. 18, da Lei n. 7.347/1985, isenta, tão somente, o autor da ação, salvo quando comprovada má-fé. Precedentes do STJ.

- Merece provimento a tese de ofensa aos arts. 4º e 93, II, ambos do CDC, uma vez que "a sentença prolatada no bojo da presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos *stricto sensu* - considerada a indivisibilidade destes - produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litigue ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional" (REsp 1.315.822/RJ, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, julgado em 24.3.2015, DJe de 16.4.2015).

- Não assiste razão à tese de ofensa ao art. 186, do CC, e ao art. 6º, VI, do CDC, à tese de ofensa ao art. 14, do CDC, e ao art. 927, do CC, e à tese de ofensa aos arts. 6º, VI, e 81, p. único, I, ambos do CDC, todas três relacionadas ao pleito de condenação do Recorrido em danos morais coletivos. Realmente, conquanto possível a condenação por danos morais coletivos em ação civil pública ajuizada na defesa de direitos transindividuais, para a caracterização dessa hipótese de responsabilidade civil extracontratual e extrapatrimonial, prevista no art. 927 como consequência para o dano causado pelo ato ilícito conceituado no art. 186, ambos do Código Civil, é imprescindível a existência de ação ou omissão infratora de dever jurídico legal preexistente. Precedentes do STJ. Assim, no afã de configurar a responsabilidade civil por danos morais coletivos, não há como taxar de ilícita a conduta do banco ora Recorrido que não descumpriu os deveres jurídicos legais a ele impostos pelas normas regulamentares do Sistema Financeiro Nacional. Some-se a isso o fato de que as obrigações de disponibilizar aos consumidores deficientes visuais o acesso a todos os seus documentos bancários, inclusive extratos, redigidos na linguagem Braille e de treinar os funcionários para o atendimento adequado aos deficientes visuais somente passaram a existir para a instituição financeira a partir da procedência do pedido formulado na presente ação coletiva.

- Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento parcial de ambos os recursos especiais, e, nos pontos suscetíveis de conhecimento, no mérito, pelo não provimento do 1º recurso (*Santander*) e pelo parcial provimento do 2º (AFAC).

(fls. 983-1.004)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* Primeiramente, destaca-se que o presente especial foi interposto à luz do CPC/1973 e, por conseguinte, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9.3.2016).

Nesse sentido:

> Agravo regimental em agravo em recurso especial. Processual Civil. Vigência do novo CPC. 18.3.2016. LC n. 95/1998 e Lei n. 810/1949. Decisão impugnada publicada antes da vigência do novo CPC. Aplicabilidade na espécie do CPC de 1973. Princípio do *tempus regit actum*. Recurso assinado eletronicamente por advogado sem procuração. Súmula 115/STJ.
>
> 1. Observando o disposto na Lei n. 810/1949 c/c Lei Complementar n. 95/1998, *a vigência do novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, iniciou-se em 18 de março de 2016 (**Enunciado Administrativo n. 1, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 2.3.2016**)*.
>
> 2. À luz do princípio *tempus regit actum*, esta Corte Superior há muito pacificou o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, regra essa que veio a ser positivada no ordenamento jurídico no art. 14 do novo CPC.
>
> 3. Em homenagem ao referido princípio, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Precedentes.
>
> 4. Esse entendimento foi cristalizado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça, na sessão realizada dia 9.3.2016 (ata publicada em 11.3.2016), em que, por unanimidade, aprovou a edição de enunciado administrativo com a seguinte redação: "*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*" (***Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9.3.2016***)*.
>
> 5. Na espécie, o agravo regimental impugna decisão publicada na vigência do CPC de 1973, sendo exigidos, pois, os requisitos de admissibilidade na forma prevista naquele código de ritos, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência desta Corte.
>
> 6. A interposição de agravo regimental assinado eletronicamente por advogado sem poderes nos autos atrai a incidência da Súmula 115/STJ. Ademais, a regularidade na representação processual da parte deve ser comprovada no ato da interposição do recurso. Precedentes.
>
> 7. Agravo regimental não conhecido.
>
> (AgRg no AREsp 849.405/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5.4.2016, DJe 11.4.2016)

Nessa linha de intelecção, com relação ao Recurso Especial da instituição financeira, deve ser afastada, de plano, a tese de negativa de vigência aos arts. 128, 460 e 515, todos do CPC, haja vista a ausência de prévio debate, no acórdão recorrido, da questão objeto da norma indicada como ofendida.

Deveras, é inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo* (Súm. 211 do STJ), sendo que, na hipótese, a instituição recorrente não interpôs especial suscitando ofensa ao art. 535 do CPC/1973, com o objetivo de anular o acórdão recorrido.

3. Quanto aos dispositivos constitucionais supostamente violados por ambas as partes, cumpre observar que, embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional, ainda que para viabilizar a interposição de recurso extraordinário.

Observe-se:

> Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 557 do CPC. Recurso em confronto com súmula e jurisprudência do STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Rediscussão da matéria de mérito. Impossibilidade. Prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário. Inviabilidade. Acolhimento parcial.
>
> 1. As causas autorizadoras do julgamento monocrático de recursos estão previstas no art. 557 do Código de Processo Civil. No caso, foi negado monocraticamente seguimento ao recurso, tendo em vista estar em confronto com súmulas e com a jurisprudência dominante do STJ.
>
> 2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
>
> 3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
>
> 4. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.
>
> (EDcl no AgRg no REsp 886.061/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.8.2009, DJe 27.8.2009)

4. No que se refere à ofensa ao art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997, apesar de inicialmente ter entendido que a matéria não teria sido prequestionada, acolho as ponderações feitas pelo Min. Antonio Carlos Ferreira, para conhecer do recurso e afastar a pretensão recursal, no ponto.

Isto porque a ação coletiva ajuizada visa proteger não apenas direitos individuais homogêneos - inclusive de terceiros não associados -, mas também, e de modo especial, direitos coletivos *stricto sensu* e interesses difusos (CPC, art. 81, parágrafo único, I, II e III), estes últimos relacionados aos futuros consumidores dos contratos bancários, de amplitude indeterminada e indeterminável, conforme assinalei no julgamento do REsp 1.293.606/MG.

Em razão disso, não há como incidir o entendimento firmado pelo col. STF no julgamento do RE 573.232/SC, em sede de repercussão geral, e que foi assim ementado:

> *Representação. Associados. Artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Alcance*. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. *Título executivo judicial. Associação. Beneficiários*. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. (RE 573.232, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14.5.2014, DJe-182)

Isto porque, conforme se percebe na leitura atenta dos votos prolatados, o precedente se direcionou exclusivamente para as demandas coletivas que objetivam a proteção de direitos individuais homogêneos, em hipótese de representação processual - e não de substituição.

Naquela oportunidade, a entidade associativa apresentou, desde o ajuizamento da ação, a lista de beneficiários do provimento jurisdicional pretendido, nos termos do voto do em. Min. Marco Aurélio:

> Digo que o caso é péssimo para elucidar essa dualidade. Por quê? Porque, conforme consta do acórdão do Tribunal Regional Federal, a ação de conhecimento foi ajuizada pela Associação Catarinense do Ministério Público. *E o que fez, atenta ao que previsto no inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal? Juntou a relação dos que seriam beneficiários do direito questionado. Juntou, também - viabilizando, portanto, a defesa pela parte contrária, a parte ré -, a autorização para atuar.* Prevê o estatuto autorização geral para a associação promover a defesa, claro, porque qualquer associação geralmente tem no estatuto essa previsão.
>
> Mas, repito, exige mais a Constituição Federal: que haja o credenciamento especifico. Pois bem. Veio à balha incidente na execução, provocado em si - pelo menos considero o cabeçalho do acórdão do Tribunal Regional Federal - pela associação que atuara representando os interesses daqueles mencionados, segundo as autorizações individuais anexadas ao processo?

Não, por terceiros, que seriam integrantes do Ministério Público, mas que não tinham autorizado a propositura da ação.

Indago: formado o título executivo judicial, como o foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa quanto aos beneficiários, a partir da autorização explícita de alguns associados, é possível posteriormente ter-se - e aqui penso que os recorridos pegaram carona nesse título - a integração de outros beneficiários?

A resposta para mim é negativa. Primeiro, Presidente, porque, quando a Associação, atendendo ao disposto na Carta, juntou as autorizações individuais, viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial.

Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação a agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ter sido implementada pela ré, a União, a defesa respectiva.

Creio, e por isso disse que a situação sequer é favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a esclarecer o alcance do preceito do inciso XXI do artigo 5º, que trata da necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em Juízo, em nome dos associados, e o do preceito que versa o mandado de segurança coletivo e revela o sindicato como substituto processual. Nesse último caso, a legitimação já decorre da própria Carta - representação gênero - e também da previsão do artigo 8º, do qual não me valho. Estou-me valendo apenas daquele referente às associações.

Presidente, não vejo como se possa, na fase que é de realização do título executivo judicial, alterar esse título, para incluir pessoas que não foram inicialmente apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimento e que não autorizaram a Associação a atuar como exigido no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal.

Por isso, peço vênia - e já adianto o voto - para conhecer e prover o recurso interposto pela União.

Os recorridos não figuraram como representados no processo de conhecimento. Pelo que estou percebendo, e pelo que está grafado no acórdão impugnado pela União, apenas pretenderam, já que a Associação logrou êxito quanto àqueles representados, tomar uma verdadeira carona, incompatível com a organicidade e a instrumentalidade do Direito.

Nessa ordem de ideias, dessume-se, do voto do em. Ministro Teori Zavascki, os limites dos pedidos formulados na referida demanda, *verbis*:

> Desde logo é importante realçar os contornos da controvérsia a ser decidida. Consta dos sistemas do Supremo Tribunal Federal sobre repercussão geral que o Tema n. 082, que tem como paradigma este recurso extraordinário, diz respeito a "*Legitimidade de entidade associativa para promover execuções, na qualidade de substituta processual, independentemente da autorização de cada um de seus filiados*". Não é esse, exatamente, o foco do debate. Trata-se de classificação influenciada pela ementa do acórdão recorrido, destoante do debate travado. Com efeito, aqui não está em questão a legitimidade de sindicato ou de associação para promover ação coletiva ou sua execução. O que aqui se questiona é, unicamente, a legitimidade ativa do associado (e não da associação ou do sindicato) para executar em seu favor a sentença de procedência resultante de ação coletiva, proposta por sua Associação, mediante autorização individual e expressa de outros associados. Essa a questão.
>
> [...]
>
> No caso concreto, *a Associação propôs ação coletiva objetivando o reconhecimento do direito de associados*, membros do Ministério Público em Estado de Santa Catarina, à incidência e consequentes reflexos do percentual de 11,98% sobre a gratificação eleitoral, devida retroativamente a março de 1994, que é calculada sobre o vencimento básico dos juízes federais, e que teria sido reduzida por força do critério para conversão dos vencimentos em URV. Muito embora o direito pleiteado se refira a uma parcela remuneratória específica de outros membros da categoria representada pela entidade demandante, *o certo é que a ação foi proposta apenas em favor dos que apresentaram autorizações individuais expressas, sendo que o pedido e a correspondente sentença limitaram-se a esses associados*. Somente esses, portanto, nas especiais circunstâncias do caso, estão munidos de título executivo indispensável para o cumprimento do julgado em seu favor.
>
> [...]
>
> Não há como dar amparo, assim, ao entendimento do acórdão recorrido, segundo o qual, os associados que não autorizaram expressamente, estariam ainda assim legitimados a executar porque o "(…) Estatuto, no art. 3º, I, prevê a autorização geral para a associação promover a defesa judicial e extrajudicial dos interesses coletivos e difusos de seus associados e pensionistas (fl. 140)." A simples previsão estatutária, conforme já registrado, seria insuficiente para legitimar a Associação, razão pela qual, ela própria, tomou o cuidado de munir-se de autorizações individuais.

Dessarte, a pretensão deduzida na presente ação, diversamente do julgamento do STF, teve por escopo, notadamente, a defesa de interesse difuso, de modo que a atuação da entidade autora dá-se de forma inequívoca no campo da substituição processual, e não somente da representação.

Portanto, na hipótese, não apenas os associados representados, mas toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional - inclusive com eficácia prospectiva -, revelando a natureza transindividual da discussão posta para a solução do Judiciário.

É de se ter, ademais, que a regra legal invocada pela instituição financeira refere-se exclusivamente às demandas ajuizadas "na defesa dos interesses e direitos dos seus associados", como consta no *caput* do dispositivo da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001.

> Art. 2º-A. A sentença civil prolatada *em ação de caráter coletivo* proposta por entidade associativa, *na defesa dos interesses e direitos dos seus associados*, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.
>
> Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Dessarte, não se está a tratar aqui da hipótese regrada no art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal, que versa exclusivamente sobre os casos de representação de entidades associativas, na defesa dos interesses de seus associados, mas efetivamente da substituição processual autorizada pelo art. 82, IV, do CDC c.c. art. 5º, V, "a" e "b", da LACP. É o quanto basta para distinguir a causa presente, daquela objeto do julgado proferido pela Corte Suprema.

Por fim, a norma legal aventada pela recorrente é expressa em limitar sua eficácia às demandas propostas contra "a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações", condição na qual não se enquadra a instituição financeira.

5. A controvérsia está em definir se a instituição financeira é obrigada a fornecer ao consumidor portador de deficiência visual documentos em *braille*, e se o seu comportamento com a negativa enseja indenização por dano moral coletivo.

O magistrado de piso e o Tribunal *a quo* reconheceram a obrigação da ré, apesar de o acórdão ter negado o dano coletivo na espécie, pelos seguintes fundamentos:

Assiste parcial razão ao primeiro apelante.

Como se sabe, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores pode ser exercida em Juízo individualmente ou a título coletivo, estando a entidade autora legitimada a propor a presente ação, tendo em vista que entre os seus fins institucionais está a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código.

O objetivo da ação deflagrada é promover a inclusão das pessoas com deficiência visual e facilitar o acesso às informações e direitos dos consumidores para este público específico, razão pela qual rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

Quanto ao mérito, a hipótese dos autos se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor e sob esse prisma a relação será analisada, uma vez que as partes litigantes se enquadram no conceito de consumidor e fornecedor à luz dos arts. 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, impõe-se reconhecer que a sentença recorrida prestigiou o direito a informação, que deve ser respeitado como corolário do princípio da transparência e da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações negociais desse jaez.

O fornecedor de serviços deve apresentar informações claras e precisas a respeito do conteúdo do contrato, a fim de permitir que o consumidor possa conhecer todos os encargos incidentes e possibilitar o questionamento dos valores que lhe são cobrados.

O suporte jurídico para a condenação da apelante está no Código de Defesa do Consumidor, cujas normas são de ordem pública e interesse social, competindo aos Poderes do Estado o dever de zelar e impor o cumprimento dos direitos previstos no art. 6º do citado diploma legal.

Portanto, o cliente portador de deficiência visual tem o direito de obter as mesma informações dos demais consumidores, além de não representar encargo excessivo para a instituição financeira.

Por outro lado, não se vislumbra a existência de dano moral coletivo, uma vez que não se pode atribuir à instituição financeira uma prática flagrantemente ilícita.

O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa visando a estruturação e regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, competindo ao Banco Central do Brasil a missão de orientar, disciplinar, controlar e fiscalizar as entidades do sistema financeiro.

Considerando que não há qualquer ato normativo a respeito do tema objeto da presente ação, a omissão da instituição financeira em fornecer documentos em braile não merece repreensão a título de dano moral.

Quanto a alteração do prazo de cumprimento do "decisum" apelado, entende esta relatoria que o mesmo deve ser dilatado de 30 (trinta) para 90 (noventa) dias a contar da publicação deste acórdão.

Por derradeiro, considerando que não se vislumbra nos autos má-fé processual, devem ser excluída a condenação em honorários advocatícios.

> Isto posto, voto no sentido de dar parcial provimento ao primeiro recurso, a fim de excluir a indenização por dano moral coletivo, excluir a condenação em honorários advocatícios, dilatar o prazo de cumprimento do *decisum* apelado de 30 (trinta) para 90 (noventa) dias a contar da publicação deste acórdão, bem como, esclarecer que o alcance da decisão é regional, ou seja, alcança os bancos do conglomerado desta cidade do Rio de Janeiro.
>
> Quanto ao segundo recurso, este merece ser desprovido.
>
> Primeiramente, impõe-se registrar que o presente recurso perdeu seu objeto quanto ao pedido de majoração da indenização fixada a título de danos morais, e de honorários advocatícios.
>
> *Por fim, quanto aos limites da eficácia da coisa julgada nesta ação coletiva, entende esta relatoria que estes devem ficar adstritos à competência territorial do órgão prolator, conforme dispõe o art. 16 da Lei n. 7.345/1985 em sua redação atual.*
>
> Assim, nega-se provimento ao segundo recurso.
>
> (fls. 506-509)

É incontroversa a discussão quanto à existência de relação de consumo, assim como de que há tutela de direitos coletivos *stricto sensu*.

6. Quanto ao mérito, é notório o avanço e a preocupação com a inclusão e integração do deficiente de forma plena na sociedade moderna, deixando de lado eventual segregação e discriminação, para se reconhecer seus direitos e liberdades fundamentais, emanados da dignidade e de igualdade inerentes a todo ser humano, vinculando não apenas os poderes públicos, mas estando também direcionados às relações privadas.

A proteção dos direitos das pessoas com deficiência ganhou *status* constitucional expresso com o Decreto n. 6.949/2009, que promulgou, em conformidade com o § 3º da Carta da República, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (assinada em Nova York, em 30 de março de 2007), tendo o Congresso Nacional, mais recentemente, com o intuito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

No tocante ao microssistema normativo inerente especificamente aos portadores de deficiência visual, tem-se a Lei n. 4.169/1962, que oficializou o uso obrigatório das Convenções *Braille* para escrita e leitura dos cegos e o Código de Contrações e Abreviaturas *Braille* no Brasil, *verbis*:

> *Art. 1º São oficializadas e de uso obrigatório em todo o território nacional, as convenções Braille, para uso na escrita e leitura dos cegos e o Código de Contrações e Abreviaturas Braille, constantes da tabela anexa e aprovados pelo Congresso Brasileiro Pró-Abreviatura Braille, realizado no Instituto Benjamin Constant, na cidade do Rio de Janeiro, em dezembro de 1957.*
>
> Art. 2º A utilização do Código de Contrações e Abreviaturas *Braille* será feita gradativamente, cabendo ao Ministro da Educação e Cultura, ouvido o Instituto Benjamin Constant, baixar regulamento sobre prazos da obrigatoriedade a que se refere o artigo anterior e seu emprego nas revistas impressas pelo sistema *Braille* no Brasil, livros didáticos e obras de difusão cultural, literária ou científica.
>
> Art. 3º Os infratores da presente lei não poderão gozar de quaisquer benefícios por parte da União, perdendo o direito aos mesmos aqueles que os tenham conseguido, uma vez verificada e comprovada a infração pelo Instituto Benjamin Constant.
>
> Art. 4º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

No ponto, apenas para constar, verifica-se que eventual necessidade de regulamentação, estabelecida no art. 2º (suscitada pela instituição recorrente), limita-se à definição dos prazos para emprego do método em revistas impressas pelo sistema *Braille* no Brasil, livros didáticos e obras de difusão cultural, literária ou científica**,** não havendo alusão e limitação nas demais situações, especialmente em relação aos contratos, produtos e serviços de consumo.

Posteriormente, foram editadas as Leis n. 10.048/2000 e 10.098/2000, aquela impondo às instituições financeiras a obrigação de conferir tratamento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência (arts. 1º e 2º); tendo a segunda estabelecido normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos, em especial, nos meios de comunicação, isto é, deve ser afastado qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa (arts. 1º, 2º, II, b).

Ficou estabelecido, ainda, que o Poder Público deverá promover a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho,

à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer (art. 17), devendo implementar a formação de profissionais intérpretes de escrita em *braille*, linguagem de sinais e de guias-intérpretes, para facilitar qualquer tipo de comunicação direta à pessoa portadora de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação (art. 18).

Deve-se realçar que a ideologia protetiva dos deficientes está em absoluta consonância com diplomas internacionais, regulando a matéria, *v.g.*, a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pelo Dec. 3.956/2001, que estabeleceu entre diversas diretrizes, a de se adotar medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou no fornecimento de bens, serviços e comunicações.

Há, ainda, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Decreto n. 186/2008, que, como dito, tem *status* equivalente à emenda constitucional (CF, art. 5º, § 3º) e, em razão disso, enseja aplicação concreta e imediata, por ser definidora de direito e garantia fundamental do indivíduo, (CF, art. 5º, § 1º), cujos dispositivos merecem destaque:

> *Artigo 1*
>
> *Propósito*
>
> *O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.*
>
> *Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.*
>
> *Artigo 2*
>
> Definições
>
> Para os propósitos da presente Convenção:
>
> *"Comunicação" abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis;*

"Discriminação por motivo de deficiência" significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

"*Adaptação razoável*" significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação;

c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;

e) A igualdade de oportunidades;

f) A acessibilidade;

[...]

Artigo 4

Obrigações gerais

1.Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;

b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;

c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;

d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;

e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada;

[...]

Artigo 9

Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

[...]

Artigo 21

Liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação

Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião, inclusive à liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e idéias, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e por intermédio de todas as formas de comunicação de sua escolha, conforme o disposto no Artigo 2 da presente Convenção, entre as quais:

a) Fornecer, prontamente e sem custo adicional, às pessoas com deficiência, todas as informações destinadas ao público em geral, em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência;

b) Aceitar e facilitar, em trâmites oficiais, o uso de línguas de sinais, braille, comunicação aumentativa e alternativa, e de todos os demais meios, modos e formatos acessíveis de comunicação, à escolha das pessoas com deficiência;

c) Urgir as entidades privadas que oferecem serviços ao público em geral, inclusive por meio da Internet, a fornecer informações e serviços em formatos acessíveis, que possam ser usados por pessoas com deficiência;

[...]

Artigo 22

Respeito à privacidade

[...]

2. Os Estados Partes protegerão a privacidade dos dados pessoais e dados relativos à saúde e à reabilitação de pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ainda dou especial enfâse ao Artigo 12 do referido Decreto que traz a disciplina do "reconhecimento perante a lei", dispondo, no item 4, que "*os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos*, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível *e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial*.

No tocante às relações financeiras e bancárias, estabeleceu-se no item 5, do Artigo 12 que "*os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito* de possuir ou herdar bens, *de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários*, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens."

Por fim, destaco que há bem pouco tempo, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, mais um normativo que visa consagrar e conferir efetividade às pessoas com algum tipo de deficiência.

7. Por outro lado, é sabido que o Código de Defesa do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes.

Sendo assim, estabelece, entre os direitos básicos do consumidor, o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como informação sobre os riscos que representam (CDC, art. 6º, III).

Além disso, diz o Código, na oferta e apresentação de seus produtos, o fornecedor deve assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa (art. 31), bem como que as cláusulas contratuais devem ser redigidas de maneira clara e compreensível (arts. 46 e 54, § 3º)

Conforme abalizada doutrina, a informação "é mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou

requerida integra o conteúdo do contrato (arts. 30, 33, 35, 46 e 54), ou, se falha, representa a falha (vício) na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts. 18, 20 e 35)" (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 59).

É o que assevera também a jurisprudência da Casa, ao estabelecer que "o art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. *O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada*" (REsp 1.121.275/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.3.2012, DJe 17.4.2012).

8. No presente caso, vislumbram-se consumidores em situação de especial agravamento de sua vulnerabilidade - os hipervulneráveis -, em razão de sua fragilidade e característica pessoal de pessoa com deficiência, assim como ocorre com idosos, crianças e adolescentes, devendo os deveres de boa-fé também ser qualificados em face desse grupo, sob pena de violação de suas expectativas.

A jurisprudência do STJ reconhece essa especial condição de vulnerabilidade do consumidor com algum tipo de deficiência:

> Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Proteção das pessoas com deficiência física, mental ou sensorial. Sujeitos hipervulneráveis. Fornecimento de prótese auditiva. Ministério Público. Legitimidade ativa *ad causam*. Lei n. 7.347/1985 e Lei n. 7.853/1989.
>
> 1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.
>
> 2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex., sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.
>
> *3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.*

4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma "obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade" (Lei n. 7.853/1989, art. 1º, § 2º, grifo acrescentado).

5. Na exegese da Lei n. 7.853/1989, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar "o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social" (art. 1º, caput, *grifo acrescentado).*

[...]

10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos.

11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais *in casu* não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural.

12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, *in concreto*, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis *in abstracto*) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do *ius dispositivum*, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente.

13. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedentes do STJ.

14. Deve-se, concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência.

15. Recurso Especial não provido.

(REsp 931.513/RS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 27.9.2010)

E justamente em razão dessa condição, com escopo no mandamento constitucional, no CDC e demais normas específicas, é que emerge, no tocante especificamente ao deficiente visual, a busca pelo tratamento equitativo e digno na condição de pessoa humana, sem discriminação, com igualdade material para um sujeito com situação diferenciada, protegendo o seu direito de livre escolha (CDC, art. 6º, II e 31), com fulcro na autonomia da vontade e na livre iniciativa (CF, art. 170, *caput* e V).

Formando um sistema, as referidas normas de proteção ao deficiente visual devem ter aplicação conjunta com o CDC, na postura hermenêutica do diálogo das fontes e da análise sistemática do ordenamento jurídico, principalmente no tocante às normas mais vantajosas e protetivas ao consumidor, conforme se extrai da leitura do art. 7º da Lei n. 8.078/1990.

É o que assinala a doutrina especializada:

> Tem-se aqui uma pessoa especial, o deficiente visual, que em suas relações com instituições bancárias se encontra submetido, ao mesmo tempo, a duas legislações protetivas especiais: as que se aplicam na sua condição de deficiente e aquelas aplicáveis na sua condição de consumidor. Por ser duplamente vulnerável, e especialmente protegido nas suas relações e a atual normativa que as regula não segue mais a antiga tendência de exclusão, mas, ao contrário, demanda do Estado, da sociedade e das pessoas que com eles se relacionam uma postura e ação de inclusão, respeitando suas características e diferenças integralmente.
>
> (RAMOS, Fabiana D'Andrea. Contratos bancários, hipervulnerabilidade por deficiência física e obrigação de informar: comentários ao REsp 1.315.822/RJ. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 99, ano 24, p. 463-496. São Paulo: RT, mai.-jun. 2015)

Nessa ordem de ideias, diante da situação de hipervulnerabilidade, é que penso que o direito à informação deve ser analisado com maior acuidade, com *granus salis*, para que o déficit informativo do consumidor não venha a ensejar em prática abusiva do fornecedor.

Isto porque a informação tem como principal objetivo o de racionalizar as opções do consumidor e, em sendo assim, o dever de informar deve sempre ser elaborado com foco no princípio da boa-fé, de acordo com a necessidade jurídica daquele consumidor, visando à satisfação de suas necessidades.

Deveras, a proteção do hipervulnerável está intimamente ligada aos princípios da liberdade, igualdade e não discriminação, pelos quais, no caso concreto, devem os aplicadores do direito buscar a solução que proporcione a

maior guarida possível para o deficiente, promovendo a dignidade da pessoa humana e com viés de construção de uma sociedade justa e solidária.

Justamente em razão dessa condição é que se faz necessária maior transparência, mais informação e maior lealdade possível, não sendo qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código.

Realmente, o em. Min. Herman Benjamin, leciona que "a informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa", e *arremata* "caberá ao fornecedor, conhecedor de seu produto ou serviço, informar sobre "outros" dados que, no caso concreto, repute importantes. *Se não o fizer voluntariamente, assim o determinará o juiz ou a autoridade administrativa, independentemente da reparação e da repressão* (administrativa e penal)"(GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al] *in Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* /. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, p. 289).

Assim, é apenas o caso concreto que irá permitir que se verifique se o dever de informar positivamente do fornecedor está sendo realizado de forma clara, transparente, plena sobre produto e serviço, possibilitando a liberdade de escolha, a igualdade nas contratações, com respeito à dignidade.

Com efeito, para se conferir efetividade ao conteúdo da informação, deve-se ter em mente, na hipótese, quais serão substancialmente as informações imprescindíveis e como se poderá atingir o destinatário específico daquele produto ou serviço, de modo que a transmissão da informação seja adequada e eficiente, atendendo aos deveres anexos da boa-fé objetiva, do dever de colaboração e de respeito à contraparte.

É o que enfatiza a doutrina consumerista:

> *O conteúdo do direito à informação do consumidor não é determinado* a priori. Necessário que se verifique nos contratos e relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor. Isto porque, não basta para atendimento do dever de informar pelo fornecedor que as informações consideradas relevantes sobre o produto ou serviço, sejam transmitidas ao consumidor. É necessário que esta informção seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor. *A eficácia do direito à informação do consumidor não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos,*

> *sem o cuidado ou a preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações.*
>
> (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 193)

Em razão disso é que se percebe que a adequabilidade da linguagem e dos meios de comunicação ganham especial relevância quando se trata do consumidor deficiente visual.

Até porque o CDC estabelece que "os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou *se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*" (art. 46).

Nessa ordem de ideias, verifica-se que o STJ, em diversas oportunidades, vem estabelecendo, em razão da situação em concreto, qual a informação necessária e adequada sobre determinado produto para que se atenda aos ditames do CDC.

a) numa primeira situação, a Corte, em processo de integração jurídica, obrigou o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos, *verbis:*

> Direito do Consumidor. Administrativo. Normas de Proteção e Defesa do Consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da Lei do Glúten (Lei n. 8.543/1992 ab-rogada pela Lei n. 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.
>
> 1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca.

2. A superveniência da Lei n. 10.674/2003, que ab-rogou a Lei n. 8.543/1992, não esvazia o objeto do *mandamus*, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, complementar a expressão "contém glúten" com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam.

3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social". São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado.

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.

6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.

7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6º, III).

8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC).

10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).

12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do caveat emptor *como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.*

13. Inexistência de antinomia entre a Lei n. 10.674/2003, que surgiu para proteger a saúde (imediatamente) e a vida (mediatamente) dos portadores da doença celíaca, e o art. 31 do CDC, que prevê sejam os consumidores informados sobre o "conteúdo" e alertados sobre os "riscos" dos produtos ou serviços à saúde e à segurança.

14. Complementaridade entre os dois textos legais. Distinção, na análise das duas leis, que se deve fazer entre obrigação geral de informação e obrigação especial de informação, bem como entre informação-conteúdo e informação-advertência.

15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei n. 10.674/03), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela.

16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte.

17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são freqüentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.

18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.

19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.

20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à

generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.

21. Existência de lacuna na Lei n. 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos.

22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.4.2007, DJe 19.3.2009)

b) em outra oportunidade, o STJ determinou que os supermercados, para atingir a informação adequada ao consumidor, colocassem, além do código de barra e do preço nas prateleiras, também o valor em cada produto:

Direito do Consumidor. Preço. Produtos. Supermercados. Exigência. Código de Defesa do Consumidor.

Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor.

A Lei n. 8.078/1990, em seu artigo 6º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor: "A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como, sobre os riscos que apresentam." Os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda.

O fato de já existir, em cada produto, o código de barras não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações.

Para atender realmente o que estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto.

Segurança denegada.

(MS 5.986/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Seção, julgado em 13.10.1999, DJ 29.11.1999, p. 116)

Processo Civil. Constitucional. Direito do Consumidor. Mandado de segurança. Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º, inciso III, e art. 31. Decreto n. 90.595/1984. Portaria Super n. 02/96 da extinta Sunab. Sistema de código de barras para indicar os preços das mercadorias. Supermercados. Processo Administrativo n. 08012.001556/98-18. Adoção em caráter alternativo: de afixação direta, nos bens expostos à venda, mediante etiquetas ou similares, do respectivo preço à vista; ou, na hipótese de existência de código de barras (Dec.

> n. 90.595/1984), proceder à informação dos preços das mercadorias em lista aposta em local visível ao consumidor. Ausência de direito líquido e certo. Defesa da ordem econômica. Direito do Consumidor à informação adequada e clara. Segurança denegada.
>
> *I - É necessária a colocação de etiquetas em todos os produtos, mesmo se adotado mecanismo de código de barras com os esclarecimentos nas gôndolas correspondentes.*
>
> II - Por ser assegurado ao consumidor o direito de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, não há que se falar em "intervenção abusiva no domínio econômico", com desrespeito aos arts. 1º, IV, 170, *caput* e inciso II e 174, *caput*, todos da C.F./1988, porque incensurável o despacho proferido pelo Excelentíssimo Ministro de Estado da Justiça, publicado no DO 1, de 14.8.1998.
>
> III - O poder hierárquico exercido pelo Ministro de Estado da Justiça teve por objetivo coordenar as atividades administrativas, no âmbito interno, e, assim o fez, na modalidade "revisão", bem como no exercício de poder de polícia, limitando direitos individuais em benefício da coletividade.
>
> IV - É inerente à natureza normativa do despacho a repercussão em casos análogos, sendo mero sofisma a conclusão de seu caráter *erga omnes*, porque o ato administrativo é ordinatório, sem invasão de competência legislativa da União.
>
> (MS 5.943/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Primeira Seção, julgado em 29.2.2000, DJ 27.3.2000, p. 59)

c) esta Quarta Turma, no julgamento de ação coletiva, sob outra ótica, reconheceu que dentro do dever de informação não havia a obrigação de se inscrever, em rótulos e embalagens, os prazos de garantia, justamente por defluirem da própria lei, sendo presumido o conhecimento de todos:

> Recurso especial. Ação civil coletiva. Direito do Consumidor. Dever de informação. Sentença *a quo* que reputou necessária a inscrição do prazo da garantia legal em rótulos e embalagens de produtos. Aresto estadual que afastou tal obrigação. Insurgência da Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor.
>
> 1. Alegada ausência de prequestionamento. Inocorrência. "O STJ admite o prequestionamento implícito nas hipótese em que os pontos debatidos no Recurso Especial foram decididos no acórdão recorrido, sem explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão." REsp 1.345.910/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 31.10.2012.
>
> 2. Hipótese em que a agremiação nacional representativa dos interesses do consumidor pleiteou a inclusão do prazo da garantia legal nos rótulos/

> embalagens de lâmpadas de fabricação própria da empresa recorrida. Desnecessidade. Interpretação do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Alcance do termo "garantia". Não abrangência da legal, mas, sim, da contratual.
>
> *3. O dever de o fornecedor assegurar informações corretas, claras e precisas na apresentação dos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo (art. 31 da Lei n. 8.078/1990) não contempla a obrigação de transcrever a garantia legal nos rótulos/embalagens, porquanto esta deflui diretamente da própria lei (art. 24 e 26 do CDC), a qual o ordenamento jurídico presume ser de conhecimento de todos ("ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" - art. 3º da Lei de Introdução do Direito Brasileiro).*
>
> 4. A norma em voga prescreve um rol mínimo de itens a serem informados pelo fabricante e comerciante, cujo objetivo é conferir dados suficientes ao consumidor, a fim de que possa emitir um juízo particularizado sobre o bem ou serviço que tenciona adquirir, destacando-se as condições e vantagens oferecidas, aí incluída a garantia contratual, e não a legal (30 ou 90 dias, conforme o caso), justamente por esta última decorrer do próprio sistema.
>
> 5. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (REsp 1.067.530/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 10.6.2013)

d) em outro julgado, esta mesma Turma, por maioria, afastou o dever de informação de determinada companhia aérea com relação aos seus passageiros sobre atrasos e cancelamentos de vôos, tendo em vista a generalidade dos casos e a ausência de normativo específico:

> Recurso especial. Consumidor. Processual Civil. Ação civil pública. Transporte aéreo. Dever de informação. Formulário escrito. Inexistência de norma específica ao tempo da propositura da ação. Improcedência. Danos morais coletivos. Inocorrência. Recurso provido.
>
> *1. É inviável o ajuizamento de ação civil pública para condenar certa companhia aérea a cumprir o dever de informar os passageiros acerca de atrasos e cancelamentos de vôos, seguindo forma única e detalhada, sem levar em conta a generalidade de casos e sem amparo em norma específica, apenas com suporte no dever geral de prestar informações contido no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.*
>
> 2. A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores.
>
> 3. No caso concreto, não restou configurada a grave ofensa à moralidade pública a ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral coletivo.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.303.014/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18.12.2014, DJe 26.5.2015)

9. Na hipótese ora em julgamento, tanto o magistrado de piso como o acórdão recorrido reconheceram a necessidade do uso do *Braille* pelas instituições financeiras porque:

i) diversos normativos legais estabelecem o uso da linguagem do *Braille* em todo território nacional, além de adotarem uma política de inserção do deficiente visual;

ii) sem o *braille*, o deficiente continuaria sendo dependente de outras pessoas para a leitura dos documentos e contratos essenciais;

iii) com o *braille*, o deficiente teria mais tempo de analisar e refletir sobre os termos e cláusulas contratuais;

iv) sem a disponibilização do documento em *braille*, os bancos acabam por tornar inócuo os direitos básicos do consumidor, notadamente a informação;

v) "a escuta da leitura do contrato feito por um terceiro, em um ambiente público, não tem o condão de assegurar uma compreensão clara, podendo, por vezes, até constranger a pessoa, que não terá o tempo que considerar suficiente hábil a uma tomada de decisão";

vi) "não restam dúvidas que o extrato mensal consolidado, enviado pelo banco para o cliente deficiente visual, sem estar em *braile*, é incompatível com o direito à privacidade e ao sigilo (art. 5º, X, CRFB) de suas operações financeiras (Lei n. 105/2001), já que terá que recorrer a uma terceira pessoa para que lhe seja informado do conteúdo do extrato";

vii) a Resolução do Bacen, determinando a leitura em voz alta do inteiro teor do contrato, estabeleceu apenas um requisito mínimo, até porque, por ser de hierarquia inferior, não poderia limitar a lei.

Da mesma forma, a Terceira Turma do STJ, em caso idêntico ao dos autos, concluiu que a pretensão tinha assento legal e constitucional e, "para além da legislação consumerista *in totum* aplicável à espécie, no próprio princípio da dignidade da pessoa humana", concluindo pela existência do dever legal na utilização do método *braille* nas relações contratuais bancárias estabelecidas com consumidores portadores de deficiência visual.

O acórdão foi assim ementado:

> Recurso especial. Ação civil pública. Ação destinada a impor à instituição financeira demandada a obrigação de adotar o Método *Braille* nos contratos bancários de adesão celebrados com pessoa portadora de deficiência visual. 1. Formação de litisconsórcio passivo necessário. Descabimento, na hipótese. 2. Dever legal consistente na utilização do método *Braille* nas relações contratuais bancárias estabelecidas com consumidores portadores de deficiência visual. Existência. Normatividade com assento constitucional e legal. Observância. Necessidade. 3. Condenação por danos extrapatrimoniais coletivos. Cabimento. 4. Imposição de multa diária para o descumprimento das determinações judiciais. Revisão do valor fixado. Necessidade, na espécie. 5. Efeitos da sentença exarada no bojo de ação civil pública destinada à tutela de interesses coletivos *stricto sensu*. Decisão que produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada em todo o território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado. Artigo 16 da Lei n. 7.347/1985. Inaplicabilidade, na espécie. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente provido.
>
> 1. A instituição financeira demandada, a qual se imputa o descumprimento de um dever legal, não mantém com as demais existentes no país (contra as quais nada se alega) vínculo jurídico unitário e incindível, a exigir a conformação de litisconsórcio passivo necessário. A existência, por si, de obrigação legal a todas impostas não as une, a ponto de, necessariamente, serem demandadas em conjunto. *In casu*, está-se, pois, diante da defesa coletiva de interesses coletivos *stricto sensu*, cujos titulares, grupo determinável de pessoas (consumidores portadores de deficiência visual), encontram-se ligados com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão. E, nesse contexto, os efeitos do provimento judicial pretendido terão repercussão na esfera jurídica dos consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram, ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada, exclusivamente.
>
> *2. Ainda que não houvesse, como de fato há, um sistema legal protetivo específico das pessoas portadoras de deficiência (Leis n. 4.169/1962, 10.048/2000, 10.098/2000 e Decreto n. 6.949/2009), a obrigatoriedade da utilização do método braille nas contratações bancárias estabelecidas com pessoas com deficiência visual encontra lastro, para além da legislação consumerista in totum aplicável à espécie, no próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.*
>
> *2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impôs aos Estados signatários a obrigação de assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência, conferindo-lhes tratamento materialmente igualitário (diferenciado na proporção de sua desigualdade) e, portanto, não discriminatório, acessibilidade física e de comunicação e informação, inclusão social, autonomia e independência*

(na medida do possível, naturalmente), e liberdade para fazer suas próprias escolhas, tudo a viabilizar a consecução do princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana.

2.2 Valendo-se das definições trazidas pelo Tratado, pode-se afirmar, com segurança, que a não utilização do método braille durante todo o ajuste bancário levado a efeito com pessoa portadora de deficiência visual (providência, é certo, que não importa em gravame desproporcional à instituição financeira), impedindo-a de exercer, em igualdade de condições com as demais pessoas, seus direitos básicos de consumidor, a acirrar a inerente dificuldade de acesso às correlatas informações, consubstancia, a um só tempo, intolerável discriminação por deficiência e inobservância da almejada "adaptação razoável".

2.3 A adoção do método braille nos ajustes bancários com pessoas portadoras de deficiência visual encontra lastro, ainda, indiscutivelmente, na legislação consumerista, que preconiza ser direito básico do consumidor o fornecimento de informação suficientemente adequada e clara do produto ou serviço oferecido, encargo, é certo, a ser observado não apenas por ocasião da celebração do ajuste, mas também durante toda a contratação.

No caso do consumidor deficiente visual, a consecução deste direito, no bojo de um contrato bancário de adesão, somente é alcançada (de modo pleno, ressalta-se), por meio da utilização do método braille, a facilitar, e mesmo a viabilizar, a integral compreensão e reflexão acerca das cláusulas contratuais submetidas a sua apreciação, especialmente aquelas que impliquem limitações de direito, assim como dos extratos mensais, dando conta dos serviços prestados, taxas cobradas, etc.

2.4 O Termo de Ajustamento de Conduta, caso pudesse ser conhecido, o que se admite apenas para argumentar, traz em si providências que, em parte convergem, com as pretensões ora perseguidas, tal como a obrigação de envio mensal do extrato em *braille*, sem prejuízo, é certo, de adoção de outras medidas destinadas a conferir absoluto conhecimento das cláusulas contratuais à pessoa portadora de deficiência visual. Aliás, a denotar mais uma vez o comportamento contraditório do recorrente, causa espécie a instituição financeira assumir uma série de compromissos, sem que houvesse - tal como alega - lei obrigando-a a ajustar seu proceder.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o posicionamento de ser possível, em tese, a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela parte demandada atingir, sobremodo, valores e interesses fundamentais do grupo, afigurando-se, pois, descabido negar a essa coletividade o ressarcimento de seu patrimônio imaterial aviltado.

3.1 No caso, a relutância da instituição financeira demandada em utilizar o método Braille nos contratos bancários de adesão estabelecidos com pessoas portadoras de deficiência visual, conferindo-se-lhes tratamento manifestamente discriminatório, tem o condão de acirrar sobremaneira as inerentes dificuldades de acesso à comunicação e à informações essenciais dos indivíduos nessa

peculiar condição, cuja prática, para além de consubstanciar significativa abusividade contratual, encerrar verdadeira afronta à dignidade do próprio grupo, coletivamente considerado.

4. Não obstante, consideradas: i) a magnitude dos direitos discutidos na presente ação, que, é certo, restaram, reconhecidamente vilipendiados pela instituição financeira recorrente; ii) a reversão da condenação ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a ser aplicado em políticas que fulminem as barreiras de comunicação e informação enfrentadas pelas pessoas portadoras de deficiência visual, o que, em última análise, atende ao desiderato de reparação do dano; iii) o caráter propedêutico da condenação; e iv) a capacidade econômica da demandada; tem-se que o importe da condenação fixado na origem afigura-se exorbitante, a viabilizar a excepcional intervenção desta Corte de Justiça.

5. A fixação a título de *astreintes*, seja de montante ínfimo ou exorbitante, tal como se dá na hipótese dos autos, importa, inarredavelmente, nas mesmas consequências, quais sejam: Prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além de estimular a utilização da via recursal direcionada a esta Corte Superior, justamente para a mensuração do valor adequado. Por tal razão, devem as instâncias ordinárias, com vistas ao consequencialismo de suas decisões, bem ponderar quando da definição das *astreintes*.

6. A sentença prolatada no bojo da presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos *stricto sensu* - considerada a indivisibilidade destes - produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litigue ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. Precedente da Turma.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.315.822/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24.3.2015, DJe 16.4.2015)

Nessa ordem de ideias, penso que realmente o mero uso do ledor pelas instituições financeiras, para o deficiente visual, não é suficiente para garantir o dever de informação, lealdade e transparência nas relações de consumo bancárias, haja vista que o manejo dessa forma de linguagem acaba, na maioria das situações, constrangendo o consumidor, violando a sua intimidade, o seu direito ao sigilo e, principalmente, a sua dignidade.

Isto porque, para o consumidor comum, um contrato ou extrato bancário redigido em folha de papel, com cláusulas destacadas e em bom vérnaculo, muito provavelmente conseguirá transmitir todas as informações necessárias para aquela relação de consumo, o que, definitivamente, não ocorrerá para um cego.

Com efeito, com o uso do *braille*, consegue-se, ao mesmo tempo e com maior eficiência, restaurar o equilíbrio contratual, alcançar a efetiva e eficiente inclusão do deficiente visual com resguardo de sua privacidade, mantendo o dever de lealdade dos fornecedores (art. 43), sendo que, por se tratar de hipervulnerável, a incidência das normas protetivas aplicáveis devem conferir a melhor e mais completa proteção àquele que se apresenta como mais fraco.

É o que destaca a doutrina especializada:

> Considerando que o método *Braille* é oficial e obrigatório no território nacional para uso na escrita e leitura dos deficientes visuais, é correto concluir que acessibilidade, prioridade de atendimento e não discriminação (que são direitos consagrados na legislação nacional e internacional) somente podem ser alcançadas nesse caso se os documentos contratuais relativos aos serviços/produtos bancários forem disponibilizados utilizando esse método.
>
> [...]
>
> Entre as duas possibilidades que garantiriam efetiva clareza, quais sejam, a leitura oral e a utilização do método *Braille*, não há dúvida que a segunda preenche com muito mais eficiência o requisito de adequabilidade, sobretudo porque ainda resguarda a privacidade do consumidor.
>
> (RAMOS, Fabiana D'Andrea. *ob. cit.*, p. 492-494)

Ora, a acessibilidade é direito fundamental do deficiente e para se ter o pleno acesso à informação, pode ser exigível uma adaptação razoável dos meios informacionais, para que se alcance a igualdade de oportunidade, sem que haja qualquer tipo de discriminação em razão da deficiência, consagrando-se o respeito à diversidade e à persecução de justiça material.

É o que destaca Claudia Lima Marques, ao tratar de relação bancária com hipervulnerável:

> Realmente, se o cliente bancário é analfabeto e a ele é consentido um cartão que permite contratar a distância, e ainda créditos consignados, parece que o dever de cuidado e da boa-fé com este consumidor de vulnerabilidade agravada, que se sabe idoso e analfabeto, também é especial [...] podemos dizer que a hipervulnerabilidade geral dos consumidores, relevância esta que, se está na Constituição ou nas normas infraconstitucionais, é de exame imperativo e, se ainda não está, pode ser levantada pelo magistrado, ainda mais tendo em vista as circunstâncias do caso e a conduta de boa-fé dos parceiros.
>
> (*Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2011, p. 364)

Nesses termos, a não utilização do método *braille* durante todo o ajuste bancário levado a efeito com pessoa portadora de deficiência visual, impedindo-a de exercer, em igualdade de condições com as demais pessoas, seus direitos básicos de consumidor, consubstancia, além de intolerável discriminação e evidente violação dos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana da pessoa deficiente.

Com efeito, "a proteção da pessoa com deficiência é corolário da dignidade humana, funcionando como tarefa imposta, positiva e negativamente, ao Estado. Assim, a discriminação positiva da pessoa com deficiência harmoniza-se com os objetivos fundamentais da *Lex Fundamentallis*, almejando a inclusão desses sujeitos nas políticas públicas e sociais e o acesso aos direitos e garantias do sistema jurídico brasileiro. Desdobra-se, portanto, da dignidade humana a garantia de inclusão social, jurídica e judicial da pessoa com deficiência". (FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 216).

Assim, os contratos bancários de adesão e os documentos relativos à relação de consumo estabelecida com indivíduo portador de deficiência visual devem obrigatoriamente ser confeccionados em *braille*, sendo o referido encargo inerente à atividade da instituição financeira, de modo adequado e proporcional à finalidade da norma, consistente tanto em atender ao direito de informação do consumidor como no dever de abstenção do fornecedor em criar obstáculos que de alguma forma dificultem o acesso à informação, seja com esteio no ordenamento jurídico nacional, seja em razão dos princípios fundantes da Constituição Federal, notadamente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ressalta-se que a Resolução do Banco Central do Brasil n. 2.878/2001, apesar de prever a utilização do ledor pelas instituições financeiras, para os consumidores deficientes visuais, como visto, não exime o dever dos bancos de confecção dos documentos pelo método de escrita em *braille*.

Primeiro, porque o uso da leitura em voz alta foi sugestão mínima do Banco Central, até pelo fato de que nem todos os deficientes visuais sabem fazer uso do sistema *Braille*.

Segundo, porque o método *Braille* de linguagem, como visto, é aquele que mais preserva os direitos fundamentais do hipervulnerável deficiente visual.

Terceiro, porque a referida Resolução se encontra revogada pela Resolução n. 3.694/2009, não havendo mais regulamentação específica sobre a matéria.

E, quarto, porque, em situação similar, o STJ já decidiu que "o fato de ser atribuição do Ministério da Agricultura a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, não autoriza a empresa fabricante de, na eventual omissão deste, acerca de todas as exigências que se revelem protetivas dos interesses do consumidor, malferir o direito básico deste à informação adequada e clara acerca de seus produtos" (REsp 1.181.066/RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 15.3.2011, DJe 31.3.2011).

10. Em relação ao dano moral coletivo, penso, assim como o Tribunal local e o il. Membro do *Parquet*, e diferentemente do que fora entendido pela Terceira Turma no REsp 1.315.822/RJ, que não há falar em sua incidência na espécie.

Com efeito, muito embora possa se afirmar cabível o dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), na hipótese em julgamento, não vislumbro os mencionados danos coletivos, difusos ou sociais.

A causa de pedir hospeda-se no fato de que a instituição financeira não estaria usando linguagem *em braille* nas relações de consumo com deficientes visuais.

No entanto, como sabido, o fato do príncipe é uma das formas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, haja vista que, até então, a sua conduta advinha de fato atribuível à agente ou à órgão público, caracterizando-se como fato de terceiro, nos termos dos arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, do CDC, não havendo falar, até o momento, em violação a direito do consumidor.

Deveras, assinala o colega e jurista Paulo Sanseverino que:

> Uma modalidade de fato do príncipe ocorre na hipótese de o defeito ser decorrente do cumprimento de normas imperativas estabelecidas pela autoridade pública. O Estado, por intermédio de seus órgãos competentes, intervém em determinado ramo de atividade e estabelece, mediante normas imperativas, o modo de produção de um bem ou de prestação de um determinado serviço.
>
> Se essa normatização rígida for a causadora do defeito do produto ou serviço, com exclusividade, a responsabilidade do fornecedor será excluída pelo fato de terceiro. Por exemplo, uma norma de ordem pública, proveniente de lei, decreto ou regulamento, impõe o uso de determinada substância na produção

> de um medicamento. O fabricante não é responsável pelos danos causados por esse medicamento por defeito ensejado por essa substância. Porém, se a substância era apenas uma das autorizadas ou permitidas pelo poder público, a responsabilidade continua sendo do fornecedor, que não estava obrigado a utilizá-la.
>
> (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325)

Não se pode olvidar, por outro lado, que a existência de normas imperativas do Estado, por si só, não isenta a responsabilidade do fornecedor quando se tratar do estabelecimento de padrões mínimos sobre qualidade ou segurança, ou quando houver consciência do fornecedor de que a norma editada possa acarretar o lançamento de produto viciado ou defeituoso. Novamente Sanseverino:

> As normas imperativas devem ser de tal modo rígidas e minuciosas que não cedem espaço ao produtor para confeccionar determinado produto sem defeito. Em outras palavras, a simples concessão de autorização pelo Estado para o funcionamento de uma determinada atividade, ou o controle exercido sobre essas atividades não constitui fato do princípe, não afastando a responsabilidade do fornecedor. Igualmente, o estabelecimento de normas mínimas sobre a qualidade e a segurança do produto não afasta o dever de cautela do fornecedor de confeccionar produtos seguros para os seus consumidores.
>
> [...]
>
> Naturalmente, se o fornecedor tem plena consciência de que, mesmo seguindo as determinações rígidas do Poder Público, acabará por lançar no mercado um produto ou serviço defeituoso a ponto de colocar em risco os consumidores, obviamente deverá não só recusar-se a fazê-lo, mas também discutir o comando normativo pelas vias judiciais, sob pena de ser solidariamente responsável, ao lado do Estado, pelos danos causados.
>
> [...]
>
> Reitere-se que a regulamentação procedida pela autoridade administrativa deve ser rígida e imperativa, pois, quando ocorre apenas o estabelecimento de um padrão mínimo de qualidade ou eficiência, persiste absoluta a responsabilidade do fornecedor. Do mesmo modo, nas hipóteses de simples fiscalização administrativa por entidades públicas, a deficiência do controle por parte da autoridade não significa um alvará para atuação irregular, não excluindo a responsabilidade.
>
> (*ob.cit*, p. 326-328)

Dessarte, apesar de se reconhecer que a forma de linguagem, por meio da leitura do contrato, não é apta a exaurir a informação clara e adequada,

com isonomia, transparência, boa-fé, com respeito ao sigilo, à intimidade e à dignidade do consumidor deficiente visual, penso não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que se sentiu pessoalmente constrangido ou discriminado, haja vista que a instituição financeira seguiu as diretrizes emanadas pelo próprio Estado (Resolução n. 2.878/2001 do Bacen), quais sejam:

> Art. 12. As instituições referidas no art. 1º não podem impor aos deficientes sensoriais (visuais e auditivos) exigências diversas das estabelecidas para as pessoas não portadoras de deficiência, na contratação de operações e de prestação de serviços.
>
> Parágrafo único. Com vistas a assegurar o conhecimento pleno dos termos dos contratos, as instituições devem:
>
> I - providenciar, na assinatura de contratos com portadores de deficiência visual, a não ser quando por eles dispensadas, a leitura do inteiro teor do referido instrumento, em voz alta, exigindo, mesmo no caso de dispensa da leitura, declaração do contratante de que tomou conhecimento dos direitos e deveres das partes envolvidas, certificada por duas testemunhas, sem prejuízo da adoção, a seu critério, de outras medidas com a mesma finalidade;
>
> II - requerer, no caso dos deficientes auditivos, a leitura, pelos mesmos, do inteiro teor do contrato, antes de sua assinatura.

Dessarte, os mencionados prejuízos dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só renderiam ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da *fluid recovery*, prevista no art. 100 do CDC, o que parece não ser o caso em exame.

Não se vislumbra dano de ordem coletiva - cujas vítimas seriam os atuais contratantes do banco -, tampouco de ordem difusa - os indetermináveis futuros clientes com deficiência que venham a contratar com a instituição financeira.

Nesse passo, aplica-se a antiga - e cotidianamente repetida - ideia segundo a qual a responsabilidade civil requer, de regra, ilegalidade da conduta (salvo exceções de responsabilização por ato lícito), dano e nexo causal.

Se é certo que a linguagem em apreço constitui reconhecida ilegalidade por não ser suficientemente adequada, não é menos certo que nem toda ilegalidade se mostra apta a gerar dano, circunstância essa que se faz presente no caso em exame.

Nesse sentido:

> Direito Coletivo e Direito do Consumidor. Ação civil pública. Plano de saúde. Cláusula restritiva abusiva. Ação híbrida. Direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Danos individuais. Condenação. Apuração em liquidação de sentença. Danos morais coletivos. Condenação. Possibilidade, em tese. No caso concreto danos morais coletivos inexistentes.
>
> 1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.
>
> 2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.
>
> 3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.
>
> *4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).*
>
> *5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilicitamente sonegados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos*

na hipótese da fluid recovery, *prevista no art. 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos.*

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.293.606/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2.9.2014, DJe 26.9.2014)

Não se pode deixar de considerar, ainda, que o reconhecimento do dever da instituição financeira de disponibilizar aos consumidores deficientes visuais o acesso a todos os seus documentos bancários, inclusive extratos, redigidos na linguagem *Braille*, somente passou a existir para a instituição financeira a partir da procedência do pedido formulado na presente ação coletiva.

11. Por outro lado, merece reparo o acórdão recorrido no que tange ao valor da multa diária imposta.

Com efeito, o Tribunal local, mantendo o disposto na sentença, acabou fazendo perdurar *astreintes* para o cumprimento da determinação judicial, no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo, contudo, alargado o prazo de 30 dias para 90 dias, para o cumprimento das obrigações.

Desta feita, no ponto, a fixação de tal monta, a toda evidência, refoge dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, distanciando-se da própria finalidade das *astreintes*, que consubstancia medida coercitiva e de natureza intimidatória, não se admitindo "exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor" (REsp 1.354.913/TO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.5.2013, DJe 31.5.2013).

Assim, a fixação de R$ 1.000,00, a título de multa diária, para a hipótese de descumprimento das obrigações judiciais, afigura-se consentânea aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, bem com à finalidade do instituto colimada.

12. Por fim, merece prosperar a pretensão da Associação recorrente no tocante à impugnação da limitação da coisa julgada aos limites da competência territorial do Rio de Janeiro.

Deveras, adoto, no ponto, a mesma conclusão do multicitado REsp 1.315.822/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, segundo a qual "a sentença prolatada no bojo da presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos *stricto sensu* - considerada a indivisibilidade destes - produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que

litigue ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional".

Isto porque, o legislador, ao editar o art. 16 da Lei n. 7.347/1985, "confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, *v.g.*, a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! [...] Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, que verse sobre direito difusos, que coletivou ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (v. CDC 103), em todo território nacional - e também no exterior -, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada [...]" (NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2012, p. 1.685).

Em que pese o evidente equívoco conceitual, incumbe ao intérprete, a partir da natureza dos direitos tutelados, bem como de uma exegese sistêmica (artigo 21 da LACP e 103 do CDC), reconhecer a hipótese de sua incidência e, por conseguinte, a coisa julgada proferida na ação civil pública irá atingir a esfera jurídica de todos aqueles que, de alguma forma, estiverem envolvidos na matéria objeto da demanda.

É também o que enfatizou o Min. João Otávio de Noronha, no julgamento do REsp n. 1.114.035/PR, ao afirmar que "o caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil em relação àqueles que estejam ligados por circunstâncias de fato ou que estejam ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão."

O acórdão foi assim ementado:

> Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Legitimidade ativa do Ministério Público para propositura de ação civil pública tutelando mutuários do Sistema Financeiro da Habitação. Sistema de amortização em "Série Gradiente". Legalidade. Plano de Equivalência Salarial. Compatibilidade reconhecida. Criação de conta apartada para destinação dos valores não amortizados a fim de evitar anatocismo. Eficácia *erga omnes* da sentença civil. Art. 16 da Lei n. 7.347/1985. Natureza do direito tutelado. Incidência nas ações cujo objeto sejam direitos individuais homogêneos. Exame meritório pelo STJ em sede recursal. Alteração dos limites subjetivos da causa. Não ocorrência.

1. O Ministério Público tem legitimidade ad causam para propor ação civil pública com a finalidade de defender interesses coletivos e individuais homogêneos dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes.

2. O STJ já reconheceu a legalidade do sistema de amortização em "série gradiente" e sua compatibilidade com a cláusula contratual que estabelece o plano de equivalência salarial como fórmula de reajuste das operações. Precedentes.

3. A jurisprudência do STJ tem admitido que o valor devido a título de juros não amortizado pelo pagamento da prestação seja reservado em uma conta apartada, sobre a qual incida apenas correção monetária, com o objetivo de se evitar o anatocismo.

4. Estando em pleno vigor o art. 16 da LACP, que restringe o alcance subjetivo da sentença civil, e atuando o julgador nos limites do direito posto, cabe-lhe, mediante interpretação sistêmica, encontrar hipótese para sua incidência.

5. O caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos stricto sensu conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil em relação àqueles que estejam ligados por circunstâncias de fato ou que estejam ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão.

6. O art. 16 da LACP encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os titulares dos direitos autônomos, embora homogêneos.

7. Dado o caráter de subsidiariedade das normas do CDC em relação às ações civis públicas, revelado pela redação do art. 21 da LACP, o legislador, ao editar a Lei n. 9.494/1997, não se preocupou em modificar o art. 103 do CDC.

8. O efeito substitutivo do art. 512 do CPC, decorrente do exame meritório do recurso especial, não tem o condão de modificar os limites subjetivos da causa, sob pena de criação de novo interesse recursal.

9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.114.035/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 7.10.2014, DJe 23.10.2014)

Por fim, a Corte Especial, no julgamento do REsp n. 1.243.887/PR, acabou por reconhecer 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), *verbis*:

> Direito Processual. Recurso representativo de controvérsia (art. 543-C, CPC). Direitos metaindividuais. Ação civil pública. Apadeco x Banestado. Expurgos inflacionários. Execução/liquidação individual. Foro competente. Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Limitação territorial. Impropriedade. Revisão jurisprudencial. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada.
>
> 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto *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)*.
>
> 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/1997.
>
> 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.
>
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.
>
> (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe 12.12.2011)

Assim, a sentença prolatada na presente ação coletiva, destinada a tutelar direitos coletivos *stricto sensu*, deverá produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional.

13. Tampouco merece conhecimento o aventado dissídio jurisprudencial sustentado pela Associação.

É que o recurso fundado na alínea "*c*" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência. Sob o pálio desse permissivo, "exige-se que o recorrente demonstre, 'analiticamente', que os 'casos são idênticos e mereceram tratamento diverso à luz da mesma regra federal'. Ademais, a divergência há de ser atual, isto é, não pretérita, uma vez que não preenche o requisito de admissibilidade o recurso que invoca julgados ultrapassados sobre questões em relação às quais o tribunal já assentou a sua jurisprudência, nos termos da decisão impugnada" (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 897).

Portanto, para a configuração da divergência, faz-se necessária a transcrição dos trechos que cristalizam o dissenso, mencionando as circunstâncias que identificam os casos confrontados (não se mostrando suficiente a mera transcrição de ementas) (AgRg no Ag 657.431/SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 23.6.2008), ônus do qual não se desincumbiu a recorrente.

Deveras, na hipótese, a recorrente reproduziu a ementa de acórdão alegadamente paradigmático, sem transcrever trechos do voto que configuraria a divergência, sem realizar o devido cotejo analítico entre as decisões e sem apontar expressamente o dispositivo de lei federal para o qual o v. acórdão recorrido teria dado interpretação divergente da atribuída pelos paradigmas, violando às determinações do art. 541, p. único, do CPC e do art. 255, do RISTJ, além de esbarrar, de forma analógica, no óbice da Súmula 284 do STF.

14. Também não merece provimento a tese de ofensa ao art. 21 do CPC, uma vez que, na espécie, houve sucumbência recíproca.

Isto porque verifico que ambos os litigantes tiveram suas pretensões iniciais parcialmente frustradas e, assim, cada um foi em parte vencedor e vencido, devendo ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e despesas, nos termos do art. 21 do CPC/1973, ficando ressalvado, ainda, que caberá à instância de origem a aferição da proporcionalidade, ou seja, o grau de decaimento de cada parte processual.

15. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial do Banco Santander, apenas para reduzir a multa diária no importe de R$ 1.000,00 (mil reais), e dou parcial provimento ao recurso interposto pela Afac - Associação Fluminense de Amparo aos Cegos, apenas para reconhecer a amplitude dos efeitos da sentença, na forma do que antes acentuado.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Aproveito-me do bem elaborado relatório do em. Ministro Relator.

Na sessão de 5/5 p.p., diante da complexidade e profundidade das questões suscitadas nos recursos especiais e da riqueza dos debates, pedi vista dos autos para um estudo mais acurado da controvérsia.

Passo ao voto, examinando em primeiro lugar o recurso da instituição financeira, em face de sua prejudicialidade em relação aos pedidos formulados pela entidade associativa.

Recurso Especial de ***Banco Santander Brasil S.A.*** *(e-STJ fls. 622/644).*

Não conheço, do mesmo modo que o em. Ministro Relator, da alegada violação dos arts. 128, 460 e 515 do CPC/1973, à míngua do necessário prequestionamento, com incidência do obstáculo previsto no enunciado n. 211 da Súmula do STJ:

> Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

Ressalto, ademais, que as razões recursais não veiculam possível ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

Relativamente aos dispositivos constitucionais tidos por violados, sua apreciação escapa da atribuição desta Corte Superior – sem embargo do dever de cada magistrado de zelar pela Lei Fundamental, como bem anotado pelo douto Relator –, à vista da distribuição de competências definida pelo Constituinte Originário, reservando o exame dessa matéria, no caso presente, ao col. Supremo Tribunal Federal – por meio do Recurso Extraordinário (CF/1988, art. 102, III). Destaco, a propósito, dentre muitos, o seguinte julgado:

> Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência. Concurso público. Nomeação tardia. Indenização. Acórdãos paradigmas oriundos da 5ª e 6ª Turmas que não mais detêm competência para apreciação da matéria. Incidência da Súmula 158/STJ. Precedentes da Corte Especial: AgRg nos EREsp 1.137.461/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 20.11.2015 e AgRg nos EAREsp 90.586/AL, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 6.8.2014. Pedido de enfrentamento da matéria constitucional para fins de esgotamento de instância. Impossibilidade. Entendimento consolidado no STJ de que não pode em sede de recurso especial analisar dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes: AgRg no AREsp 789.227/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 15.2.2016 e AgRg no REsp 1.535.607/SP, Rel. Min. Diva Malerbi, DJe 10.2.2016. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> 1. É firme a jurisprudência do STJ de não se admitir a interposição do Recurso Unificador com base em paradigmas de Turma que não mais detém competência para o julgamento da matéria, tal como ocorre em relação à alterações do RISTJ ocorridas em 2010/2011.

> 2. A Agravante não trouxe elementos suficientes para demonstrar a inaplicabilidade do referido entendimento, razão pela qual é de ser mantida a decisão de inadmissibilidade dos Embargos de Divergência.
>
> 3. Não compete ao STJ, em sede de Recurso Especial, o enfrentamento de violações constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.
>
> 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg nos EREsp 1.042.734/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 20.4.2016, DJe 28.4.2016.)

No que se refere à tese de ofensa ao art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997, todavia, rogo vênia para divergir do em. Relator e conheço do recurso no ponto, por entender que a questão relativa à aventada ilegitimidade da associação autora foi enfrentada pela Corte local, ainda que de modo superficial. Penso que, na espécie, a manifestação do TJRJ é suficiente para qualificar o prequestionamento implícito a que se reporta a jurisprudência desta Casa:

> Processo Civil. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Prequestionamento implícito. Ocorrência. Reexame de prova. Súmula n. 7 do STJ.
>
> 1. O conhecimento do recurso especial não exige a expressa menção aos dispositivos legais tidos por violados, bastando que as matérias por eles versadas tenham sido discutidas pelo Tribunal *a quo*. Admite-se, portanto, o prequestionamento implícito.
>
> 2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ se a tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos fáticos-probatórios produzidos ao longo da demanda.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no AREsp 676.049/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 22.9.2015, DJe 28.9.2015.)

Contudo, a irresignação não colhe frutos.

Com efeito, cabe desde logo ressaltar que, *in casu*, o pedido deduzido pela associação autora revela pretensão que visa a proteger não só direitos individuais homogêneos – inclusive de terceiros não associados –, mas também, e de modo especial, direitos coletivos *stricto sensu* e interesses difusos (CDC, art. 81, parágrafo único, I, II e II), estes últimos relacionados aos futuros consumidores dos contratos bancários, de amplitude indeterminada e indeterminável (cf. REsp 1.293.606/MG, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 2.9.2014, DJe 26.9.2014).

Em tal circunstância, vale dizer, não se há de aplicar o entendimento firmado pelo col. STF no Recurso Extraordinário n. 573.232/SC (Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, Rel. p/ Acórdão Min. *Marco Aurélio*, Tribunal Pleno, j. em 14.5.2014), processado segundo o rito do art. 543-B do CPC/1973, que se volta exclusivamente para as demandas coletivas que objetivam a proteção de direitos individuais homogêneos, em hipótese de representação processual – e não substituição. Eis a ementa do referido julgado, com destaque:

> *Representação. Associados. Artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Alcance*. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra ***representação*** específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. *Título executivo judicial. Associação. Beneficiários*. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela ***representação*** no processo de conhecimento, ***presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial***.

Ressalto que, naquele feito, a entidade associativa apresentou, desde a petição inicial, a lista de beneficiários do provimento jurisdicional pretendido, informação que se colhe do voto do em. Ministro *Marco Aurélio*:

> Digo que o caso é péssimo para elucidar essa dualidade. Por quê? Porque, conforme consta do acórdão do Tribunal Regional Federal, a ação de conhecimento foi ajuizada pela Associação Catarinense do Ministério Público. ***E o que fez, atenta ao que previsto no inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal? Juntou a relação dos que seriam beneficiários do direito questionado. Juntou, também – viabilizando, portanto, a defesa pela parte contrária, a parte ré –, a autorização para atuar***. Prevê o estatuto autorização geral para a associação promover a defesa, claro, porque qualquer associação geralmente tem no estatuto essa previsão.
>
> Mas, repito, exige mais a Constituição Federal: que haja o credenciamento específico.
>
> Pois bem. Veio à balha incidente na execução, provocado em si – pelo menos considero o cabeçalho do acórdão do Tribunal Regional Federal – pela associação que atuara representando os interesses daqueles mencionados, segundo as autorizações individuais anexadas ao processo?
>
> Não, por terceiros, que seriam integrantes do Ministério Público, mas que não tinham autorizado a propositura da ação.
>
> *Indago: formado o título executivo judicial, como o foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa quanto aos beneficiários, a partir da autorização explícita de alguns associados, é possível*

posteriormente ter-se – e aqui penso que os recorridos pegaram carona nesse título – a integração de outros beneficiários?

A resposta para mim é negativa. Primeiro, Presidente, porque, quando a Associação, atendendo ao disposto na Carta, juntou as autorizações individuais, viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial.

Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação a agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ter sido implementada pela ré, a União, a defesa respectiva.

Creio, e por isso disse que a situação sequer é favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a esclarecer o alcance do preceito do inciso XXI do artigo 5º, que trata da necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em Juízo, em nome dos associados, e o do preceito que versa o mandado de segurança coletivo e revela o sindicato como substituto processual. Nesse último caso, a legitimação já decorre da própria Carta – representação gênero – e também da previsão do artigo 8º, do qual não me valho. Estou-me valendo apenas daquele referente às associações.

Presidente, não vejo como se possa, na fase que é de realização do título executivo judicial, alterar esse título, para incluir pessoas que não foram inicialmente apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimento e que não autorizaram a Associação a atuar como exigido no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal.

Por isso, peço vênia – e já adianto o voto – para conhecer e prover o recurso interposto pela União.

Os recorridos não figuraram como representados no processo de conhecimento. Pelo que estou percebendo, e pelo que está grafado no acórdão impugnado pela União, apenas pretenderam, já que a Associação logrou êxito quanto àqueles representados, tomar uma verdadeira carona, incompatível com a organicidade e a instrumentalidade do Direito.

Os limites dos pedidos formulados naquela demanda, outrossim, foram bem delineados no voto do em. Ministro *Teori Zavascki*:

2. Desde logo é importante realçar os contornos da controvérsia a ser decidida. Consta dos sistemas do Supremo Tribunal Federal sobre repercussão geral que o Tema 082, que tem como paradigma este recurso extraordinário, diz respeito a "*Legitimidade de entidade associativa para promover execuções, na qualidade de substituta processual, independentemente da autorização de cada um de seus filiados*". Não é esse, exatamente, o foco do debate. Trata-se de classificação

> influenciada pela ementa do acórdão recorrido, destoante do debate travado. Com efeito, aqui *não está em questão a legitimidade de sindicato ou de associação* para promover ação coletiva ou sua execução. O que aqui se questiona é, unicamente, a *legitimidade ativa do associado* (e não da associação ou do sindicato) para executar em seu favor a sentença de procedência resultante de ação coletiva, proposta por sua Associação, mediante autorização individual e expressa de outros associados. Essa a questão.
>
> (...)
>
> 5. No caso concreto, ***a Associação propôs ação coletiva objetivando o reconhecimento do direito de associados***, membros do Ministério Público em Estado de Santa Catarina, à incidência e consequentes reflexos do percentual de 11,98% sobre a gratificação eleitoral, devida retroativamente a março de 1994, que é calculada sobre o vencimento básico dos juízes federais, e que teria sido reduzida por força do critério para conversão dos vencimentos em URV. Muito embora o direito pleiteado se refira a uma parcela remuneratória específica de outros membros da categoria representada pela entidade demandante, ***o certo é que a ação foi proposta apenas em favor dos que apresentaram autorizações individuais expressas, sendo que o pedido e a correspondente sentença limitaram-se a esses associados***. Somente esses, portanto, nas especiais circunstâncias do caso, estão munidos de título executivo indispensável para o cumprimento do julgado em seu favor (...)

Ora, a pretensão deduzida nesta ação tem por escopo, como adiantado, sobretudo a defesa de *interesse difuso*, de modo que a atuação da entidade autora dá-se inequivocamente no campo da *substituição processual*, e não somente da representação.

Nessa hipótese, não apenas os associados representados, mas toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional – inclusive com eficácia prospectiva –, revelando a natureza transindividual da discussão posta para a solução do Judiciário. Enquadra-se, pois, na definição do art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC.

Cabe ponderar, a propósito, que a regra legal invocada pela instituição financeira refere-se exclusivamente às demandas ajuizadas "na defesa dos interesses e direitos *dos seus associados*", como consta do *caput* do dispositivo da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Confira-se:

> Art. 2º-A. A sentença civil prolatada *em ação de caráter coletivo* proposta por entidade associativa, *na defesa dos interesses e direitos dos seus associados*, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

> Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Não se está a tratar aqui, portanto, da hipótese regrada no art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal, que versa exclusivamente sobre as hipóteses de representação de entidades associativas, na defesa dos interesses de seus associados, mas efetivamente da substituição processual autorizada pelo art. 82, IV, do CDC c.c. art. 5º, V, "a" e "b", da LACP. É o quanto basta para distinguir a causa presente daquela objeto do julgado proferido pela Corte Suprema.

Finalmente, a norma legal invocada pela recorrente é expressa em limitar sua eficácia às demandas propostas contra "a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações", condição na qual não se enquadra a instituição financeira.

Feita essa ressalva, quanto ao mais adiro integralmente ao voto proferido pelo em. Ministro Relator.

Recurso Especial de ***Associação Fluminense de Amparo aos Cegos - AFAC*** *(e-STJ fls. 553/558)*

Acompanho *in totum* as conclusões do em. Ministro Relator, provendo o recurso no que se refere à violação do art. 16 da LACP, mais uma vez ressaltando tratar-se de demanda voltada à proteção de interesses transindividuais.

Em tal circunstância, sobretudo porque notório o fato de que a instituição financeira ré opera em todo o território nacional, é de se aplicar ao caso concreto o entendimento consagrado no Recurso Especial Repetitivo n. 1.243.887/PR, segundo o qual, "*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)*".

O resultado obtido pela associação, por seu turno, evidencia a sucumbência recíproca dos litigantes, a ensejar a incidência, na espécie, da disposição contida no art. 21 do CPC/1973, com a distribuição proporcional dos honorários advocatícios e despesas processuais, a ser realizada na instância originária.

Ante o provimento do recurso interposto pelo *Banco Santander*, relativamente ao pedido de indenização por danos imateriais, resulta prejudicado o exame de violações dos arts. 186 e 927 do CC/2002, 6º, VI, 14 e 81, par. ún., do CDC.

Conclusão

Ante o exposto, rogando vênia ao em. Ministro *Luis Felipe Salomão* pela parcial divergência, *conheço em parte* do recurso especial interposto por *Banco Santander Brasil S.A.*, dando-lhe parcial provimento para reduzir a multa cominatória, e, outrossim, *conheço em parte* do recurso especial interposto pela *Associação Fluminense de Amparo aos Cegos - AFAC*, afastando a limitação territorial dos efeitos da sentença, na forma do voto do Ministro Relator.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhor Presidente, quero apenas comentar alguns pontos que talvez mereçam alguma reflexão.

Primeiramente, estranho que associações, essa e outras, que supostamente atuam em benefício daqueles que afirmam amparar, escolham réus em ações como esta. Por que escolhe-se o banco X, e não o banco Y? Ora, o que se quer em uma demanda como esta é, na verdade, a obtenção de um provimento jurisdicional de caráter normativo, ou seja, abstrato e obrigatório para toda a coletividade que atue em um certo setor da economia, e não para determinado grupo de pessoas clientes de banco X, Y ou Z. Por que essa eleição? Por que não outros bancos também aqui? Se é assim, por que essa ação não tem no polo passivo um número maior ou alguma entidade que represente a coletividade das instituições financeiras, inclusive autoridades monetárias responsáveis pela edição de normas de caráter impositivo, obrigatório para as instituições financeiras? Talvez devessem também estar presentes em uma ação como esta.

Causa estranheza também que, ante a inexistência de lei dispondo acerca da pretensão deduzida pela associação promovente, possa o provimento jurisdicional, desde já, estabelecer uma multa ou uma indenização social, de caráter retroativo, por não terem feito os réus aquilo que não estavam obrigados a fazer ante a inexistência de qualquer lei que determinasse. A tutela jurisdicional buscada deverá ter um caráter retroativo que uma lei não poderia ter. E um

caráter retroativo penalizador, porque estabelece multa por alguém não ter feito o que não era obrigado a fazer até então. Não havia a obrigação. Tudo bem, daqui para frente, a lei ou a decisão irá estabelecer que o banco, os bancos todos ou apenas o banco X, apenas ele, deva proceder da forma que a entidade promovente entende que é a devida. Mas seria daqui para frente, e não desde antes da propositura da ação.

Esses aspectos me parecem merecedores de reflexões. Não só neste caso, mas em outros em que essas ações civis públicas ou ações coletivas são manejadas contra específicos atuantes em segmento econômico, quando comportava vários outros rés, com as mesmas qualidades ou com os mesmos vícios. Ações coletivas em que se pretende a obtenção de um provimento jurisdicional, de caráter normativo, com imposição retroativa de sanção ou de indenização por supostos danos coletivos não imaginados pelo legislador, que não legislou a respeito, porque talvez não imaginou, ou porque não quis mesmo produzir aquela norma.

Além disso, quem atua em um segmento econômico, inclusive no financeiro, não está pensando senão no setor em que está focado, não é missão do banco estar pensando em pessoa deficiente. Acerca da tutela de pessoas, o banco fará aquilo que a lei determinar que faça em benefício de qualquer nicho da coletividade social, mas ele, certamente, não atua pensando especificamente em nenhuma categoria de deficientes. Faz aquilo que a lei determina. Por exemplo: assegurar acesso ao cadeirante. É uma regra legal. Aí, o banco faz, constrói a rampa de acesso ao cadeirante. Mas se não tiver alguém pensando normativamente, concebendo a norma, o banco, o supermercado ou o lojista não vão ter essa preocupação, porque a preocupação deles, naturalmente, é competir e lucrar.

Aqui não há lei. Nesse caso aqui não temos lei.

O Código de Defesa do Consumidor traz apenas disposições genéricas. O Código diz: vamos amparar o consumidor em todos os assuntos. Isso não é suficiente para criar o tipo de obrigação cogitada nesta ação, especialmente quanto ao caráter retroativo.

Entendo equivocado que se queira dar esse contorno retroativo. Porque não se fez antes aquilo que não se tinha cogitado de fazer, sequer era cogitado. Então, a associação também deveria receber uma reprimenda. Por que não propôs esta ação antes? Por que só propôs a ação no ano X? Por que não propôs antes, se tinha por obrigação cuidar do deficiente visual? Ela também está em mora. Quer dizer, entramos numa seara de inseguranças totais.

Mas são apenas temas para reflexões.

Onde poderia haver uma só ação coletiva, picotou-se a mesma ação, relativamente ao mesmo dano, para pleitear, em cada uma, R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) de dano social? E R$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), quando a coletividade é a mesma. A infração também parece ser a mesma. Os bancos não dispõem de documentos em braile. Isso é a mesma infração. Se a infração é uma só, a ação deveria ser uma só.

São apenas comentários para nossa reflexão. Pareceu-me oportuno agora, neste momento de debates que sempre fazemos após o voto do Relator.

Noutro aspecto, receio que os bancos passem a não aceitar o cliente deficiente visual. Faz o contrato em braile, como determinado, mas como o cliente vai dar um trabalho especial, vai ter um custo maior do que o cliente normal, os bancos talvez passem a rejeitar o cliente deficiente visual.

Só fazendo uma alusão, um paralelo. Lembro que alguns bancos não aceitam contas de pessoas publicamente expostas, porque dá mais trabalho, traz maior custo para a administração do banco fazer comunicação ao Banco Central de cada movimentação financeira que se faz.

Acompanho o voto do eminente Relator e deixo a questão da legitimidade da Associação para outra ocasião em que o caso se mostre mais propício a esse específico exame e também conforme a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nessa questão, que ainda não está bem firmada.

Não me oponho a acompanhar a maioria no ponto tratado pelo eminente Ministro Antônio Carlos Ferreira, se o eminente Ministro Relator admite.

O importante é que andou muito bem a instância ordinária, o Tribunal de Justiça, ao afastar o dano coletivo.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, assim como o Ministro Antonio Carlos Ferreira, entendo que a questão processual, embora analisada de forma superficial, foi apreciada pelo Tribunal de origem.

Também como Sua Excelência, penso que, de fato, o mencionado precedente do Supremo Tribunal Federal cuida da questão da representação de associados, em se tratando de direitos individuais homogêneos, e não, como na hipótese presente, de direito difuso.

Acompanho, no mais, o voto do Ministro Relator, entendendo que o dever de que os documentos essenciais à relação jurídica devam ser expressos em braile, no caso em que o banco for informado, na abertura da conta, de que se trata de um cego, não deriva apenas do Código de Defesa do Consumidor, mas também de lei federal que estabelece a obrigatoriedade de uso do braile no tratamento com cegos.

O direito à informação do Código de Defesa do Consumidor e a obrigatoriedade legal do braile conduzem a essa exigência no trato da relação jurídica com o cego, desde que o banco esteja ciente, no ato da contratação ou em qualquer momento da relação contratual, de que se trata, o correntista, de um cego, e desde que o cliente não tenha livremente escolhido outra forma de recebimento de informações.

RECURSO ESPECIAL N. 1.351.571-SP (2012/0226735-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Relator para o acórdão: Ministro Marco Buzzi
Recorrente: Associação dos Proprietários dos Loteamentos Recanto dos Pássaros I e II
Advogados: José Roberto Pirajá Ramos Novaes - SP146429
Andrea Felici Viotto e outro(s) - SP183027
Recorrido: Monica de Almeida Rocha
Advogado: Magda Aparecida Piedade e outro(s) - SP092976
Interes.: Anthony Wong
Advogado: César Cruz Garcia - SP146364

EMENTA

Recurso especial. Cumprimento de sentença em ação de cobrança por despesas de manutenção e melhorias de loteamento. Pretensão de penhora do único bem de propriedade da executada sob a alegação de tratar-se de imóvel de luxo (alto valor). Tribunal *a quo* que manteve

o indeferimento do pedido de penhora da unidade habitacional individual ante o não enquadramento nas hipóteses de exceção à aludida garantia (impenhorabilidade).

Irresignação do exequente.

Hipótese: Controvérsia envolvendo a possibilidade de reinterpretação do instituto da impenhorabilidade do bem de família com vistas a alargar as hipóteses limitadas, restritas e específicas de penhorabilidade descritas na legislação própria, ante a arguição de que o imóvel é considerado de alto valor.

1. O bem de família obrigatório está disciplinado na Lei n. 8.009/1990 e surgiu com o objetivo de proteger a habitação da família, considerada, pela Constituição Brasileira, elemento nuclear da sociedade.

2. Em virtude do princípio da especificidade "*lex specialis derogat legi generali*", prevalece a norma especial sobre a geral, motivo pelo qual, em virtude do instituto do bem de família ter sido especificamente tratado pelo referido ordenamento normativo, é imprescindível, tal como determinado no próprio diploma regedor, interpretar o trecho constante do *caput* do artigo 1º "salvo nas hipóteses previstas *nesta* lei", de forma limitada. Por essa razão, o entendimento do STJ é pacífico no sentido de que às ressalvas à impenhorabilidade ao bem de família obrigatório, é sempre conferida interpretação literal e restritiva. Precedentes.

3. A lei não prevê qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família relativamente ao seu valor, tampouco estabelece regime jurídico distinto no que tange à impenhorabilidade, ou seja, os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família consoante os ditames da Lei n. 8.009/1990.

4. O momento evolutivo da sociedade brasileira tem sido delineado de longa data no intuito de *salvaguardar e elastecer* o direito à impenhorabilidade ao bem de família, de forma a ampliar o conceito e não de restringi-lo, tomando como base a hermenêutica jurídica que procura extrair a real pretensão do legislador e, em última análise, a própria intenção da sociedade relativamente às regras e exceções aos direitos garantidos, tendo sempre em mente que a execução de crédito

se realiza de modo menos gravoso ao devedor consoante estabelece o artigo 620 do CPC/1973, atual 805 no NCPC.

5. A variável concernente ao valor do bem, seja perante o mercado imobiliário, o Fisco, ou ainda, com amparo na subjetividade do julgador, não afasta a razão preponderante justificadora da garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador pelo regime da Lei n. 8.009/1990, qual seja, proteger a família, garantindo-lhe o patrimônio mínimo para sua residência.

6. Na hipótese, não se afigura viável que, para a satisfação do crédito, o exequente promova a penhora, total, parcial ou de percentual sobre o preço do *único imóvel residencial no qual comprovadamente reside a executada e sua família*, pois além da Lei n. 8.009/1990 não ter previsto ressalva ou regime jurídico distinto em razão do valor econômico do bem, questões afetas ao que é considerado luxo, grandiosidade, alto valor estão no campo nebuloso da subjetividade e da ausência de parâmetro legal ou margem de valoração.

7. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e o voto do Sr. Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência, e o voto da Sr. Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, e o voto do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Marco Buzzi.

Vencidos o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (relator) e a Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 11.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Associação dos Proprietários dos Loteamentos Recanto dos Pássaros I e II*, com amparo no artigo 105, inciso III, alínea "c" do permissivo constitucional, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> *Processual Civil*. Cumprimento de sentença. Penhora de bem de família. Impossibilidade. Manutenção da decisão. Artigo 1º da Lei n. 8.009/1990. Regra que não excepciona imóveis de grande valor econômico. Agravo desprovido.

Na origem, a ora recorrente interpôs agravo de instrumento em face de decisão que indeferiu pedido de penhora de bem de família, proferida no bojo de *cumprimento de sentença em ação de cobrança por despesas de manutenção e melhorias do loteamento*, na qual os executados *Mônica de Almeida Rocha* e *Anthony Wong* foram condenados ao pagamento da quantia certa de R$ 17.625,64, corrigida monetariamente desde o ajuizamento da demanda, com juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação, bem como das taxas de manutenção e melhorias vencidas e vincendas enquanto durar a obrigação.

Em virtude do não pagamento espontâneo do débito, foi requerido o bloqueio *on line* das contas de titularidade dos executados até o limite de R$ 72.972,29 (fls. 621-622), o que foi deferido pelo magistrado *a quo* (fls. 626-627), tendo sido, inclusive, retidos valores em conta vinculada precipuamente ao recebimento pela executada Mônica e sua prole de pensão alimentícia de seu ex-cônjuge (fls. 633-634), de quem também se diz vítima haja vista que "muitas das execuções listadas no documento de fls. 584, o crédito objeto da execução deriva de não pagamento de pensões alimentícias às quais o mesmo se obrigou a pagar" (fls. 693).

Tendo em vista que o valor bloqueado não atingiu o montante do débito exequendo, a credora pleiteou a *penhora do único bem de propriedade da executada Mônica*, localizado na Avenida Washington Luiz n. 1576, Edifício Ipê, apartamento 152, integrante do Condomínio Reserva Casa Grande, na cidade de Santo Amaro - SP, sob a alegação de tratar-se de imóvel em condomínio de luxo e de a Lei n. 8.009/1990 não objetivar "proteger os devedores contumazes, garantindo a manutenção do luxo da família do inadimplente, proporcionando-lhes uma vantagem indevida, em detrimento do credor" (fls. 716)

O juiz indeferiu o pedido de penhora do imóvel (fls. 749) sob a seguinte assertiva:

> (...) Fls. 608/609: De fato há prova documental a demonstrar que o imóvel penhorado, consistente no apartamento n. 152, Edifício Ipê, integrante do Condomínio Reserva Casa Grande, é destinado à residência da co-executada Mônica e de sua família (fls. 637/641). Bem por isso, deve ser considerado impenhorável, nos termos do artigo 1º da Lei n. 8.009/1990. De outra parte, não se admitiu a relativização dessa regra, conquanto se afigurasse razoável tal medida face à realidade, haja vista que em recente alteração da legislação processual, tal previsão foi vetada pelo Chefe do Poder Executivo. (...)

Interposto o competente agravo de instrumento o Tribunal *a quo* manteve o indeferimento do pedido de penhora do apartamento. Confira-se, por oportuno, trecho do julgado:

> O pedido não comporta acolhida. Em que pese as elaboradas razões recursais apresentadas pela combativa advogada da agravante, entende-se que restou demonstrado nos autos que o imóvel, no qual houve a desconstituição da penhora, é utilizado para residência da agravada e sua família, portanto alçado a categoria de bem de família.
>
> Não há nenhuma evidência de que a agravada possua outros bens imóveis. A declaração de renda por ela apresentada, que é bem recente, do exercício do ano de 2008, mostra que possui apenas o apartamento em que reside, portanto sendo protegido, nos termos do artigo 1º da Lei n. 8.009/1990. Ainda que se trate de imóvel de grande valor comercial, não há como se relativizar tal regra, como muito bem ressaltado pelo digno Magistrado prolator da decisão combatida. O dispositivo supra mencionado não excepciona os imóveis de grande valor econômico. Assim, mostra-se acertada a desconstituição da restrição.

Irresignada, a associação do loteamento (exequente) interpôs recurso especial (fls. 789-807), aduzindo existir dissídio jurisprudencial, porquanto o Tribunal paulista divergiu de entendimento exarado pela Corte Paranaense ao conferir ao artigo 1º da Lei n. 8.009/1990 interpretação rígida e absoluta, a despeito dessa admitir a penhora de fração ideal de bem imóvel de alto padrão, ainda que sirva de residência familiar.

O e. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, em seu judicioso voto, propôs uma reinterpretação do instituto do bem de família e dos seus efeitos. Prelecionou o afastamento da absoluta impenhorabilidade determinada pela lei a fim de possibilitar a penhora de fração ideal de imóvel de alto valor econômico, objetivando com isso, mediante a razoabilidade, salvaguardar tanto a satisfação

ainda que parcial do crédito do devedor, bem como preservando a dignidade do devedor.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo não merece prosperar.

1. Em que pese à primeira vista houvesse o ânimo de acompanhar o voto do eminente relator, o que resultara das circunstâncias de fato envolvendo o caso *sub judice* e, destacadamente, dos judiciosos e bem lançados fundamentos apresentados pelo e. Ministro Luis Felipe Salomão, todavia, após minuciosa reflexão sobre a temática em evidência, peço vênia para divergir, porquanto, salvo equívoco, a impenhorabilidade do bem de família não comporta a ressalva que se almeja ver reconhecida, não só pelo fato dela não constar entre aquelas expressas de forma taxativa na lei, mas também porque interpretação mais arrojada que se queira dar à norma ora em foco pode expor o intérprete a ultrapassar os lindes da previsão já constante implícita ou explicitamente nos preceitos legais em estudo, adentrando assim o operador do direito em seara que sequer o legislador entendeu de medrar, motivo pelo qual *não é pertinente a promoção de uma reinterpretação do instituto com vistas a alargar as hipóteses limitadas, restritas e específicas de penhorabilidade descritas na legislação própria, ainda que o imóvel seja, subjetivamente, considerado de alto valor*.

2. O tratamento jurídico específico do instituto do bem de família é bastante moderno, remontando à República do Texas que se separou do México e antes de se coligar aos Estados Unidos da América em 1845, estabeleceu, mediante a promulgação em 26 de janeiro de 1839 a chamada Lei do *Homestead* (*home*: casa, e *stead*: lugar), cuja redação estabelecia a reserva a todo cidadão ou chefe de uma família 50 acres de terra ou um terreno na cidade, além de uma ajuda de custo.

> De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de uma família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de *fieri facias* ou outra execução, emitido por qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, *incluindo o bem de família dele ou dela*, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares,

> todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, vinte porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato, são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: Com Comentários à Lei 8.009/90*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 25)

O objetivo do diploma foi proteger a família e ater a população à propriedade, visando ao desenvolvimento da sociedade, trazendo, ainda, a impenhorabilidade tanto dos bens domésticos móveis, como também dos bens imóveis.

3. Portanto, já neste muito exíguo aporte, vê-se que desde os primórdios, o objetivo do instituto é proteger a habitação da família, que, inclusive, pela Constituição Brasileira, é considerada elemento nuclear da sociedade. O bem de família é, inegavelmente, um efetivo direito e não se confunde com o imóvel/residência sobre o qual incide.

Segundo as lições de doutrina abalizada, o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade, ou seja, é, segundo Caio Mário da Silva Pereira, "uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 557-558).

E ainda, de acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald "esse regime protetivo do bem de família ganha contornos ainda mais nítidos com a regra constitucional da garantia do domicílio como um direito social (CF, art. 6º), passando a decorrer da própria afirmação do patrimônio mínimo da pessoa humana." (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora *Juspoduim*, 2013, p. 945).

Não paira qualquer dúvida acerca de o princípio da dignidade da pessoa humana ser cânone fundamental da República Federativa do Brasil, razão por que o referido instituto existe no ordenamento jurídico pátrio para assegurar à pessoa e à sua família o mínimo de direitos patrimoniais, a fim de que viva com dignidade.

O bem de família legal/obrigatório está disciplinado na Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990 que dispõe, em seu artigo 1º:

> *O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam*, ***salvo nas hipóteses previstas nesta lei***.
>
> Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

O professor Carlos Roberto Gonçalves traz em suas lições o seguinte ensinamento sobre o bem de família obrigatório: "[é] instituidor dessa modalidade o próprio Estado, que a *impõe por norma de ordem pública em defesa do núcleo familiar*, independe de ato constitutivo e, portanto, de registro no Registro de Imóveis." (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589).

4. Em virtude do princípio da especificidade "*lex specialis derogat legi generali*", prevalece a norma especial sobre a geral, motivo pelo qual, em virtude do instituto do bem de família ter sido especificamente tratado pelo referido ordenamento normativo, é imprescindível, tal como determinado no próprio diploma regedor, interpretar o trecho constante do *caput* do artigo 1º "salvo nas hipóteses previstas *nesta* lei", de forma limitada.

Não é por outra razão que o entendimento do STJ é pacífico no sentido de que aos dispositivos legais reguladores da matéria atinente ao bem de família obrigatório, é sempre conferida interpretação literal e restritiva.

A Lei n. 8.009/1990 traz de forma taxativa as ressalvas acerca da penhorabilidade do bem de família, consoante se depreende dos artigos 2º, 3º, 4º e 5º, os quais por oportuno se transcreve:

> Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade *os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos*.
>
> Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.
>
> Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, *salvo se movido*:

~~I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;~~ (Revogado pela Lei Complementar n. 150, de 2015)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei n. 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Inúmeros são os precedentes desta Corte Superior no sentido de que o referido normativo não prevê qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família relativamente ao seu valor, tampouco estabelece regime jurídico distinto no que tange à impenhorabilidade, ou seja, os imóveis residenciais de

alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família consoante os ditames da Lei n. 8.009/1990.

A variável concernente ao valor do bem, seja perante o mercado imobiliário, o Fisco, ou ainda, com amparo na subjetividade do julgador, não afasta a razão preponderante justificadora da garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador pelo regime da Lei n. 8.009/1990, qual seja, proteger a família, garantindo-lhe o patrimônio mínimo para sua residência.

Confira-se os seguintes julgados:

> Processo Civil e Civil. Bem de família. Caracterização. Valor do imóvel. Irrelevância. Penhorabilidade. Dívida oriunda de negócio envolvendo o próprio imóvel. Cabimento. Exegese sistemática da Lei n. 8.009/1990. Dispositivos legais analisados: arts. 1º e 3º, II, da Lei n. 8.009/1990. (...)
>
> 3. Os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família pela Lei n. 8.009/1990. Precedentes. (...)
>
> 6. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.440.786/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.5.2014, DJe 27.6.2014)

> Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Bem de família. Lei n. 8.009/09. Imóvel de elevado valor. Restrições à garantia da impenhorabilidade. Inexistência. (...)
>
> 3. A Lei n. 8.009/1990 não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.
>
> 4. Independentemente do elevado valor atribuído ao imóvel pelo Fisco, essa variável não abala a razão preponderante que justifica a garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador: de modo inequívoco, o bem em referência serve à habitação da família. É o bastante para assegurar a incidência do regime da Lei n. 8.009/1990.
>
> 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.
>
> (REsp 1.320.370/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 14.6.2012)

> Recurso especial. Direito Civil. Questão preliminar. (...) Bem de família. Avaliação. Juízo dinâmico. Bem imóvel de elevado valor. Irrelevância, para efeitos de impenhorabilidade. (...)

> IV - A avaliação da natureza do bem de família, amparado pela Lei n. 8.009/1990, por ser questão de ordem pública e não se sujeitar à preclusão, comporta juízo dinâmico. E essa circunstância é moldada pelos princípios basilares dos direitos humanos, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do nosso Estado Democrático, nos termos do 1º, inciso III, da Constituição da República.
>
> V - Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 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.
>
> VI - O art. 3º da Lei n. 8.009/1990, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Precedente da eg. Quarta Turma. (...)
>
> (REsp 1.178.469/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18.11.2010, DJe 10.12.2010)

Somado a uma interpretação restrita *das ressalvas* ao instituto, há uma *tendência de compreensão elastecida acerca da impenhorabilidade do bem de família obrigatório* tomando como base a hermenêutica jurídica, que procura extrair a real pretensão do legislador e, em última análise, a própria intenção da sociedade relativamente às regras e excessões aos direitos garantidos.

Por essa razão, o STJ, por exemplo, já sumulou que o "conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas" (Súmula 364).

Em outra oportunidade, mais recente, esta Corte Superior adotou a seguinte orientação: "é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família" (Súmula 486).

Vale lembrar, ainda, que a Súmula 205 do Superior Tribunal de Justiça reconhece a aplicabilidade da Lei n. 8.009/1990, "mesmo se a penhora for anterior à sua vigência".

Ora, efetivamente, o momento evolutivo da sociedade brasileira tem sido delineado de longa data no intuito de *salvaguardar e elastecer* o direito ao bem de família, de forma a ampliar o conceito e não de restringi-lo, tendo em mente que a execução de crédito sempre se realiza de modo menos gravoso ao devedor consoante estabelece o artigo 620 do CPC/1973, atual 805 no NCPC.

5. Na hipótese, embora o título judicial seja hígido quanto ao valor sobre o qual pretende a associação do loteamento ver adimplido por meio do presente cumprimento de sentença, não se afigura viável que, para a satisfação do crédito promova a penhora, total, parcial ou de percentual sobre o preço do *único imóvel residencial no qual comprovadamente reside a executada e sua família*, pois além da Lei n. 8.009/1990 não ter previsto ressalva ou regime jurídico distinto em razão do valor econômico do bem, questões afetas ao que é considerado luxo, grandiosidade, alto valor estão no campo nebuloso da subjetividade e da total ausência de parâmetro legal ou margem de valoração.

Indaga-se: *O que é considerado bem de alto valor? Qual o patamar monetário a ser utilizado? O valor venal do imóvel, a quantia estipulada pelo mercado imobiliário, o critério pessoal do credor ou do julgador?* Certamente, não fosse o tema tão intrigante e com inúmeros vetores econômicos, sociais, desenvolvimentistas, já se teria estipulado, inclusive, o imposto sobre grandes fortunas, porém nesse campo as indagações são as mesmas: O que é considerado grande fortuna? Qual o patamar monetário a ser considerado?, etc.

Como é sabido, *o Brasil é um país continental, para cada região e localidade os critérios e padrões afetos tanto a valores necessários para a sobrevivência digna do ser humano como aqueles referentes ao mercado imobiliário são absolutamente diversos*.

Tanto o é que, na hipótese, o próprio credor afirma gravitar o valor de avaliação do imóvel *entre* R$ 470.000,00 e R$ 1.200.000,00, ou seja, uma diferença monetária subjetiva de mais de 250 por cento (2 vezes e meia), a denotar a total ausência de critério minimante objetivo para a aferição da grandeza imobiliária, bem ainda do que se compreende por alto valor.

Não se olvida que haja doutrinadores, julgadores, legisladores dentre outros profissionais que, munidos da ideia de garantir a coexistência de um patrimônio mínimo razoável capaz de confirmar ao devedor e a sua família a manutenção de sua dignidade, bem ainda amparar o adimplemento do crédito do credor pretendam, com amparo na garantia à ordem jurídica justa e efetiva, permitir a penhora de bem de família. Entretanto, é certo que por opção do próprio Estado, as possibilidades alçadas a ressalvas ao direito de impenhorabilidade de tão principal direito essencial à vida minimamente digna são aquelas legalmente estabelecidas, e são assim porque o próprio constituinte originário (o povo), por intermédio de seus representantes legitimamente estabelecidos, concedeu aos seus mandatários o poder dever de *bem* representá-los, garantindo sobre controvérsias de tamanha relevância, um debate efetivo, adequado,

pormenorizado, com análise de todas as implicações positivas e negativas acerca da manutenção ou retirada de tão importante direito, tanto é que o Projeto de Lei n. 51 de 2006 que alterava dispositivos do CPC/1973 relativos ao processo de execução foi vetado sob a seguinte assertiva:

> Na mesma linha, o projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, "caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade".
>
> Apesar de razoável *a proposta quebra a tradição surgida com a Lei n. 8.009, de 1990, que dispõe "dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveninente a reabertura do debate a respeito"*.

Efetivamente, o referido veto presidencial evitou a edição de uma lei flagrantemente inconstitucional, isso porque é consabido ser inviável, por força da expressa previsão contida no artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal, vincular o salário mínimo fixado em lei para qualquer fim:

> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, *sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*;

É imprescindível mencionar, também, que o julgado da Terceira Turma do STJ sobre o qual ampara e. Relator seu judicioso voto (REsp 1.417.629/SP), tal como mencionado, não possui contornos fáticos sequer similares aos dos presentes autos, notadamente porque naquele precedente tratava-se de terreno não edificado, ou seja, que não servia de residência para nenhuma família, bem ainda, sobre o qual os herdeiros/espólio não queriam colacionar ao inventário objetivando se furtar ao pagamento de dívidas do falecido, sendo que a finalidade atribuída ao imóvel era para mero incremento patrimonial (terreno alugado para empresa que nele explora serviço de estacionamento), afastando-se do instituto do bem de família.

Ao caso também não se aplicam os precedentes que tem permitido *dividir/fracionar* o bem (de família) sobre o qual pretende o credor ver incidir a constrição, porquanto, em tais hipóteses, os bens admitem cômoda divisão/desmembramento, o que não se verifica no caso ora em julgamento, pois

o objeto ao qual se pretende penhorar/onerar é concebido como unidade habitacional indivisível (apartamento).

Por fim, nem se diga que acaso adotada a deliberação nos moldes propostos pelo relator estaria a executada salvaguardada com a obtenção de outro imóvel, pois na ausência de critérios legais acerca dos lindes sobre valores norteadores da impenhorabilidade, nada obstaria que diante da aquisição da nova moradia da devedora, também quanto a ela, novos credores venham a exercitar idêntica pretensão, gerando uma sucessão de pleitos expropriatórios semelhantes, frustrando, assim, o que o juiz, o legislador e o ordenamento jurídico pretenderam garantir (sua moradia digna).

Assim, em razão de as ressalvas à impenhorabilidade ao bem de família serem taxativas e previstas no regramento normativo, de não se ter por parâmetro o que seja bem de alto valor imobiliário, tampouco sobre quais vinculações se alcançaria um critério minimamente objetivo a fim de nortear a aplicação da lei e, de no caso concreto, ser o imóvel residencial no qual a executada vive com seus familiares, inviável a penhora total, parcial ou de percentual sobre o montante do bem de família.

6. Do exposto, divirjo do relator para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* A Associação dos Proprietários dos Loteamentos Recanto dos Pássaros I e II interpôs agravo de instrumento em face de decisão proferida em ação de cobrança já em fase de cumprimento de sentença que tem como executados Mônica de Almeida Rocha e Anthony Wong. A decisão agravada tratou de desconstituir ato de constrição incidente sobre imóvel de propriedade dos agravados, ao fundamento de ser o imóvel bem de família, e portanto impenhorável nos termos da Lei n. 8.009/1990.

Salientou a agravante que a ação de cobrança fora ajuizada no ano de 2003, com pedido julgado totalmente procedente por sentença, para condenar os agravados ao pagamento, à época do recurso, em R$ 70.000,00, corrigidos monetariamente desde o ajuizamento da ação, bem como das taxas de manutenção e melhorias vencidas e vincendas enquanto durasse a obrigação.

Esclareceu que os agravados não efetuaram o pagamento do crédito exequendo no prazo legal, tendo sido deferido pelo juízo de piso o bloqueio *on*

line das contas bancárias, o que se mostrou insuficiente para o pagamento da dívida.

Asseverou que, na busca de bens passíveis de penhora, o único encontrado para a satisfação do débito foi o imóvel de propriedade da agravada Mônica, localizado na Avenida Washington Luiz, integrante do Condomínio Reserva Casa Grande, em Santo Amaro, São Paulo, que, de acordo com a agravada, era seu único imóvel e que servia a si e à sua família como residência.

Defendeu a possibilidade da penhora, tendo em vista tratar-se de imóvel localizado em condomínio de luxo, com área total de 45.000 metros quadrados e 370 metros quadrados de área útil, avaliados, à época da interposição do agravo, entre R$ 470.000,00 e R$1.200.000,00, mostrando-se, assim, irrazoável a proteção do devedor, garantindo-lhe a manutenção da vida luxuosa em detrimento dos direitos do credor.

Acrescentou que a admissibilidade da penhora significaria o pagamento total do débito exequendo e possibilitaria, ao mesmo tempo, à agravada, a compra de outro imóvel de padrão semelhante, inclusive.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, analisando o recurso, negou provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa (fl. 784):

> *Processual Civil*. Cumprimento de sentença. Penhora de bem de família. Impossibilidade. Manutenção da decisão. Artigo 1º da Lei n. 8.009/1990. Regra que não excepciona imóveis de grande valor econômico. Agravo desprovido.

Irresignada, a agravante/exequente interpôs recurso especial, sob o argumento de que a corte local teria aplicado equivocadamente o direito à espécie, divergindo do entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no tocante ao art. 1º da Lei n. 8.009/1990.

Pugna pela autorização da penhora apenas sobre percentual do bem, suficiente ao pagamento do débito, sendo reservado à executada valor razoável para aquisição de outro imóvel que lhe servirá de moradia, em condições que garantam o cumprimento da finalidade protetiva da lei.

Reitera que, efetivada a constrição pleiteada, o direito da recorrida à moradia se manterá incólume, uma vez que, após quitada a dívida, que representa pouco mais de 10% (dez por cento) do valor total do imóvel, a executada ainda poderá adquirir bem de valor igualmente alto, "perdurando, portanto, seu estado de luxo" (fl. 13)

A fim de comprovar a divergência jurisprudencial que alega, a recorrente colaciona julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Contrarrazões apresentadas por Mônica de Almeida Rocha às fls. 822-832.

Anthony Wong não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fl. 833.

O recurso recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (fl. 834), ascendendo a esta Corte após o provimento de agravo interposto (fl. 875).

É o relatório.

2. A controvérsia recursal consiste na definição acerca da possibilidade ou não de penhora de fração ideal de imóvel de alto valor econômico, ainda que considerado bem de família e se, deferida a constrição do bem, os fins perseguidos pela Lei n. 8.009/1990 deixarão de ser alcançados.

O acórdão recorrido se manifestou nos seguintes termos (fls. 785):

> O pedido não comporta acolhida. Em que pesem as elaboradas razões recursais apresentadas pela combativa advogada da agravante, entende-se que, restou demonstrado nos autos que o imóvel, no qual houve a desconstituição da penhora, é utilizado para residência da agravada e sua família, portanto, alçado à categoria de bem de família.
>
> Não há nenhuma evidência de que a agravada possua outros bens imóveis. A declaração de renda por ela apresentada, que é bem recente, do exercício do ano de 2008, mostra possuiR apenas o apartamento em que reside, portanto sendo protegido, nos termos do artigo 1º da Lei n. 8.009/1990. Ainda que se trate de *imóvel de grande valor comercial*, não há como se relativizar tal regra como muito bem ressaltado pelo digno Magistrado prolator da decisão combatida. O dispositivo supramecionado não excepciona os imóveis de grande valor econômico. Assim, mostra se acertada a desconstituição da restrição.

3. No que respeita à impenhorabilidade do bem de família, é por todos conhecida a interpretação literal e restritiva conferida por esta Corte Superior de Justiça aos dispositivos legais que regulam a matéria, no sentido de que, independentemente de seu valor, é impenhorável o imóvel que serve de lar para o executado e sua família.

Confiram-se, nesse rumo, inúmeros julgados, de relatoria dos Ministros que compõem as Turmas desta Casa:

> *Processo Civil. Direito Civil. Agravo regimental. Lei n. 8.009/1990. Impenhorabilidade de bem imóvel de luxo.* 1. A Lei n. 8.009/1990 não estabelece

qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.397.552/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 20.11.2014, DJe 27.11.2014)

Processo Civil e Civil. Bem de família. Caracterização. Valor do imóvel. Irrelevância. Penhorabilidade. Dívida oriunda de negócio envolvendo o próprio imóvel. Cabimento. Exegese sistemática da Lei n. 8.009/1990. Dispositivos legais analisados: arts. 1º e 3º, II, da Lei n. 8.009/1990.

1. Agravo de instrumento interposto em 12.3.2012. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 12.3.2014.

2. Recurso especial em que se discute se: (i) é possível afastar a impenhorabilidade sobre bem de família de elevado valor, de cuja alienação judicial resulte saldo suficiente para aquisição de novo imóvel pela executada; e se (ii) na execução de dívida oriunda de sinal não devolvido em compromisso de compra e venda desfeito, o próprio imóvel objeto do negócio pode ser beneficiado pela impenhorabilidade da Lei n. 8.009/1990.

3. Os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família pela Lei n. 8.009/1990. Precedentes.

4. Da exegese sistemática da Lei n. 8.009/1990 desponta nítida preocupação do legislador de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, propiciando o enriquecimento ilícito do proprietário do imóvel em detrimento de terceiros de boa-fé.

5. A regra do art. 3º, II, da Lei n. 8.009/1990, se estende também aos casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.440.786/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.5.2014, DJe 27.6.2014)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação monitória. Cheque prescrito. Penhora de bem de família. Impenhorabilidade absoluta.

1. A proteção conferida ao instituto de bem de família é princípio concernente às questões de ordem pública, não se admitindo nem mesmo a renúncia por seu titular do benefício conferido pela lei, sendo possível, inclusive, a desconstituição de penhora anteriormente feita.

2. A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que o benefício conferido pela Lei n. 8.009/1990 trata-se de norma cogente, que contém princípio de ordem pública, e sua incidência somente é afastada se caracterizada alguma hipótese descrita no art. 3º da Lei n. 8.009/1990, o que não é o caso dos autos.

3. A finalidade da Lei n. 8.009/1990 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas visa à proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo, motivo pelo qual as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem receber interpretação restritiva.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 537.034/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26.8.2014, DJe 1º.10.2014)

Agravo regimental. Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Bem de família. Imóvel de luxo.

1.- Os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida pela Lei n. 8.009/1990 aos bens de família. Precedentes.

2.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.294.441/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.6.2012, DJe 28.6.2012)

Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Bem de família. Lei n. 8.009/09. Imóvel de elevado valor. Restrições à garantia da impenhorabilidade. Inexistência.

1. A tese desenvolvida com esteio no art. 274 do Código Civil não foi objeto de análise pela instância ordinária, o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria a este Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. A recorrente pretende afastar o regime protetivo da Lei n. 8.009/1990 sob a justificativa de que o único bem imóvel pertencente ao executado, e que serve de morada para sua família, possui valor bastante elevado, caracterizando-se como residência luxuosa de alto padrão - casa situada no bairro do Leblon, Município do Rio de Janeiro/RJ.

3. A Lei n. 8.009/1990 não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos

em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.

4. Independentemente do elevado valor atribuído ao imóvel pelo Fisco, essa variável não abala a razão preponderante que justifica a garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador: de modo inequívoco, o bem em referência serve à habitação da família. É o bastante para assegurar a incidência do regime da Lei n. 8.009/1990.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1.320.370/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 14.6.2012)

Recurso especial. Direito Civil. Questão preliminar. Julgamento proferido por Câmara composta majoritariamente por Juízes convocados. Possibilidade, desde que observados parâmetros legais. Precedentes. Existência de vício redibitório e o prosseguimento da execução da forma menos onerosa ao devedor. Prequestionamento. Ausência. Incidência da Súmula 211/STJ. Penhora. Parte ideal de imóvel. Possibilidade. Precedentes. Bem de família. Avaliação. Juízo dinâmico. Bem imóvel de elevado valor. Irrelevância, para efeitos de impenhorabilidade. Índice de correção monetária. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Inexistência. Embargos de declaração. Multa. Impossibilidade. Intuito procrastinatório. Ausência. Incidência da Súmula 98/STJ. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

I - A jurisprudência desta Corte Superior já teve oportunidade de indicar que é possível o julgamento por Turmas ou Câmaras constituídas, em sua maioria, por juízes convocados, desde que a convocação se dê dentro dos parâmetros legais e que observadas as disposições estabelecidas pela Constituição Federal.

II - As questões concernentes à existência de vício redibitório, bem como quanto ao prosseguimento da execução da forma menos gravosa ao devedor, não foram objeto de debate ou deliberação no acórdão recorrido, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o que atrai a incidência da Súmula 211/STJ.

III - É possível a penhora de parte do imóvel, caracterizado como bem de família, quando for possível o desmembramento sem sua descaracterização. Precedentes.

IV - A avaliação da natureza do bem de família, amparado pela Lei n. 8.009/1990, por ser questão de ordem pública e não se sujeitar à preclusão, comporta juízo dinâmico. E essa circunstância é moldada pelos princípios basilares dos direitos humanos, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do nosso Estado Democrático, nos termos do 1º, inciso III, da Constituição da República.

V - Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 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.

> VI - O art. 3º da Lei n. 8.009/1990, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Precedente da eg. Quarta Turma.
>
> VII - Acerca do índice de correção monetária, impõe-se reconhecer que, não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.
>
> VIII - Os embargos de declaração foram opostos com o intuito de prequestionamento, vedando-se, por lógica, a imposição de multa procrastinatória, nos termos do que dispõe o enunciado da Súmula 98/STJ.
>
> IX - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.
>
> (REsp 1.178.469/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18.11.2010, DJe 10.12.2010.)

4. No entanto, penso que é chegado o momento de uma interpretação mais atualizada e consentânea com o momento evolutivo da sociedade brasileira.

Com efeito, a Lei n. 8.009/1990 - que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, independentemente de ato de vontade do titular -, surgiu no ordenamento jurídico como mais uma norma, dentre outras que já existiam, tendente a ampliar a proteção do devedor, por via direta ou indireta.

De fato, esta proteção, por exemplo, previsto no Código Civil, por meio da instituição voluntária de bem de família, as cláusulas de inalienabilidade impostas em testamentos e doações ou mesmo a impenhorabilidade processual do art. 649 e 650 do CPC, surgiram por motivos de ordem moral e social, com o escopo de garantir condições dignas de sobrevivência para as famílias dos indivíduos em dificuldade econômica, evitando que se chegasse "ao extremo ético de condenar o devedor com sua família à fome, ao desabrigo e à miséria". (CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade do bem de família*. 4. ed. rev., ampl. Curitiba: Juruá, 2001, p. 16).

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, "a natureza jurídica do bem de família é de *forma de afetação de bens a um destino especial,* qual seja assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar" (*Curso de direito civil*. v. 1. 11. ed. Salvador: Jus *Podivm*, 2013, p. 545)

O art. 1º da Lei n. 8.009/1990 informa que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza,

contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas pela própria lei.

Acerca desta lei da impenhorabilidade, malgrado todas as críticas que recebeu quando de sua promulgação, impossível não reconhecer o louvável papel por ela desempenhado consistente na reconsideração dos valores morais objeto de proteção pelo ordenamento jurídico: antes o patrimônio, agora, a pessoa humana.

É que a legislação protetiva do bem de família não apenas *não afrontou* a Constituição da República, como, mais que isso, se mostrou em sintonia com princípios caros da Carta Política de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, o direito à moradia e a igualdade substancial, tratando, em verdade, de dar efetividade a esses princípios.

Cristiano Chaves de Farias, uma vez mais, agora em artigo científico intitulado *A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana (uma proposta de nova compreensão da matéria)* - destaca que, historicamente, as relações privadas foram vistas sob a ótica da orientação liberal predominante na Revolução Francesa, cujo objetivo era a proteção patrimonial, proteção à propriedade privada e a obrigatoriedade do cumprimento estrito do contrato.

É sabido que a nova ordem constitucional, inaugurada pela Constituição de 1988, ergueu-se sobre base diametralmente oposta à que lhe antecedera, propondo uma releitura de institutos clássicos com vistas a promover, como dito, a dignidade humana, a solidariedade, a igualdade substancial, proclamados em seus arts. 1º, 3º e 5º.

Nessa linha de raciocínio, destaque-se a lição do eminente Ministro e professor Luiz Edson Fachin, segundo o qual, a mudança é fruto do fenômeno contemporâneo experimentado pelo direito civil, denominado por Pietro Perlingieri de *despatrimonialização*, que individualiza "uma tendência normativo-cultural, evidenciando que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)".

Mais adiante, na mesma obra, o civilista elucida, ainda citando o mestre Perlingieri, que os institutos patrimoniais do direito privado não são imutáveis:

> Por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre a sua natureza.
>
> (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11)

Com base nesse entendimento é que o eminente Ministro Fachin desenvolveu sua tese relativa ao *patrimônio mínimo*, por meio da qual afirmou a prevalência das pessoas e de suas necessidades fundamentais.

Dessarte, o *patrimônio mínimo* é o conjunto patrimonial capaz de assegurar vida com dignidade à pessoa humana, "funcionalizando o patrimônio como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender às necessidades elementares da pessoa humana" (Cristiano Farias. *Op. Cit*).

O idealizador do *Estatuto do Jurídico do Patrimônio Mínimo* adverte, no entanto, que a proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do indivíduo. "Não se prega a volta ao direito solteiro da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites". (*Op. Cit.* p. 167)

5. É mister retornar, assim, à legislação de regência da matéria, mostrando-se necessário, nesse momento, reportar ao Código de Processo Civil, mais especificamente ao seu art. 649, que, tratando das execuções, na trilha da Lei n. 8.009/1990, previu a impenhorabilidade de alguns bens, cuja seleção, claramente, se fez a partir da *teoria do patrimônio mínimo*.

Dispõe o art. 649 em seu inciso III, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.382/2006:

> Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:(…) II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, *salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida*;

Nelson Rosenvald, comentando o dispositivo em questão, em obra citada neste voto, pondera, que com a edição da Lei n. 11.382 de 2006, que alterou o CPC, a impenhorabilidade do bem de família, no que respeita aos bens *móveis*, como se extrai de sua literalidade, passou a alcançar somente o que "for necessário para manter um *padrão médio* de vida digna". Salienta o autor:

> Trata-se, é certo, da *concretização da teoria do patrimônio mínimo, consagrando que a efetiva proteção de lei deve se dirigir ao que é* ***necessário para viver dignamente***, *não podendo nessa medida, proteger bens supérfluos*. Alias, em se tratando do bem de elevado valor, *não se justificaria a proteção por já não mais encontrar fundamento na tutela da dignidade do titular*. (*Op. Cit.* p. 559)

No que respeita aos bens imóveis, no entanto, o legislador de 2006 não conseguiu efetivar as mesmas significativas alterações. Destarte, o Projeto de Lei n. 51, de 2006 (n. 4.497/04 na Câmara dos Deputados), que alterou dispositivos do CPC relativos ao processo de execução, incluía, em seus comandos, dispositivo que permitia a alienação de bem imóvel de valor superior a mil salários mínimos, caso em que apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite seria entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade. Confira-se:

> Art. 649: (…)
>
> Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade.

Destarte, apesar da previsão original, em veto presidencial, o parágrafo único do art. 649 foi abolido, sob as seguintes justificativas:

> Razões dos vetos
>
> O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais.
>
> Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.
>
> A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar.

> Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.
>
> *Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, "caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade".*
>
> *Apesar de* ***razoável****, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei n. 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família', no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria* ***torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo****.*

Como visto, apesar do reconhecimento da razoabilidade do projeto, sob o fundamento da *tradição*, preferiu-se a retirada do parágrafo e a manutenção da impenhorabilidade absoluta do imóvel bem de família, *independentemente de seu valor*.

Por outro lado, o veto não deixou de salientar a importância da retomada do debate sobre a questão, numa indicação de existência de inquietude quanto à matéria.

Na mesma linha apresentada, importante ressaltar, nesse ponto, que ao projeto original da Lei n. 13.105/2015, o novo CPC, fora apresentada emenda com proposta muito semelhante à que me referi acima. Trata-se da Emenda n. 358, de autoria do Deputado Federal Júnior Coimbra, cuja redação sugerida era a seguinte:

> Art. 790. São absolutamente impenhoráveis:
>
> (…)
>
> XII – o bem imóvel de residência do devedor e sua família *até o limite de 1000 salários mínimos*.
>
> *Justificativa* A emenda impedirá que devedores abastados se valham do imóvel de família em situação de abuso de direito. Já há jurisprudência que afasta a impenhorabilidade do imóvel suntuoso, pois *a idéia é garantir que haja um patrimônio mínimo razoável capaz de garantir ao devedor e a sua família a manutenção de sua dignidade.*

Nada obstante a emenda não ter sido aprovada, recebeu o apoio de juristas responsáveis pela elaboração do novo diploma, que concordavam com a inclusão

da medida no projeto de lei, desde que estabelecidos limites para não atingir o direito à subsistência e à moradia digna. Nas palavras de Fredie Didier Júnior, "tecnicamente, não há impedimentos. O problema, no entanto, é político".

De fato, a afirmação de que a penhorabilidade nos termos propostos pela Emenda 358, tecnicamente era possível, se deve à situação de que a proteção dispensada ao devedor, por meio da impenhorabilidade do bem de família, como insistentemente indicado nesta proposta de voto, orienta-se pela garantia do *mínimo existencial*, pela garantia de *patrimônio suficiente a uma vida digna*, com a disponibilidade do *essencial* e não do supérfluo, daquilo que excede o *padrão médio* de vida.

E assim o é porque na matemática da execução de dívidas, dois são os fatores envolvidos. Se de um lado tem-se o *devedor*, que não pode ser destituído de seu patrimônio num nível de indignidade, se não é mais possível pensar-se no adimplemento do crédito em detrimento da pessoa do devedor, saldando-o a qualquer custo, do outro lado temos o *credor*, também sujeito de direito, merecedor de idêntico respeito. Numa reflexão avançada da dignidade humana, impossível não se preocupar também com a dignidade do credor.

A partir da reflexão da questão levando em conta os princípios constitucionais, como se fez quando invocados para justificar a proteção do devedor, outros poderão ser destacados, que, em igual medida, porque igualmente constitucionais, reclamam efetividade. Neste ponto, é possível destacar, por exemplo, a *garantia à ordem jurídica justa e efetiva*, que decorre do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Sérgio Cruz Arenhart esclarece, nesse sentido, que "não havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens (imóveis de alto valor) inviabilizaria a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia do amplo acesso à Justiça". (A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários, p. 529)

Nessa trilha de raciocínio, é fácil perceber que a negativa de penhora do imóvel de alto valor, com base na lei que prevê a impenhorabilidade do bem de família, ofende, a meu juízo, o *principio constitucional da razoabilidade*, por ser impossível considerar razoável a intangibilidade de patrimônio que excede o necessário à vida com dignidade, em detrimento do sacrifício da pretensão do credor.

Com efeito, sem muito esforço percebe-se a discrepância dessa solução: a manutenção do devedor e sua família em imóvel de luxo, de alto valor e, no lado

oposto deste cenário, a frustração do credor diante do inadimplemento, muitas vezes, comprometido em sua dignidade, pela falta do pagamento.

Na legislação estrangeira, José Alberto dos Reis, jurista português, coordenador do Código Civil Lusitano, afirmou a existência, em regra semelhante de seu país, de um "desequilíbrio manifesto" entre o interesse do credor e do devedor, quando se permite e se avaliza a manutenção de elevado teor de vida do segundo, apesar de "não pagar aos credores as dívidas que contraiu". (*Processo de execução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1957).

Merece destaque, ainda, o *princípio da isonomia*, que se vê afrontado por situação que privilegia determinado sujeito, sem as correspondentes e exigíveis razões que justificariam esse privilégio, tratando desigualmente uma situação que não merece a desigualdade.

Quanto ao ponto, valho-me da lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra:

> Como a discriminação de situações pela lei é normal (por ser esta mesma sua função), a indagação correta a propósito do problema da isonomia é: o que não pode ser discriminado sem ofensa ao princípio da igualdade? ou seja, quando não é possível à lei desigualar situações? (...) É que o princípio da isonomia pode ser lesado tanto pelo fato de incluir na norma pessoas que nela não deveriam estar, como também pelo fato de não colher outras pessoas que deveriam sê-lo. Mais uma vez resulta claro que o problema da isonomia só pode ser resolvido a partir da consideração do binômio elemento discriminador - finalidade da norma
>
> (*Comentários à constituição do brasil*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8-9)

A questão, como se percebe, exige muito mais do que a simples interpretação literal da norma legal.

6. Destarte, a meu juízo, exsurge a necessidade de mudança na forma de decidir as controvérsias apresentadas a esta Corte, absolutamente justificável e, portanto, viável.

Novamente invocando as lúcidas ponderações de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, assevero que "em se tratando, pois, de bem imóvel de alto valor, é possível em casos concretos e específicos, por ponderação de interesses, a sua penhora, de modo à satisfação do credito, resguardando ao devedor um valor mínimo, básico, necessário à aquisição de um imóvel de valor médio para um padrão de vida digna" (*Op. Cit.* p. 562)

Na verdade, a proposta apresentada nesse voto não pretende a mudança irresponsável do ordenamento e menos ainda de suas bases principiológicas,

alicerce de sua estrutura, tampouco uma guinada irrazoável da jurisprudência. Muito pelo contrário, pretende-se a reafirmação desses vetores e, após, a convivência harmônica e lógica de todos.

Não se pretende a cessação ou ruína do instituto da impenhorabilidade do bem de família, mas sua interpretação condizente com o ordenamento constitucional, já que o instituto deve conviver em paz com outras garantias constitucionais.

Destarte, quando se fala em revisão honesta da forma de decidir, o que se pretende é efetivar a regra jurídica segundo a qual, "sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja expressamente tematizada".

Na lição de Thomas da Rosa de Bustamante, em sua obra Teoria do Precedente Judicial:

> Em sistemas jurídicos tão diferentes como a Bélgica – que adota um modelo de cassação semelhante ao francês – e a Inglaterra – berço da *common law* – despontam teorias sobre o *overruling* ou *revirement jurisprudentiel* cuja principal importância é "fornecer uma justificação convincente das modificações operadas [na jurisprudência], que seria capaz de conciliar a força normativa atribuída aos precedentes e a necessidade de recoloca-los em questão, em certo momento" [Rorive 2003:497].
>
> (*Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.388-389)

Por isso, importante o esclarecimento de que a proposta que se faz não é pela irresponsável e desmedida possibilidade de penhorabilidade do bem de família de alto valor, mas de afastamento da *absoluta impenhorabilidade* e da viabilidade de que seja afastada, sempre diante do caso concreto, a partir da ponderação dos valores em jogo, escolhendo-se, naquela hipótese, qual merecerá proteção.

A mudança que se vê possível e justa, volto a salientar, é quanto a regra absoluta da impenhorabilidade e não à imposição de nova sistemática, agora, de penhorabilidade. Não se pretende firmar a tese de que os bens de alto valor, ainda que sirvam de moradia ao devedor e sua família, serão sempre e sempre penhoráveis, mas, sim, possibilitar a penhora de percentual do alto valor desses bens, viabilizando a satisfação concomitante de valores de importância ímpar: preserva-se a dignidade do devedor e satisfaz-se o crédito do credor, garantindo-se, ainda, a ordem jurídica e prestigiando-se a razoabilidade.

A moderna jurisprudência deve percorrer o caminho que leva à humanização do direito outorgando ao Magistrado uma tarefa que transcende à automática aplicação da norma, mas, ao revés, que exija o emprego de uma hermenêutica teleológica que há muito superou o dogmatismo literal e impensado.

7. No caso dos autos, nas razões do recurso de agravo de instrumento da ora recorrente, credora, em que pretendeu reformar a decisão que desconstituiu a penhora incidente sobre o bem imóvel ora em questão, salientou-se que a tentativa de satisfação do crédito já se posterga por mais de 5 anos, isso em 2008.

Relembre-se, ademais, que a ação fora ajuizada em julho de 2003 e muitos meses se passaram até que fosse possível a citação dos devedores que se esquivavam, por repetidas vezes, em serem localizados, conforme atestam diversas certidões constantes dos autos, sendo, inclusive, lavrado auto de desobediência (fl. 148). O pedido de condenação foi julgado totalmente procedente (fls. 333-335 e 553-554). Em face de sentença monocrática, os réus interpuseram apelação, também não acolhida, iniciando-se, assim, a fase de cumprimento de sentença. Determinou-se, em seguida, o bloqueio *on line* de verbas, mas o saldo bloqueado mostrou-se insuficiente para o pagamento da dívida.

Importante ressaltar, nesse ponto, que o crédito executado pela recorrente refere-se às taxas de melhoramentos e conservação de infraestrutura de outro imóvel adquirido pelos recorridos.

No ponto, a melhor interpretação da regra da impenhorabilidade do bem de família é a que está atenta, também, à dignidade humana do titular do imóvel, assim como do credor, que, no caso dos autos, são os outros condôminos de imóvel de propriedade do executado, que se prejudicam consideravelmente com a reiterada falta de pagamento das despesas comuns.

Nesse sentido, inclusive, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em relação a total possibilidade de penhora do bem de família quando as despesas dizem respeito ao próprio imóvel que se pretende penhorar. Sabe-se não ser exatamente esse o caso dos autos, mas os fundamentos da decisão são de enorme relevância. Confira-se a ementa:

> *Ementa: Recurso extraordinário. Bem de família. Penhora. Decorrência de despesas condominiais*. 1. A relação condominial é, tipicamente, relação de comunhão de escopo. O pagamento da contribuição condominial [obrigação *propter rem*] é essencial à conservação da propriedade, vale dizer, à garantia da subsistência

> individual e familiar --- a dignidade da pessoa humana. 2. Não há razão para, no caso, cogitar-se de impenhorabilidade. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
>
> (RE 439.003, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 6.2.2007, DJ 2.3.2007)

No caso concreto, a recorrida/executada possui imóvel, onde residia com seus filhos, que, à época da interposição deste recurso (agosto/2004), fora avaliado entre R$500.000,00 e R$1.200.000,00. Por sua vez, a dívida que está sendo executada e para qual se pretende a penhora do imóvel referido, também à época da interposição, estava em torno de R$70.000,00.

Ou seja, na hipótese em julgamento, considerando-se o valor do débito, certo é que o padrão de vida do devedor, muito provavelmente não será, sequer, alterado. Assim, não se sustentam, no caso dos autos, a razão absoluta da impenhorabilidade, qual seja a preservação da dignidade do devedor, uma vez que, realizada a penhora sobre percentual do imóvel de alto valor suficiente ao pagamento da divida, ao executado estará garantido muito além de um padrão médio de vida, muito mais que o essencial para sua moradia.

De fato, considerando-se que a dívida não representa um quinto do valor do imóvel, após alienação do bem e o pagamento da dívida, com o valor restante, é possível ao devedor adquirir imóvel residencial em padrões semelhantes ao que hoje reside com sua família. Em outras palavras, se o objetivo da lei protetiva do bem de família é garantir a dignidade humana e o direito à moradia, acaso deferida a constrição no caso que ora se analisa, esses bens jurídicos se manter-se-ão incólumes, ou seja, a recorrida continuará residindo de maneira digna em imóvel ainda assim de padrão superior ao médio.

Não há como concluir que o deferimento da constrição significará o desrespeito aos fins da lei de bem de família, simplesmente porque eles estarão devidamente resguardados.

8. Por fim, importante, ainda, referenciar julgado proferido pela Egrégia Terceira Turma deste Tribunal Superior, pela lucidez dos fundamentos utilizados e que se amoldam à proposta ora apresentada, em recurso, cujo objeto era também a impenhorabilidade do bem de família, apesar dos contornos fáticos não serem idênticos ao desta situação. No REsp n. 1.417.629/SP, a controvérsia consistia na possibilidade de descaracterização de determinado imóvel, terreno não edificado, como bem de família, para sua posterior penhora. Na oportunidade, pontuou a eminente relatora, Ministra Nancy Andrighi:

08. A garantia legal de impenhorabilidade do bem de família *visa a resguardar o patrimônio mínimo da pessoa humana*, valor esse que o legislador optou por preservar em detrimento à satisfação executiva do credor.

(...)

10. Nesse contexto, a jurisprudência do STJ, atenta à agenda de valores estabelecida pela Constituição Federal, editou as Súmulas 364 e 486, estendendo o alcance da garantia legal da impenhorabilidade ao imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas, e também àquele que esteja locado a terceiros, se a renda obtida for revertida para a subsistência da família.

11. *No entanto, atenta, de igual modo, ao direito fundamental à tutela executiva do credor, este Tribunal afastou aquela mesma proteção quando o imóvel está desocupado e não se demonstra o cumprimento dos objetivos da Lei n. 8.009/1990*. Citem-se, a propósito, estes arestos: AgRg no REsp 1.232.070/SC, minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 15.10.2012; REsp 1.005.546/SP, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 3.2.2011; REsp 1.035.248/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJe de 18.5.2009.

12. *Infere-se, portanto, que a ponderação dos valores que se apresentam em situações como a que ora se analisa – de um lado, o direito ao mínimo existencial do devedor; de outro, o direito à tutela executiva do credor – exige que o Juiz, em cada situação particular, assegure a satisfação do credor, por meio da responsabilidade patrimonial do devedor, sem, contudo, sacrificar a própria dignidade deste*.

(...)

Esse, aliás, o escólio de Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da interpretação teleológica das impenhorabilidades (Instituições de Direito Processual Civil. Execução Forçada. v. IV. 2004, p. 342):

> A percepção do significado humano e político das impenhorabilidades impõe uma interpretação teleológica das disposições contidas nos arts. 649 e 650 do Código de Processo Civil, de modo a evitar, de um lado, sacrifícios exagerados e, de outro, exageros de liberalização; *a legitimidade dessas normas e de sua aplicação está intimamente ligada à sua inserção em um plano de indispensável equilíbrio entre os valores da cidadania, inerentes a todo ser humano, e os da tutela jurisdicional prometida constitucionalmente, ambos dignos do maior realce na convivência social mas nenhum deles capaz de conduzir à irracional aniquilação do outro*.

(...)

18. *Ao que tudo indica, portanto, a alegação do recorrente de que se trata de bem de família não visa a resguardar a dignidade dos herdeiros, mas apenas à preservação do caro patrimônio do espólio, o que se desvincula, por completo, dos fins perseguidos pela Lei n. 8.009/1990*.

19. *Nesse cenário, o reconhecimento da impenhorabilidade daquele bem constitui, numa ponderação de valores, verdadeira afronta ao direito fundamental do credor à tutela executiva e, em maior grau, ao acesso à ordem jurídica justa – célere, adequada e eficaz –, que tanto se busca, na moderna concepção do devido processo legal*.

Abaixo, a ementa do acórdão da decisão unânime daquela Terceira Turma:

Civil e Processo Civil. Execução de título extrajudicial. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Alegada violação de dispositivos constitucionais. Descabimento. Ausência de prequestionamento. Súm. 282/STF. Penhora recaída sobre o único imóvel do espólio. Terreno não construído. Interpretação teleológica das impenhorabilidades. Natureza de bem de família não comprovada. Arts. Analisados: 1º e 5º, Lei n. 8.009/1990.

1. Ação de execução de título extrajudicial, distribuída em 1986, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 13.5.2013.

2. Discute-se se o único imóvel do espólio - terreno alugado para empresa que nele explora serviço de estacionamento - pode ser considerado bem de família dos herdeiros, e, portanto, insuscetível de penhora para garantir o pagamento de dívidas do falecido.

3. Para que fique caracterizada a negativa de prestação jurisdicional, a omissão apontada deve ser relevante para o deslinde da controvérsia, do contrário não há falar em violação do art. 535 do CPC.

4. A interposição de recurso especial não é cabível por suposta violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88.

5. Os dispositivos indicados como violados não foram objeto de expresso prequestionamento pelo Tribunal de origem, o que importa na incidência do óbice da Súmula 282/STF.

6. O fato de se tratar de terreno não edificado é circunstância que, por si só, não obsta sua qualificação como bem de família, na medida em que tal qualificação pressupõe a análise, caso a caso, da finalidade realmente atribuída ao imóvel (interpretação teleológica das impenhorabilidades).

7. No particular, evidenciado que o recorrente se vale da alegada proteção ao bem de família apenas para tentar preservar o valioso imóvel do espólio, o reconhecimento da impenhorabilidade do bem constitui, numa ponderação de valores, verdadeira afronta ao direito fundamental do credor à tutela executiva e, em maior grau, ao acesso à ordem jurídica justa - célere, adequada e eficaz -, que tanto se busca, na moderna concepção do devido processo legal.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 1.417.629/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10.12.2013, DJe 19.12.2013)

9. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para autorizar a penhora de percentual do imóvel aqui referido, suficiente ao adimplemento da dívida exequenda, garantindo-se à recorrida o valor restante apurado.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, associo-me inteiramente à preocupação que inspira o voto do Ministro Luis Felipe Salomão no sentido de dar uma interpretação à lei de bem de família que possibilite também que sejam honradas dívidas, evitando que tal instituto, na prática, seja um entrave à quitação de uma obrigação que pode ser de enorme importância para o credor que, muitas vezes, é pessoa humilde e que não consegue resgatar o seu crédito, embora o devedor eventualmente more em um imóvel de luxo.

Mas, assim como explicou o Ministro Marco Buzzi, tenho dificuldade para chegar à interpretação dada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, exatamente porque é muito subjetivo se considerar o que possa ser bem de alto valor. Um imóvel de classe média será de grande valor sob a perspectiva de uma pessoa de classe econômica mais humilde, por exemplo.

Por outro lado, se interpretarmos que seria possível a penhora desse imóvel, ficando a sobra do valor protegida com a cláusula da impenhorabilidade, como acentuou o Ministro Marco Buzzi, numa execução subsequente, sempre pode ser alegado que aquela sobra também é mais do que o necessário para uma subsistência digna, conceito muito subjetivo, e haver uma outra penhora sobre esse valor ou sobre o imóvel adquirido com esse valor, sempre considerando que pode haver uma sobra suficiente para comprar um casebre, por mais pobre que seja, e que, mesmo assim, é muito bom em relação a pessoas que nem isso têm.

Penso, de *lege ferenda*, que deveria realmente haver uma lei que fixasse algum parâmetro para que se estabelecesse o que é um valor suficiente para atender às necessidades básicas de moradia da família do devedor e que fosse protegido pela impenhorabilidade, tal como já existe no tocante a depósitos em caderneta de poupança, por exemplo. Mas isso não há no tocante a bem de família.

Dentro dessa leitura do Ministro Luis Felipe Salomão, à qual adiro, considero que deveria haver uma releitura do instituto do bem de família; que melhor seria que a jurisprudência desta Corte superior reformulasse alguns

entendimentos que aqui prevalecem. Como exposto pelo Ministro Marco Buzzi, as ressalvas à impenhorabilidade do bem de família têm recebido uma interpretação demasiadamente restritiva. Por exemplo, mesmo em hipótese expressamente ressalvada, como hipoteca oferecida livremente como condição para contrair um empréstimo, há precedente desta Turma, tomado contra o meu voto, que conferiu interpretação bastante restrita a essa ressalva prevista em lei, impedindo a execução da hipoteca, ante a consideração de que a dívida não fora contraída em proveito dos dadores da garantia, mas de empresa cujos únicos sócios são os próprios donos do imóvel. Em outros precedentes, entendeu-se que essa ressalva viabiliza a execução da hipoteca apenas para saldar o empréstimo contraído para a aquisição do próprio imóvel dado em hipoteca. Penso, portanto, que melhor seria que houvesse uma releitura dessa jurisprudência que dá uma interpretação extremamente restrita às ressalvas e, de outro lado, uma compreensão elastecida à impenhorabilidade do bem de família.

Mas, *data maxima venia* do voto do Relator, creio que não há, no estágio atual do Direito Positivo, como se estabelecer a interpretação de que deva haver a alienação em hasta pública do imóvel onde, incontroversamente, reside a família para que fique apenas um valor desse imóvel, valor esse que não é especificado em lei, sem parâmetro legislativo, apenas esse valor protegido pela impenhorabilidade.

Portanto, peço vênia ao eminente Relator e adiro à divergência.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, durante os debates, após o voto do eminente Relator, externei minha preocupação com a possibilidade de haver a revisão do entendimento consagrado na jurisprudência até esta parte em torno da necessidade de proteção do bem de família. Creio que adotarmos a releitura proposta pelo Relator importaria aniquilar a proteção ao bem de família, na medida em que se estaria saindo de uma situação de parâmetro legal seguro e objetivo para um âmbito de subjetividade e de grande insegurança.

Não me parece que a proteção ao bem de família deva atender apenas a imóveis mais modestos. Aqui, por exemplo, temos um imóvel tipicamente de classe média, apartamento de número 152, no mínimo são dois por andar, apartamento típico da classe média brasileira.

Além disso, as pessoas que precisam da proteção do bem de família não me parece que sejam as mais humildes. Os trabalhadores, normalmente, não empreendem, têm uma casa adquirida em conjunto habitacional, algo assim, e nunca formarão dívidas que possam afetar o patrimônio da família. Parece-me improvável que um operário, que compra um par de sapatos para o filho, um vestido para a esposa, fazendo esse tipo de negociação na sua vida de homem assalariado, possa chegar um dia a ter o seu imóvel familiar ameaçado de expropriação judicial. Isto acontece mesmo é com aquelas pessoas que se lançaram em empreendimentos econômicos, que apostaram seus capitais, às vezes suas fortunas, perderam tudo e passam a não mais ter nada, a não ser a casa em que moram com a família. Foi só o que restou a essas pessoas, ex-empresários.

Parece-me claro que a proteção ao bem de família vem mesmo é para essas pessoas que foram um dia empresários de classe média, de classe média alta, e até homens e mulheres ricos, para quem, agora, tudo que lhes resta é o bem de família a amparar a esposa, os filhos, muito mais que a eles próprios.

Temos até aqui uma jurisprudência segura, que sempre observou e garantiu a prevalência da proteção legal ao bem de família. A legislação é bastante razoável e, inclusive, prevê inúmeras exceções à garantia do bem de família, de modo que não acho que o Superior Tribunal de Justiça deva fazer essa releitura que sugere o eminente Relator em voto muito bem formulado, mas que, a meu ver, não atende àquilo que melhor diz com os objetivos da lei e que tem sido tão bem acolhido por toda a jurisprudência até aqui.

Peço vênia para acompanhar a divergência, aderindo ao substancioso voto que nos traz o eminente Ministro Marco Buzzi.

RECURSO ESPECIAL N. 1.368.550-SP (2013/0039058-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Stampafare Embalagens Ltda - massa falida
Advogado: Rolff Milani de Carvalho - síndico - SP084441
Recorrido: Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes
Advogado: Alessandra Marques Martini e outro(s) - SP270825

EMENTA

Recurso especial. Recuperação judicial convolada em falência. Crédito correspondente aos honorários advocatícios devidos à sociedade de advogados contratada para formular e acompanhar o pedido de recuperação judicial. Crédito extraconcursal. Interpretação lógico-sistemática e teleológica das normas e princípios norteadores da Lei n. 11.101/2005.

1. Os artigos 67 e 84, inciso V, da Lei n. 11.101/2005 determinam que, em caso de decretação da falência, os créditos decorrentes de obrigações contraídas durante a recuperação judicial serão classificados como créditos extraconcursais submetidos ao concurso especial estabelecido no artigo 84 do citado diploma legal, sendo pagos antes dos créditos sujeitos ao concurso geral do artigo 83 (créditos trabalhistas e equiparados, créditos com garantia real, créditos tributários, créditos com privilégio especial, créditos com privilégio geral e créditos quirografários).

2. O marco temporal estabelecido pela lei em comento para que seja reconhecida a extraconcursalidade dos créditos é o nascimento da obrigação (ou a prática do ato jurídico válido) durante a recuperação judicial.

3. Ao definir o significado da expressão "durante a recuperação judicial", a Quarta Turma assentou que "*abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47)*" (REsp 1.399.853/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10.2.2015, DJe 13.3.2015).

4. Diante deste quadro, remanesce delimitar o sentido das expressões "créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor" ou "obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados" durante a recuperação judicial, para fins de aferição da extraconcursalidade prevista nos artigos 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005.

5. Em se tratando de crédito decorrente de contrato de execução continuada ou periódica (também chamado de contrato de duração),

a inferência de que a classificação da extraconcursalidade do crédito vincula-se à data da formalização da avença não guarda coerência com o objetivo primordial do instituto da recuperação judicial, isto é, o restabelecimento da força econômica e produtiva em declínio. Assim, em regra, independentemente da data da celebração do contrato de duração, a extraconcursalidade deve ser atribuída aos créditos decorrentes do fornecimento de bens ou da prestação de serviços ocorridos após o deferimento do processamento da recuperação judicial. Exegese defluente do parágrafo único do artigo 67 da Lei n. 11.101/2005 (privilégio atribuído aos titulares de créditos quirografários que continuam a fornecer bens ou serviços) e da situação dos credores trabalhistas. Inexigibilidade de novos contratos, revelando-se suficiente a aferição do momento em que os bens ou serviços foram fornecidos/prestados.

6. No caso concreto, cuidando-se de contrato de evidente execução continuada (estabelecendo prestação de serviços jurídicos até o encerramento da recuperação judicial), deve-se abstrair o fato de ter sido verbalmente pactuado antes do marco temporal reconhecido pela jurisprudência. É que grande parte da assessoria advocatícia contratada foi efetivamente prestada após o deferimento do processamento da recuperação.

7. Ademais, não se pode olvidar que a atuação do advogado é imprescindível para garantir o acesso do empresário ou da sociedade empresária à recuperação judicial. Nessa perspectiva, em virtude do princípio da preservação da empresa, deve-se prestigiar a conduta do advogado (ou sociedade de advogados) que, ciente da crise econômica e financeira que acomete a recuperanda, empreende esforços concretos voltados à reestruturação da atividade empresarial, mediante a elaboração e o ingresso do pedido de recuperação judicial, além da prestação de serviços jurídicos até o seu encerramento com a decretação da falência.

8. À luz do princípio geral da presunção de boa-fé, cabia a qualquer um dos credores, à massa falida ou ao administrador judicial aventar a eventual má-fé do prestador do serviço, o que não ocorreu, sobressaindo, outrossim, a consonância dos honorários contratados com o parâmetro mínimo estipulado pela Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo.

ACÓRDÃO

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

O Sr. Ministro Raul Araújo, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 23.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* O Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes interpôs agravo de instrumento em face de decisão que, em autos de impugnação de crédito apresentado contra a Massa Falida de Stampafare Embalagens *Ltda.*, classificou como quirografário (e não extraconcursal) o crédito oriundo da prestação de serviços advocatícios contratados para pleitear e acompanhar a própria recuperação judicial da sociedade empresária, cuja quebra fora posteriormente decretada.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao citado agravo de instrumento para classificar o crédito como extraconcursal, encontrando-se o respectivo acórdão assim ementado:

> Falência (Lei n. 11.101/2005). Decretação após concessão da recuperação judicial. Crédito resultante de obrigação assumida com escritório de advocacia contratado para ajuizar o pedido de recuperação judicial. Classificação, pelo administrador judicial, como crédito extraconcursal. Impugnação feita por sócio da falida sustentando ser crédito quirografário, por ter sido o contrato celebrado antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Decisão acolhendo a impugnação. Recurso. Crédito que decorreu de contrato celebrado para prestação de serviços visando a superação da crise econômico financeira da devedora. Interpretação da expressão "durante a recuperação judicial" do art. 67 da Lei n. 11.101/2005. Recurso provido para restaurar a classificação atribuída pelo administrador judicial em seu rol de credores.

Opostos embargos de declaração pela massa falida, os quais foram rejeitados na origem.

Irresignada, a massa falida interpõe recurso especial, com amparo na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual alega violação ao disposto nos artigos 49, 67 e 84, inciso V, da Lei n. 11.101/2005.

Afirma que, consoante incontroverso nos autos, o escritório de advocacia recorrido foi contratado para ajuizar a ação de recuperação judicial, bem como prestar assistência jurídica durante seu processamento, o que perdurou até a convolação da recuperação em falência. Aduz que o crédito decorrente da prestação dos serviços referidos não pode ser classificado como extraconcursal, por decorrer de obrigação contraída, ainda que verbalmente, antes do início da recuperação judicial. Ao final, pugna pela classificação do aludido crédito como privilégio geral na falência à luz do disposto no artigo 24 do Estatuto da OAB.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial (fls. 601/613), nas quais o recorrido alega que devem ser considerados créditos extraconcursais "*aqueles que surgem após deferido o processamento da recuperação judicial, bem como aqueles que dele decorrem*". Assinala, outrossim, que, "*tratando-se de contrato de prestação de serviços advocatícios, não há dúvida de que o crédito e o direito ao recebimento dos honorários só passa a existir com a efetiva prestação de serviços (art. 597 do Código Civil)*". Sustenta ser inegável que: "*(a) o Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes foi contratado justamente para propor a recuperação judicial; (b) os serviços a serem prestados tiveram início com o pedido de recuperação judicial; (c) o contrato foi celebrado depois da distribuição do pedido de recuperação; (d) os honorários foram estipulados para diversos serviços (propor a recuperação judicial, prestar toda a assessoria jurídica durante o processo, defender os interesses da empresa em todos os incidentes e recursos, auxiliar na elaboração do plano e na negociação com os credores, etc.) e se sujeitaram a diferentes eventos, todos verificados durante a recuperação judicial (especialmente o deferimento e a concessão da recuperação)*".

O recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Nicolao Dino Neto, opinou pelo não provimento do apelo extremo (fls. 648/650), nos termos da seguinte ementa:

> Processual Civil. Recuperação judicial convalidada em falência. Créditos advocatícios. Contrato firmado antes da recuperação judicial. Ciência das dificuldades econômicas. Art. 67 da Lei n. 11.101/2005. Interpretação teleológica e sistemática.

1. O art. 67 da Lei n. 11.101/2005 define como extraconcursais os créditos dos fornecedores e demais contratados durante a fase de recuperação judicial como forma de incentivar a reestruturação da PJ e proteger aqueles que, ainda que cientes dos riscos de não receber seus créditos, optam por guarnecer os serviços.

2. Ainda que o texto da lei use a expressão "durante a recuperação judicial", a homologação do plano judicial é apenas um marco temporal para que as dificuldades financeiras da empresa tornem-se públicas e notórias para todos os contratantes. Entretanto, comprovado nos autos que o escritório de advocacia fora contratado justamente para prestar a assessoria para a elaboração do plano de recuperação, não há razão para exigência da formalidade.

3. Além desta interpretação finalística do dispositivo legal, há de se analisar o objetivo do instituto de recuperação judicial, que é incentivar o reestabelecimento da PJ. Negar proteção àqueles que fornecem serviços ainda que cientes das dificuldades econômicas é gerar entraves ainda maiores para que ela consiga se reerguer.

4. Parecer pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* A controvérsia está em definir se o crédito correspondente aos honorários advocatícios devidos à sociedade de advogados contratada para formular e acompanhar o pedido de recuperação judicial - inclusive na hipótese de falência -, pode ser considerado crédito extraconcursal, nos termos do artigos 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005, ou deve ser classificado como trabalhista, de privilégio especial, privilégio geral ou quirografário, à luz do artigo 83 do mesmo diploma legal.

Na espécie, o juízo da falência, ao julgar procedente impugnação à relação de credores, classificou como quirografário (e não extraconcursal) o crédito acima discriminado, amparando-se na exegese de que o benefício da extraconcursalidade somente recairia sobre os contratos firmados após a efetiva concessão da recuperação judicial. Confira-se:

Note-se que os créditos extraconcursais são todos decorrentes do processo de recuperação judicial, ou seja, originados quando já instalada a recuperação judicial.

São de extrema importância, por isso necessário que fiscalizados e orientados para o fim criado, já que pode se tornar um meio de fraude, na medida em que o

devedor pode assumir novas obrigações e modificar a ordem de preferência dos créditos.

O crédito da impugnada não nasceu durante o processo de recuperação judicial, pois foi contratado anteriormente ao deferimento da recuperação judicial, conforme contrato de fls. 27/28, celebrado em 30 de agosto de 2005, sendo que o processamento e deferimento da recuperação judicial ocorreram em agosto de 2005.

Note-se que todos os valores de honorários advocatícios estabelecidos (fls. 27) referem-se ao período anterior ao da recuperação judicial, tendo como marco final o deferimento do pedido.

O artigo 67 é categórico ao dispor que serão extraconcursais os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor ***durante*** *a recuperação judicial.*

Não é a hipótese dos autos.

Assim, o crédito deve ser classificado como quirografário, não podendo dizer de sua natureza alimentar, pois se trata de uma sociedade que celebrou o contrato, cujo valor total seria distribuído dentro da "empresa de diversas formas", não se sabendo o quanto receberia cada advogado e quem seriam.

Reconhecer a ordem alimentar implicaria violação de ordem de preferência dos demais credores.

Interposto agravo de instrumento pela sociedade de advogados (ora recorrida), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao reclamo, classificando os citados honorários advocatícios como crédito extraconcursal, pelos seguintes fundamentos:

Lávio Krumm Mattos apresentou impugnação ao crédito de R$ 558.381,65 (quinhentos e cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e um reais e sessenta e cinco centavos) do Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes, constante da lista de credores apresentada pelo administrador judicial de Stampafare Embalagens Ltda., classificado como extraconcursal, sustentando que deve ser ele classificado como quirografário porque a contratação se deu antes da distribuição do pedido de recuperação judicial, posteriormente convolada em falência.

Na decisão de fls. 89/92, aqui reproduzida às fls. 151/154, o magistrado acolheu a impugnação impondo ao credor impugnado a responsabilidade por honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor do crédito, devidamente atualizado.

É contra essa decisão que se volta o recurso. Salientando que a classificação do crédito, adotada na decisão, influenciará a avaliação dos advogados em aceitar a assessoria em pedidos de recuperação judicial, trazendo maiores dificuldades às empresas em crise, o agravante sustenta que apenas após a distribuição do pedido

de recuperação judicial é que as partes chegaram a um consenso sobre os serviços a serem prestados, sendo firmado o contrato em 30 de agosto de 2005. Sustenta que o crédito é extraconcursal, tendo a decisão afrontado os arts. 49, 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005, não sendo possível, por força da convolação em falência, alterar a classificação do crédito. (...)

(...)

É lição de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ao comentar o revogado Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, que:

> Da regra de que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores tira-se o corolário de que o produto da alienação deles deve ser distribuído proporcionalmente ao valor dos créditos. Mas, assim como há bens do devedor expressamente excluídos por lei dessa garantia comum, que não ficam sujeitos à execução falimentar (artigo 41), créditos também existem que, por sua natureza ou qualidade, fogem à repartição proporcional, gozam de prioridade no pagamento. Surge, assim, no concurso de credores o problema da classificação dos créditos, cuja solução se há de procurar com extremo cuidado, a fim de que não resultem tratamentos iníquos.

A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, também estabeleceu uma classificação de créditos na falência, atendendo critérios que levaram em conta a natureza ou qualidade dos mesmos. Assim, visando atender as necessidades prementes dos trabalhadores, assegurou o pagamento prioritário para "os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes do trabalho" (art. 83, I). Também, considerando a garantia concedida, colocou em segundo lugar os "créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado" (art. 83, II), e assim por diante.

No quinto lugar, na ordem de pagamentos, previu os "créditos com privilégio geral", que são aqueles apontados pelo art. 965 do Código Civil, os decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, com posterior decreto de falência, e os demais assim definidos em leis civis e comerciais (art. 83, V).

É importante salientar que, no caso de falência precedida de recuperação judicial, o legislador foi mais longe: reconheceu serem extraconcursais os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, assim como atribuiu a qualidade de crédito com privilégio geral aos credores quirografários que continuaram provendo a recuperanda de bens e serviços. FÁBIO ULHÔA COELHO aponta as razões para tanto:

> *A reclassificação dos créditos constituídos após a distribuição do pedido de recuperação judicial deve-se à importância deles para os objetivos desta.*

> *Mesmo frustrados esses - com a falta ou o insucesso do plano e a consequente decretação da falência -, há que se reconhecer que esses credores, ao abrirem crédito a empresário declaradamente em crise, deram decisiva colaboração para a tentativa de superação desta, assumindo riscos consideráveis. Sua atitude, em essência, iria favorecer todos os credores, caso vingasse a recuperação judicial.*

A questão devolvida neste recurso diz respeito aos créditos decorrentes de obrigação de pagamento de honorários de advogado, contratado por escrito, para a recuperação judicial. Já se viu que, por força do art. 24 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, não é crédito quirografário; mas seria crédito extraconcursal? Ou seria crédito com privilégio geral?

Se interpretarmos literalmente o art. 67 da Lei n. 11.101/2005, a obrigação teria sido contraída antes do ingresso do pedido de recuperação judicial - mesmo que instrumentalizado o contrato posteriormente -, e, desta forma, seria crédito com privilégio geral. Não seria crédito decorrente de obrigação contraída pelo devedor ***durante*** *a recuperação judicial.*

Todavia, não se pode negar que a contratação do escritório de advocacia teve por objetivo a obtenção da recuperação judicial, como forma de superação da crise econômico-financeira do devedor. Basta a leitura do instrumento para se chegar a essa conclusão. Poder-se-ia, assim, negar que os serviços de advocacia prestados à devedora não tinham por finalidade colaborar para a superação dessa crise? Ao estabelecer as várias parcelas a serem pagas, inclusive a última, dependente do sucesso na obtenção da recuperação, o escritório de advocacia não assumiu risco considerável?

A interpretação da expressão "durante a recuperação judicial" do art. 67 da Lei n. 11.101/2005, deve ser sistemática e levar em consideração o objetivo do legislador, que foi o de assegurar ao devedor em crise condições para superá-la. Assim, as obrigações assumidas para a obtenção da recuperação judicial e seu cumprimento geram créditos que, em caso de falência, são extraconcursais. Se assim não for, dificilmente as empresas em crise conseguirão contratar bons profissionais para ajudarem a superá-la.

O recurso, desta forma, é provido para, modificando a decisão recorrida, reconhecer o crédito como extraconcursal, na forma do art. 84 da Lei n. 11.101/2005.

3. Nesse contexto, a solução do caso reclama a interpretação lógico-sistemática e teleológica das normas e princípios norteadores da Lei n. 11.101/2005, observando-se o disposto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Como de sabença, a Lei n. 11.101/2005 veio a substituir o Decreto-Lei n. 7.661/1945, demarcando a fase moderna do Direito Falimentar, voltada ao balanceamento das relações entre credores e devedores, com especial enfoque na dimensão socioeconômica da empresa concebida como atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

O referido diploma legal modificou radicalmente o sistema falimentar então vigente, com a supressão da pecha extremamente negativa que recaía sobre o devedor em crise, cuja atividade empresarial passou a contar com o esforço de preservação dos próprios credores, evitando-se a falência da unidade produtiva economicamente viável e, consequentemente, salvaguardando-se o interesse da economia nacional, do mercado e dos trabalhadores.

Nesse intuito, o instituto da recuperação judicial foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Lei n. 11.101/2005, cujo artigo 47, norma programa de densa carga principiológica, assim dispõe:

> Art. 47. 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.

Tal dispositivo encarta o princípio da preservação da atividade empresarial, servindo como parâmetro a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, que objetiva o saneamento do colapso econômico-financeiro e patrimonial da unidade produtiva economicamente viável, evitando-se a configuração de grau de insolvência irreversível e, inexoravelmente, prejudicial aos trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito e ao Estado que deixará de recolher tributos garantidores da satisfação das necessidades públicas. Ou seja, o instituto da recuperação judicial tem por escopo a reorganização administrativa e financeira da empresa em crise, a fim de garantir a manutenção da fonte produtora, os empregos dos trabalhadores e os interesses dos credores, ensejando, assim, a concretização do mandamento constitucional voltado à realização da função social da empresa.

Nessa ordem de ideias, a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/2005, no tocante à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da

empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto.

Isso porque é de presumir que a empresa, que se socorre da recuperação judicial, encontra-se em dificuldades financeiras, tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtendo certidões negativas de débitos), como, por outro lado, para obter crédito e mão de obra na praça, em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva.

Em razão disso, a Lei n. 11.101/2005, prestigiando o instituto da recuperação judicial, criou uma espécie de prêmio/compensação para os agentes econômicos que, assumindo riscos, vierem a, concretamente, colaborar para a superação do colapso empresarial, consoante se extrai de seu artigo 67:

> *Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.*
>
> Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

No mesmo sentido é o teor do inciso V do artigo 84 do citado diploma legal:

> *Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:*
>
> I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;
>
> II – quantias fornecidas à massa pelos credores;
>
> III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;
>
> IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

> *V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência*, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Assim, em caso de decretação da falência, os créditos decorrentes de obrigações contraídas durante a recuperação judicial são classificados na quinta posição dos créditos extraconcursais submetidos ao concurso especial estabelecido no artigo 84 do citado diploma legal, sendo pagos antes dos créditos sujeitos ao concurso geral do artigo 83 (créditos trabalhistas e equiparados, créditos com garantia real, créditos tributários, créditos com privilégio especial, créditos com privilégio geral e créditos quirografários).

Tal regra decorre da constatação de que uma legislação vocacionada ao saneamento financeiro da empresa deficitária será inócua se não contemplar privilégios especiais àqueles que, assumindo riscos consideráveis, contribuírem, efetivamente, para a reestruturação da fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos.

Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos dos seguintes autores:

> 1. Esta é uma disposição sábia da lei, pois atua como incentivo para que aqueles que negociam com a empresa continuem a fazê-lo durante o período da recuperação judicial. Pretende a lei que essa disposição atue como incentivo para que o terceiro continue fornecendo normalmente bens e serviços para a empresa que pediu recuperação, desde que se trate de venda a prazo.
>
> 2. Se o fornecimento for a prazo e se houver decreto de falência, o crédito relativo a tal fornecimento será considerado extraconcursal, a ser pago com precedência sobre os demais (inciso V do art. 84). **(Bezerra Filho, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2013, pág. 183)**

> 230. Despesas referentes ao período da recuperação judicial
>
> Entre as grandes inovações da Lei n. 11.101/2005, merece destaque a introdução do instituto da recuperação judicial, em substituição à concordata. Os objetivos buscados com o novo instituto são ambiciosos: busca-se a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor a fim de se permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (art. 47). Para sua viabilização, deverá ser formulado um plano de recuperação, que será o "caminho" através do qual o devedor pretensamente deixará a situação de dificuldade econômico-financeira. Essencial, nesse curso, que os fornecedores de capital, produtos e serviços continuem a provê-los, garantindo

> as condições mínimas necessárias à viabilização da consecução do plano. Tendo em vista o aumento de risco que vem a significar o fornecimento durante o período de recuperação judicial, especialmente em razão do reconhecido estado de dificuldade econômica do devedor, bem como a iminente possibilidade de decretação de sua quebra, é natural que os fornecedores ou se recusem a manter relações econômicas com o devedor, ou simplesmente aumentem o preço, como contrapartida. Esse comportamento seria extremamente danoso ao devedor e reduziria drasticamente as chances de reversão de sua situação de dificuldade econômico-financeira. Com vistas a esses aspectos, o legislador criou dispositivos de incentivo à manutenção de relações jurídico-econômicas com o devedor em recuperação judicial. Para os fornecedores que já eram credores quirografários do empresário antes da recuperação judicial, o parágrafo único do art. 67 prevê a melhora de sua prioridade (passando a credor com privilégio geral), na exata proporção de valor dos bens e serviços fornecidos durante a recuperação judicial. Para qualquer fornecedor, por sua vez, o *caput* do art. 67 garante que quaisquer créditos contra o empresário, nascidos de obrigações contraídas durante a recuperação judicial, serão extraconcursais em caso de falência. Trata-se de assegurar um tratamento privilegiado àquele que, tendo liberdade de escolha, opta por manter fornecimento ao empresário, mesmo sabendo estar ele em recuperação judicial. É o reconhecimento, por parte do legislador, da sua importância na solução do problema do empresário em dificuldades. Essa é uma tendência que se verifica em outros legisladores, como o norte-americano.
>
> Daí decorre que os salários dos trabalhadores, referentes a serviços prestados no período da recuperação judicial, em caso de falência do empregador, não estarão sujeitos à classificação como crédito concursal nos termos do art. 83, I, mas serão integralmente considerados créditos extraconcursais nos termos deste inciso V do art. 84.
>
> (...) **(SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. Coordenação Francisco Sátiro de Souza Júnior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007, págs. 374/375)**

Importante assinalar, contudo, que os créditos não negociais (originados de obrigações *ex lege*, tais como os créditos tributários) não são, por sua vez, alcançados pela citada benesse legal, que se restringe aos credores que figurarem como efetivos colaboradores da recuperação judicial, assumindo, por vontade própria, o risco do eventual insucesso do soerguimento empresarial pretendido.

Nesse diapasão, deve-se privilegiar os trabalhadores (e os profissionais liberais a eles equiparados), os investidores e os fornecedores de capital, bens e serviços que, durante a crise econômico-financeira, assumiram os riscos e proveram a recuperanda, viabilizando a continuidade de sua atividade

empresarial, sempre tendo em mente que a notícia da crise acarreta inadvertidamente a retração do mercado para a sociedade em declínio.

O referido benefício legal, além de trazer segurança jurídica a esses agentes econômicos, confere maior operabilidade, celeridade e eficiência à recuperação judicial. Caso contrário, não haverá quem queira celebrar contrato ou continuar fornecendo bens ou serviços à recuperanda.

4. De outra parte, embora sabido que a crise econômico-financeira da atividade empresarial costuma apresentar sinais de sua existência antes da formalização do pedido de recuperação judicial, certo é que a Lei n. 11.101/2005 estipulou um marco temporal para que seja reconhecida a extraconcursalidade dos créditos: *o nascimento da obrigação (ou a prática do ato jurídico válido) durante a recuperação judicial*.

Consoante já assentado nesta Quarta Turma, "*a expressão 'durante a recuperação judicial', gravada nos arts. 67, caput, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange* ***o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência****, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47)*" (*REsp 1.399.853/SC*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10.2.2015, DJe 13.3.2015).

No mesmo diapasão:

> Conflito de competência. Recuperação judicial. Execução trabalhista. Prosseguimento. Atos de constrição. Competência do Juízo da recuperação judicial.
>
> (...)
>
> 2. *Classificam-se como extraconcursais os créditos de obrigações que se originaram após o deferimento do processamento da recuperação, prevalecendo estes sobre os créditos concursais, de acordo com os arts. 83 e 84 da Lei n. 11.101/2005.*
>
> 3. Segundo a jurisprudência desta Corte, como forma de preservar tanto o direito creditório quanto a viabilidade do plano de recuperação judicial, a execução de créditos trabalhistas constituídos depois do pedido de recuperação judicial deve prosseguir no Juízo universal.
>
> 4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Blumenau/SC. (*CC 145.027/SC*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 24.8.2016, DJe 31.8.2016)

> Direito Falimentar. Recurso especial. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/STF. Classificação de créditos. Atos jurídicos praticados depois de deferido o processamento da recuperação judicial. Pedido de autofalência formulado em momento anterior à apresentação do plano de reerguimento da empresa. Reconhecimento da natureza extraconcursal dos créditos. Artigos analisados: 47, 52, 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005.
>
> (...)
>
> 2- Controvérsia que se cinge em definir se podem ser classificados como extraconcursais créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a data da protocolização do pedido de processamento da recuperação judicial e a data do pedido de falência.
>
> (...)
>
> 4- O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento. É ele que confere, também, publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade.
>
> 5- Ainda que a recuperação judicial se mostre inviável e, por qualquer motivo, seja convolada em falência, como no particular, é salutar reconhecer que quem negociou com o devedor a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise - data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial - colaborou sobremaneira com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deve ocupar uma posição privilegiada na fila de credores.
>
> 6- Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado.
>
> 7- Recurso especial parcialmente provido. (*REsp 1.398.092/SC*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.5.2014, DJe 19.5.2014)

Tal exegese decorre, notadamente, da constatação de que a prolação do referido ato judicial (artigo 52 da Lei n. 11.101/2005) deflagra a publicização da situação de crise da sociedade empresária (ou empresário), que, em todos os atos, contratos e documentos firmados, será obrigada a acrescer, após o nome empresarial, a expressão "em recuperação judicial". A partir de então (deferimento do processamento da recuperação judicial), configurada a notoriedade do colapso empresarial da recuperanda, justificar-se-á a incidência do benefício da extraconcursalidade dos créditos dos trabalhadores e contratantes que, consciente e concretamente, assumiram risco em prol da reestruturação da atividade econômica.

Com efeito, é no bojo do referido ato judicial que ocorre a nomeação do administrador judicial, auxiliar do juízo da recuperação, que tem o dever geral de fiscalização das atividades do devedor e de qualquer ato (inclusive de endividamento) que interesse ao regular andamento da reestruturação da empresa (artigos 19, 22, inciso II, alínea "a", 52, inciso I, e 64, *caput*, da Lei n. 11.101/2005).

Em verdade, a inibição de condutas fraudulentas, prejudiciais aos reais credores da massa, é preocupação recorrente de todos aqueles que atuam com processos falimentares, sendo inclusive objeto de destaque pela doutrina especializada, que assim pontua:

> Se tal estímulo é fundamental para o êxito da recuperação, por outro lado, é preciso cuidar para que não se torne veículo para fraudes ou abusos por parte do devedor que, por meio da assunção de novas obrigações, pode modificar a ordem de preferência dos créditos. Veja-se que os créditos extraconcursais precedem a todos os demais créditos, inclusive os trabalhistas e os com garantia real (art. 84), o que torna imprescindível a rigorosa fiscalização dos atos assim praticados pelo devedor, especialmente por parte do administrador judicial e do comitê de credores, órgãos a quem incumbe esse papel. Tal fiscalização é relevante porque o devedor é livre para assumir obrigações na fase de recuperação, salvo se tais obrigações implicarem a oneração de bens de seu ativo permanente, para o que se exige a prévia autorização do juiz (art. 66). Como se viu nos comentários ao art. 66, supra, a restrição nele prevista não impede o devedor de assumir empréstimos de valor vultoso na fase de recuperação, oferecendo como garantia, por exemplo, o penhor de seus direitos creditórios (recebíveis). Daí a relevância de o administrador judicial e de os credores, por meio do comitê de credores, assumirem uma postura ativa na monitoração e fiscalização da administração conduzida pelo devedor em recuperação. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005*. Coordenação Francisco Sátiro de Souza Júnior e, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2005, p. 317)

Desse modo, a partir da nomeação do administrador judicial (no bojo da decisão de processamento da recuperação judicial), os atos de endividamento do devedor ficam diretamente submetidos a sua fiscalização, sendo certo que, em caso de comprovação de fraude, dolo ou simulação, incumbirá ao juiz declarar a ineficácia da classificação do crédito como extraconcursal, não obstante as demais sanções previstas em lei (inclusive criminais), além da destituição do devedor/administrador.

5. Diante deste quadro, releva definir qual o significado das expressões "créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor" ou "obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados" durante a recuperação judicial, para fins de aferição da extraconcursalidade prevista nos artigos 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005.

No tocante a crédito decorrente de responsabilidade civil extracontratual (dano moral advindo da veiculação de matéria jornalística), a Quarta Turma, no âmbito do julgamento do Recurso Especial 1.447.918/SP, firmou o entendimento de que, ocorrido o evento danoso gerador da obrigação de indenizar antes da recuperação judicial, o respectivo crédito deve integrar o plano de recuperação, nos termos do *caput* do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005 (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 7.4.2016, DJe 16.5.2016). Consoante se infere do referido precedente, o crédito decorrente de obrigação de indenizar surgida antes da recuperação judicial submeter-se-á, em caso de falência, ao concurso geral de credores, ainda que a constituição do crédito tenha se dado em momento posterior, com a prolação de sentença condenatória.

O referido julgado encontra-se assim ementado:

> Recurso especial. Recuperação judicial. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Discussão sobre inclusão de crédito em plano de recuperação judicial. Ação de indenização por danos morais. "Demanda ilíquida". Aplicação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005. Crédito referente à ação indenizatória. Obrigação existente antes do pedido de soerguimento. Inclusão no plano de recuperação. Violação ao art. 59 da Lei n. 11.101/2005. Recurso provido.
>
> (...)
>
> 2. No caso, verifica-se que a controvérsia principal está em definir se o crédito decorrente de sentença condenatória, proferida em autos de ação indenizatória ajuizada antes do pedido de soerguimento, submete-se, ou não, aos efeitos da recuperação judicial em curso.
>
> 3. A ação na qual se busca indenização por danos morais - caso dos autos - é tida por "demanda ilíquida", pois cabe ao magistrado avaliar a existência do evento danoso, bem como determinar a extensão e o valor da reparação para o caso concreto.
>
> 4. Tratando-se, portanto, de demanda cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir perante o juízo na qual foi proposta, após o qual, sendo determinado o valor do crédito, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação judicial. Interpretação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005.

5. Segundo o *caput* do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

6. A situação dos autos demonstra que o evento danoso, que deu origem ao crédito discutido, bem como a sentença que reconheceu a existência de dano moral indenizável e dimensionou o montante da reparação, ocorreram antes do pedido de recuperação judicial.

7. Na hipótese de crédito decorrente de responsabilidade civil, oriundo de fato preexistente ao momento da recuperação judicial, é necessária a sua habilitação e inclusão no plano de recuperação da sociedade devedora.

8. Recurso especial provido. (*REsp 1.447.918/SP*)

Por outro lado, em se tratando de obrigações contratuais, a jurisprudência desta Corte não se revela tão explícita, tendo, até o momento, à luz dos casos concretos, limitado-se a afirmar, genericamente, que os negócios jurídicos formalizados após o deferimento do processamento da recuperação judicial são extraconcursais. Confiram-se as ementas dos seguintes julgados:

Direito Falimentar e recuperação judicial. Recurso especial. *Créditos relativos a negócios jurídicos formalizados após o momento em que deferido o processamento da recuperação* (LF, art. 52). Natureza extraconcursal (LF, arts. 67, *caput*, e 84, V). Princípio da preservação da empresa (LF, art. 47). Prevalência. Recurso improvido.

(...)

2. A expressão "durante a recuperação judicial", gravada nos arts. 67, *caput*, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47).

3. Recurso especial a que se dá provimento. (*REsp 1.399.853/SC*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10.2.2015, DJe 13.3.2015)

Direito Falimentar. Recurso especial. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/STF. Classificação de créditos. *Atos jurídicos praticados depois de deferido o processamento da recuperação judicial*. Pedido de autofalência formulado em momento anterior à apresentação do plano de reerguimento da empresa. Reconhecimento da natureza extraconcursal dos créditos. Artigos analisados: 47, 52, 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005.

(...)

> 2- Controvérsia que se cinge em definir se podem ser classificados como extraconcursais *créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a data da protocolização do pedido de processamento da recuperação judicial e a data do pedido de falência*.
>
> (...)
>
> 4- O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento. É ele que confere, também, publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade.
>
> 5- Ainda que a recuperação judicial se mostre inviável e, por qualquer motivo, seja convolada em falência, como no particular, é salutar reconhecer que *quem negociou com o devedor a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise - data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial - colaborou sobremaneira com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deve ocupar uma posição privilegiada na fila de credores.*
>
> 6- Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado.
>
> 7- Recurso especial parcialmente provido. (*REsp 1.398.092/SC*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.5.2014, DJe 19.5.2014)

A meu ver, contudo, tendo em vista o imperativo da interpretação consentânea com o intuito de fomentar a continuidade da atividade empresarial, quando se tratar de crédito decorrente de contrato de execução continuada ou periódica, a data da celebração deste (verbal ou escrito) não pode ser considerada, por si só, como fato jurídico deflagrador da incidência ou não do benefício legal em comento.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald bem elucidam a distinção entre contratos instantâneos, contratos de duração e contratos de execução escalonada:

> Relativamente ao modo de sua realização temporal, estabelece-se a classificação dos contratos em instantâneos e de duração.
>
> O contrato instantâneo ou de execução única é aquele cuja prestação se executa em um só momento, com a extinção da obrigação principal mediante a efetivação de um único ato hábil para satisfação do interesse do credor.
>
> Os contratos instantâneos se dividem em: a) instantâneos de execução imediata; b) instantâneos de execução diferida. No primeiro caso, a execução se dá ato contínuo à contratação. É o caso da compra e venda, quando não realizada

a crédito (art. 491, CC). O comprador paga o preço e o vendedor entrega a coisa. Já na execução diferida, o cumprimento da obrigação ocorre algum tempo depois da contratação, mas também em um único momento. Em regra, a execução será protraída em função do estabelecimento de um termo. O negócio jurídico é válido, o credor já é titular de direito subjetivo ao crédito, mas a exigibilidade da obrigação é sustida até a verificação do evento futuro e certo (art. 132, CC).

Com espeque em ALMEIDA COSTA, em todos os restantes casos, quando não se circunscreve a uma atividade ou à inatividade momentânea do devedor, antes se trate de um comportamento positivo ou negativo que se distenda no tempo, surgirá o contrato duradouro. O traço essencial destes contratos é a distribuição da execução no tempo. A duração constitui elemento substancial de determinação das prestações. As duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas em intervalos estipulados, por tempo determinado ou indeterminado.

Os contratos de duração se dividem em contratos de execução periódica e de execução continuada. Nestes a obrigação se prolonga no tempo, sem interrupção (*v.g.* contrato de sociedade, de trabalho). A outro turno, os contratos de execução periódica (ou de trato sucessivo) se caracterizam pela efetivação das prestações em repetições periódicas, tal como no fornecimento de serviços (energia, água, telefone), com ou sem regularidade exata. Vejamos a locação: uma só relação obrigacional com diversas prestações repetidas e regularmente satisfeitas. Mas em um contrato de prestação de serviços de manutenção de computadores, o prestador só atuará circunstancialmente, conforme a necessidade do cliente. Não deixa de ser um contrato de trato sucessivo, porém sem regularidade exata.

Em comum a ambas as espécies - periódica e continuada -, é a sua própria natureza que ditará a inserção de um certo contrato na classe dos de duração, jamais um artificialismo legiferante. Nos exemplos acima citados será impraticável a execução das obrigações em um só momento.

O contrato de duração sobrevive com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato. O que a caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce.

Portanto, no contrato de duração, o tempo se insere na causa do negócio, afinal o interesse do credor pede a satisfação de uma necessidade contínua. Ora, não se incluirá nesta categoria o contrato de execução diferida, pois nela o tempo apenas delimita os momentos da contratação e do ato do adimplemento. No contrato de duração, o adimplemento é protraído no tempo, ele não é um ato singelo, mas um processo retroalimentado enquanto persevera o interesse.

Com base em tal raciocínio, há espaço para um *tertium genus*. Lateralmente aos contratos instantâneos e aos de duração, se situam os contratos de execução escalonada. Basta cogitarmos de uma compra e venda fracionada em 5 prestações mensais. As partes optaram por excepcionar a regra da indivisibilidade

> do pagamento (art. 314, CC) mediante aceitação de pagamento parcial. O ato de autonomia converteu um contrato originariamente de execução única em uma nova categoria. (*Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 273/274)

Deveras, sobressaindo a autonomia dos atos singulares de execução nos contratos de duração, a inferência de que a classificação da extraconcursalidade do crédito vincula-se à data da formalização da avença não guarda coerência com o objetivo primordial do instituto da recuperação judicial, isto é, o restabelecimento da força econômica e produtiva em declínio.

É o que se extrai, inclusive, do parágrafo único do artigo 67 da Lei n. 11.101/2005, que estimula os contratantes anteriores (titulares de créditos quirografários) a continuarem a fornecer bens ou serviços após o processamento da recuperação judicial, passando, assim, a ostentar direito a créditos extraconcursais, além de terem os créditos anteriores ao pedido reclassificados para a categoria de privilégio geral na exata proporção dos bens ou serviços fornecidos durante a recuperação. Analisando o dispositivo, depreende-se inexistir obrigatoriedade de formalização de novos contratos, mas, sim, que o cumprimento do objeto do pacto (prestação permanente de serviços ou fornecimento periódico de bens ou serviços) seja mantido mesmo após a recuperação judicial.

O mesmo ocorre com os créditos pertencentes aos trabalhadores (cuja prestação de serviço é objeto de contrato de execução continuada), os quais prescindem de nova contratação, após o deferimento do processamento da recuperação judicial, para serem enquadrados na classe de extraconcursais. O momento da prestação do serviço é que deve ser sopesado para que o credor faça jus à benesse instituída pelos artigos 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005.

A eminente Ministra Maria Isabel Gallotti já prenunciou tal entendimento ao proferir voto no âmbito do julgamento do Recurso Especial 1.447.918 (anteriormente citado):

> No meu entender, o que significa a lei com "crédito existente" não é a data da sentença que estabeleceu o crédito e nem a data do ajuizamento da ação. *Penso que direito trabalhista é constituído com o trabalho*, ele é apenas declarado com a sentença.
>
> (...) eventualmente, pode haver um trabalhador que continue trabalhando para a empresa em recuperação, e aí os salários anteriores ao pedido de recuperação, a meu ver, têm que integrar o plano, mas os salários pertinentes ao

> trabalho feito após o pedido de recuperação, esses, sim, estariam fora do pedido de recuperação.

Nessa linha de raciocínio, impende transcrever, outrossim, os seguintes exemplos extraídos da doutrina:

> Uma importante inovação da Lei encontra-se no parágrafo único do art. 67 que transforma os créditos quirografários de fornecedores de bens ou serviços anteriores ao pedido de recuperação em créditos com privilégio geral, no caso de decretação da falência, desde que esses fornecedores continuem a prover bens ou serviços ao devedor durante o processo de recuperação, observando-se como limite o valor dos bens ou serviços assim fornecidos.
>
> *Dessa forma, procura-se estimular a continuidade de fornecimento de bens e serviços: os créditos decorrentes de fornecimento ocorrido durante a recuperação são extraconcursais* e, até o valor total destes, *os créditos relativos a fornecimentos realizados antes do pedido são transformados de quirografários em créditos com privilégio geral*. O estímulo, porém, pode não ser suficiente, na medida em que, observada a classificação dos créditos (art. 83), dificilmente, os créditos com privilégio geral são satisfeitos no procedimento falimentar. Para conceder um estímulo mais efetivo, a lei deveria transformar os créditos iniciais de tais fornecedores em uma classe com maior prioridade na ordem de classificação, como por exemplo a categoria dos créditos extraconcursais.
>
> (...)
>
> *É possível que os créditos trabalhistas sejam classificados no processo de falência em 3 diferentes categorias, de acordo com a época em que os serviços foram prestados*: i) *serão concursais*, com privilégio limitado a 150 salários mínimos *os créditos referentes a serviços prestados antes da decretação da quebra, mas fora do regime de recuperação judicial* (art. 83, I); ii) *serão extraconcursais*, mas recebendo, após todos os demais créditos extraconcursais, mais privilegiados, *aqueles decorrentes de serviços prestados antes da decretação da falência mas durante o regime de recuperação judicial* (art. 84, V); e iii) *serão extraconcursais*, com prioridade sobre os demais créditos extraconcursais que não os da mesma classe, *os créditos relativos a serviços prestados após a decretação da falência* (art. 84, I). (MUNHOZ, Eduardo Secchi e SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de. *Op.cit*, pp. 318 e 375)

Desse modo, em regra, independentemente da data da celebração do contrato de execução continuada ou de execução periódica, a extraconcursalidade deve ser atribuída aos créditos decorrentes do fornecimento de bens ou da prestação de serviços ocorridos após o deferimento do processamento da recuperação judicial.

6. No caso ora em julgamento, o acórdão recorrido classificou como extraconcursal o crédito de 558.381,65 (quinhentos e cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e um reais e sessenta e cinco centavos), correspondente aos honorários advocatícios devidos à sociedade de advogados contratada para propor e acompanhar a recuperação judicial posteriormente convolada em falência.

Consoante incontroverso nos autos, a recuperação judicial foi ajuizada pela sociedade de advogados em *16.8.2005*, tendo sido deferido seu processamento em *18.8.2005*, e decretada a falência da sociedade recuperanda em *6.7.2007*, por não ter sido cumprido o plano de reestruturação aprovado pela assembleia geral de credores.

Em *9.8.2005*, foi outorgada procuração aos advogados do escritório de advocacia recorrido para o ajuizamento do pedido de recuperação judicial (fl. 215). Por sua vez, apenas em *30.8.2005* (após o deferimento do processamento da recuperação judicial), foi formalizada proposta entre a recuperanda e a sociedade de advogados para prestação de serviços advocatícios diretamente relacionados à recuperação judicial (fls. 92/93).

Na ocasião, enumeraram-se os serviços que seriam prestados pela sociedade de advogados: *(i)* propositura do pedido de recuperação judicial e representação processual em todos os seus incidentes; *(ii)* assessoria jurídica na elaboração do plano de reestruturação; *(iii)* participação nas negociações com os credores, nas reuniões do comitê e nas assembleias; e *(iv)* representação judicial da recuperanda nos requerimentos de falência até a data da assinatura do contrato de prestação de serviços advocatícios.

Na sequência, foram ajustados os seguintes honorários advocatícios: *(i)* honorários iniciais de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) devidos na aceitação da proposta, já ocorrido o pagamento de R$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais); *(ii)* honorários intermediários de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) devidos em virtude do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial; *(iii)* honorários de manutenção de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) devidos anualmente a partir do primeiro aniversário do contrato e até a prolação da sentença de encerramento da recuperação judicial; e *(iv)* honorários de êxito de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) devidos se e quando proferida a decisão concessiva da recuperação judicial.

Com efeito, malgrado a formalização da contratação tenha mesmo ocorrido após o deferimento do processamento da recuperação judicial, é certo

que o pacto atinente à prestação do serviço advocatício foi estabelecido antes de tal marco, pois propiciou o próprio ingresso do pedido em juízo. Na espécie, o documento escrito tão somente teve o condão de representar um acontecimento ocorrido no passado, qual seja, a celebração de negócio jurídico informal (não solene) entre as partes.

Nada obstante, cuidando-se de contrato de evidente execução continuada (estabelecendo prestação de serviços jurídicos até o encerramento da recuperação judicial), deve-se abstrair o fato de ter sido verbalmente pactuado antes do marco temporal reconhecido pela jurisprudência. É que grande parte da assessoria advocatícia contratada foi efetivamente prestada após o deferimento do processamento da recuperação.

Ademais, não se pode olvidar que a atuação do advogado é imprescindível para garantir o acesso do empresário ou da sociedade empresária à recuperação judicial. Nessa perspectiva, à luz do princípio da preservação da empresa, deve-se prestigiar a conduta do advogado (ou sociedade de advogados) que, ciente da crise econômica e financeira que acomete a recuperanda, empreende esforços concretos voltados à reestruturação da atividade empresarial, mediante a elaboração e o ingresso do pedido de recuperação judicial, além da prestação de serviços jurídicos até o seu encerramento com a decretação da falência.

Em relação a tal credor, revela-se despicienda a consideração da data do deferimento do processamento da recuperação judicial, pois, muito antes, já lhe era notória a situação de colapso empresarial, motivo pelo qual se prontificou a auxiliar a sociedade empresária em obter o instrumento judicial voltado à reestruturação da atividade econômica em crise.

Exegese em sentido contrário poderá vir a dificultar que os empresários ou sociedades empresárias em crise encontrem profissionais qualificados dispostos a prestar serviços jurídicos de alto grau de complexidade, como são os voltados à obtenção da recuperação judicial, frustrando-se, assim, os relevantes propósitos socioeconômicos almejados.

Ademais, à luz do princípio geral da presunção de boa-fé, cabia a qualquer um dos credores, à massa falida ou ao administrador judicial aventar a eventual má-fé do prestador do serviço, o que não ocorreu.

Com efeito, no âmbito da falência, quando da apresentação do crédito pelo escritório de advocacia (relativo à prestação de serviços consubstanciados no ingresso do pedido da recuperação e respectivo acompanhamento), o administrador judicial classificou-o como extraconcursal, sem invocar qualquer

irregularidade. O credor que apresentou a impugnação também não suscitou a falta de prestação dos serviços ou o excesso da verba honorária estipulada, limitando-se a aludir à data da contratação para justificar a reclassificação do crédito. A presunção de boa-fé não foi, portanto, ilidida.

Outrossim, importante assinalar a consonância dos honorários contratados com o parâmetro mínimo estipulado pela Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo (2% a 6% do passivo privilegiado e quirografário, o qual alcançava, à época, montante superior a R$ 17.000.000,00 - dezessete milhões de reais - consoante se extrai da lista do administrador judicial constante do link http://rmilani.com.br/Downloads/Falencias/2853/02853-00000-00001pet088%20adequação%20da%20lista%20do%20administrador%20judicial-%20art%207º,%20§%202º.pdf).

Consequentemente, não merece reparo o acórdão estadual.

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

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, tendo em vista que fiquei vencida no julgamento do REsp n. 1.399.853, coerente, portanto, com o entendimento majoritário da Turma e que é o entendimento também da Segunda Seção e da Terceira Turma.

RECURSO ESPECIAL N. 1.377.697-AM (2009/0171302-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi
Recorrente: Verbatim Ltd S/A
Advogado: Diógenes Mendes Gonçalves Neto e outro(s) - SP139120
Recorrido: DPC Empreendimentos Industriais Ltda
Advogados: Clemente Augusto Gomes - AM000438
João Batista de Almeida e outro(s) - DF002067
Leonardo Sampaio de Almeida e outro(s)
Felipe Teixeira Vieira e outro(s) - DF031718

EMENTA

Recurso especial. Ação de dissolução de sociedade ou apuração de haveres. Quebra da a*ffectio societatis* em virtude do rompimento unilateral de acordo de associação (*joint venture*). Tribunal *a quo* que julgou improcedente o pedido veiculado na inicial face a ausência de comprovação dos fatos alegados pela autora que corroborariam a perda de confiança entre as sócias, bem como em virtude do princípio da preservação da empresa.

Irresignação da sócia retirante.

Hipótese: A controvérsia diz respeito à verificação da possibilidade de dissolução total ou parcial com apuração de haveres, de sociedade por tempo indeterminado, criada por força de acordo de associação "joint venture" firmado para a exploração do comércio brasileiro de disquetes, ante o rompimento da *affectio societatis* e a inviabilidade da continuação do objeto social da empresa.

1. É incontroversa a quebra da *affectio societatis*, pois a ruptura unilateral do "acordo de associação" (*joint venture*) levada a efeito pela notificação datada de 18.2.1991, foi considerada absolutamente lícita, legítima e eficaz por força de decisão judicial já transitada em julgado.

2. A orientação exarada pelas instâncias ordinárias ao julgarem improcedentes os pedidos de apuração de haveres e/ou dissolução total da sociedade, violaram o disposto nos artigos 335 e 338 do Código Comercial e 1.399 do Código Civil/1916, vigentes à época, visto que inviabilizaram, por completo, a retirada de sócio e a dissolução de sociedade por tempo indeterminado, obrigando a que esses permanecessem infinitamente vinculados por um liame subjetivo criado por decorrência de ficção meramente jurídica, que não possui lastro nas circunstâncias fáticas atinentes à presente demanda, bem ainda, em face de todas as disputas contenciosas havidas entre as partes integrantes do referido acordo de associação.

3. A jurisprudência desta Corte Superior, analisando casos similares sob a perspectiva de preservação da empresa em decorrência de sua inquestionável função social, tem entendimento no sentido de que a oposição da maioria, interessada em preservar a empresa,

prevaleceria a despeito da vontade unilateral do sócio, convertendo-se a dissolução total em processo de apuração de haveres (dissolução parcial), com o pagamento, ao sócio retirante, do valor da sua quota.

4. Entretanto, considerando as peculiaridades da demanda ora em análise, afigura-se inviável a singela determinação de retirada de sócio e a consequente dissolução parcial da sociedade com amparo no princípio da preservação da empresa, pois somente a dissolução total terá o condão de atender aos interesses das partes, às deliberações judiciais já tornadas imutáveis, aos fins do extinto acordo de associação e aos ditames do ordenamento jurídico pátrio, pois: *i)* no longínquo ano de 1991, a sócia majoritária permaneceu inerte na promoção da modificação do estatuto social e apuração de haveres devidos à então sócia retirante, bem como à busca de outro parceiro comercial que pudesse viabilizar a manutenção da sociedade com outro objeto social; *ii)* desde a notificação datada de 18.2.1991 foi revogada a licença para o uso das marcas que veiculavam o próprio objeto social da empresa, tendo ainda sido inviabilizada a utilização da expressão marcária na denominação social; *iii)* está completamente esvaziada a razão da existência da sociedade, criada que foi para viabilizar o acordo de associação (*joint venture*) antes existente entre as partes; *iv)* a empresa "irmã", parceira comercial criada para comercializar os produtos fabricados pela sociedade objeto da presente controvérsia, foi extinta/dissolvida totalmente, por força de determinação judicial transitada em julgado no ano de 1994; *v)* a manutenção da empresa de maneira apenas formal, ao contrário de servir aos propósitos da função social enseja uma violação aos ditames da ordem econômica, legal e social.

5. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido veiculado na demanda, determinando a dissolução total da sociedade.

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 (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 21.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Verbatim Ltd. S/A (VLTD)*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Depreende-se dos autos que a ora recorrente, companhia panamenha, ajuizou, em abril de 1991, ação de apuração de haveres ou dissolução total da sociedade Verbatim do Amazonas Industrial Ltda (VDA) em face de *DPC Empreendimentos Industriais Ltda (DPC).*

Aduziu, na petição inicial de fls. 47-73 que, em 1982, celebrou "Acordo de Associação" (*joint venture*) com *Verbatim Corporation (Verbatim)*, sociedade norte-americana, e *DPC Empreendimentos Industriais Ltda. (DPC)*, objetivando fabricar e vender no Brasil, bem como exportar para países estrangeiros, disquetes e demais mídias de armazenamento de dados sob as marcas "Verbatim" e "Datalife", utilizando a tecnologia e direitos de propriedade industrial detidos pela VERBATIM. Para viabilizar o "Acordo de Associação", duas novas empresas foram criadas, a saber: i) *Verbatim do Amazonas Industrial Ltda. ("VDA")*, com sede em Manaus, para a fabricação dos disquetes, cabendo à DPC 51% das cotas e 49% à VLTD; e, ii) *Verbatim Comercial Ltda. ("VCL")*, com sede na cidade de São Paulo, para comercialização dos disquetes, cabendo 51% das cotas à VLTD e 49% delas à DPC.

A sociedade VDA foi administrada normalmente nos termos do ato constitutivo, porém, a partir de 1987, o clima de colaboração efetiva e igualitária, bem como a indispensável confiança e harmonia que deve nortear a gestão da companhia sofreu abalo (quebra da *affectio societatis*), porquanto "*o descumprimento de obrigações sociais, a prática de atos e omissões da sócia DPC-*

Empreendimentos Industriais Ltda., a recusa desta de promover, em igualdade de proporções, o ingresso dos recursos necessários reclamados pela sociedade, suas renitentes rejeições em aceitar as propostas conciliatórias da Autora para o superamento das dificuldades econômico-financeiras da Verbatim do Amazonas Industrial Ltda. causadas pela insuficiência do capital, além de contribuintes com comprometimento do equilíbrio e da própria sobrevivência da sociedade, acabaram por gerar insuperáveis divergências entre os sócios que impossibilitam a continuidade dos negócios sociais" (fls. 54).

Em 18.2.1991, VLTD notificou DPC acerca do encerramento do Acordo de Associação, e consequentemente da resilição de todos os contratos dele decorrentes, inclusive sua participação na VDA e VCL.

Alega que a notificação, dentre outras disposições, conferia à DPC o prazo de 10 (dez) dias para assinar a alteração do contrato social dispondo sobre a *imediata dissolução total da sociedade VDA*, com a nomeação do liquidante *ou*, alternativamente, da *apuração dos haveres de VLTD* junto à sociedade VDA. No último caso, DPC ficava notificada a: *i)* proceder à avaliação das cotas da autora de acordo com a cláusula 10 do contrato social, dentro de 30 dias, ficando, para tal fim, indicada a firma de auditoria Price Waterhouse Auditores Independentes; *ii)* realizar o pagamento do reembolso das cotas da autora, nos termos do § único da cláusula 10 do contrato social e; *iii)* eliminar, sob pena de responsabilidade civil e criminal, a palavra "Verbatim" da denominação social.

Decorrido o prazo concedido à DPC pela notificação, esta se quedou inerte, dando azo ao ajuizamento da presente demanda, no qual pleiteia a acionante VLTD, nos termos do artigo 289 do CPC/1973 e em ordem sucessiva, a apuração de seus haveres com o pedido de dissolução total na hipótese de existir discordância da ré para com a retirada da autora da sociedade ou manifestando a DPC a intenção de não prosseguir com a empresa venha o juízo a declarar dissolvida a VLTD.

Contestado o feito, adveio a sentença de fls. 402-412, datada de 25.6.1991, na qual o magistrado *a quo* afastou as preliminares arguidas pela ré acerca da litigância de má-fé, inépcia da petição inicial, ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e, no mérito, afirmando que as sociedades por tempo indeterminado reputam-se dissolvidas por vontade de um dos sócios, julgou procedente o pedido de dissolução da empresa *Verbatim do Amazonas Industrial Ltda*, nomeando liquidante para realizar o inventário dos bens e fazer o balanço da sociedade.

Irresignada, a ré interpôs apelação (fls. 415-425) e o Tribunal Amazonense anulou a sentença ante a ocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide (fls. 458-468), tendo ainda rejeitado posteriores aclaratórios nos termos do acórdão de fls. 483-485.

Seguiu-se recurso especial (fls. 487-511) que, inadmitido pela decisão de fls. 541, deu ensejo ao AG n. 314.217, provido a fim de determinar a subida do reclamo, cujo julgamento foi relatado pelo então Ministro Barros Monteiro, tendo o colegiado da Quarta Turma não conhecido do recurso, mantendo, por conseguinte, a deliberação do Tribunal *a quo* pela cassação da sentença ante a ocorrência de cerceamento de defesa face a negativa de realização de prova pericial considerada imprescindível, porquanto, para a dissolução da sociedade por vontade unilateral (art. 335, § 5º do Código Comercial), seria necessária a demonstração de justo motivo para a quebra do vínculo social pelo sócio que pretende a dissolução da empresa.

Os autos retornaram à instância ordinária para a fase instrutória, tendo sido prolatada, no ano de 1997, nova sentença às fls. 1.261-1.275 que, desta feita, julgou improcedente o pedido de apuração de haveres com pleito sucessivo de dissolução total da sociedade, sob a seguinte assertiva:

> Com a anulação da sentença prolatada pelo Juiz à época presidente do feito, e a consequente realização de uma perícia técnica, os fatores ensejadores do presente feito não ficaram devidamente configurados nos autos (...)
>
> O conjunto probatório dos autos, me conduz ao entendimento de que os fatos motivadores da presente demanda, não são exatamente os argumentos constantes na petição inicial, até porque as provas trazidas aos autos não são convincentes. O que na realidade se configura nos autos, é que não mais interessa à Requerente a manutenção da sociedade com a Requerida, face à queda da alíquota de importação, o que além de prejudicar o pólo industrial da Zona Franca de Manaus, beneficia o capital estrangeiro que se utiliza de empresas subsidiárias mais próximos da massa consumidora do País o que possibilita lucros mais interessantes (...)
>
> Diante dessas notícias estampadas em periódico merecedor de credibilidade e que não foram contestadas pela Requerente, encontra-se devidamente configurada nos autos a verdadeira intenção desta em liquidar a sociedade para, ao invés de investir na fabricação dos produtos que comercializa, aplicando o capital estrangeiro no Brasil com a geração de empregos e recolhimento de tributos, importando os produtos diretamente do exterior aproveitando a alíquota de importação que se encontra em baixa devido à política do Governo Federal, com a utilização da marca VERBATIM, visualizando mais lucros com menos custos.

> Pelo exposto, considerando tudo o mais que dos autos conta, e abraçando a dogmática comercialista que atende aos reclamos da sociedade industrializada dos nossos dias em relação à defasagem do regramento do direito comercial ao longo do tempo de sua constituição, no que deve prevalecer o princípio da preservação da empresa sobre motivos que não justificam sua dissolução (...)

Interposto o competente recurso de apelação (fls. 1.309-1.361), o Tribunal amazonense negou provimento ao reclamo nos termos da seguinte ementa:

> Direito Comercial. Pedido sucessivo de apuração da sociedade. Matéria já exaurida pela sentença. Alegação de *ultra petita* não configurada. Decisão prolatada em sintonia com a lei e a prova dos autos. Apelação improvida.

Opostos embargos de declaração pela autora (fls. 1.401-1.429), esses foram rejeitados nos termos do acórdão de fls. 1.431-1.433.

Contra tal acórdão interpôs a parte o recurso especial de fls. 1.435-1.494, que recebeu nesta Corte Superior o n. 468.152, distribuído à relatoria do Ministro Barros Monteiro, por prevenção ao AG 261.462, cuja relatoria depois passou ao Ministro Massami Uyeda, que restou vencido no colegiado ante o provimento ao recurso especial em face do acolhimento da negativa de prestação jurisdicional, nos termos do voto vencedor do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão, haja vista que "o Tribunal de Justiça amazonense deveria ter explicitado melhor a fundamentação da sua decisão de manutenção do decreto de improcedência prolatado na primeira instância".

Com o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, ante o novo julgamento dos embargos de declaração, foi exarado o acórdão de fls. 1.945-1.968, que fora provido para sanar a omissão acerca da melhor fundamentação consoante determinado pelo STJ, conforme ementa adiante transcrita:

> Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Inexistência de omissão ou contradição. Tentativa de nova discussão sobre a controvérsia jurídica. Inadmissibilidade. Matérias já apreciadas e decididas. Coisa julgada.
>
> I - As questões processuais que envolvem a causa em tela foram assentadas, com razoável e suficiente fundamentação, embora sucinta como reconhecido pela (*sic*) voto proferido no REsp 468.152 e precedentes destacados.
>
> 2 - Do despacho que declarara válida e eficaz a perícia realizada, não recorrera a Embargante, verificando-se a ocorrência da "res judicata" e a impossibilidade de apreciar as matérias arguidas, envolvendo aspectos da referida perícia, porque atingidas estas pela preclusão.

> 3 - Discussão com o revolvimento de cláusulas contratuais, direito de propriedade de marca, questões outras a evidenciar a ostensiva tentativa de nova discussão sobre a controvérsia é inadmissível.
>
> 4 - A fundamentação sucinta, que exponha os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, não inquina a decisão de nulidade, ao contrário do que sucede com a decisão desmotivada (STJ - ESP 829.312/RS. Rel. Min. Jorge Scartezzini - 4ª T. v.u. j. 30.5.2006, DJ 26.6.2006 pag. 170: REsp 579.112/RJ. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T. v.u.j. 16.3.2004, DJ 19.9.2005, pág 330: RSTJ 198/381: REsp 198/381: 426 273/SP, Rel. Min Sávio de Figueiredo Teixeira, 4ª T m.v. j 16.6.2002, DJ 1º.7.2005, pág. 538 LEXSTJ 192/59).
>
> 5 - Embargos a que se dá provimento tão-somente para suprir a omissão, sem conferir-lhes caráter infringente.

Irresignada, a autora interpôs o presente recurso especial (fls. 1.984-2.016) no qual alega, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 335, inciso V e 336, inciso I, do Código Comercial, ambos vigentes à época dos fatos, 332 e 535, incisos I e II do CPC/1973.

Sustenta, em síntese: *a)* o direito de não ser compelida a permanecer indefinidamente como sócia de DPC na empresa Verbatim do Amazonas Industrial Ltda ("VDA"), em vista da inequívoca perda da *affectio societatis* e da notória impossibilidade de VDA exercer seu objeto social, por força da notificação encaminhada em 18.2.1991, na qual fora resilido o Acordo de Associação e consequentemente todo o relacionamento negocial havido entre as partes; *b)* as partes litigam por longínquos anos em inúmeras demandas judiciais, não havendo "a menor possibilidade de virem a ter novo relacionamento, seja continuando as atividades em VDA, seja em qualquer outra empresa". (fls. 1.988); *c)* possibilidade da sociedade por tempo ilimitado, nos termos do Código Comercial vigente à época dos fatos, ser dissolvida parcialmente em decorrência da vontade de um dos sócios, bem ainda totalmente caso inviabilizada de alcançar/promover o seu objeto social; *d)* inexistir nos autos qualquer lastro apto a ensejar a presunção do "implícito" desejo de DPC continuar com a sociedade em VDA, em detrimento de prova documental com expressa declaração de DPC para encerrar a relação societária existente na Verbatim do Amazonas (VDA); *e)* subsidiariamente, negativa de prestação jurisdicional em razão de haver argumentos de VLTD, veiculados em apelação e reiterados em embargos de declaração, que não foram analisados/decididos.

Contrarrazões às fls. 2.073-2.084.

Inadmitido o recurso na origem, adveio o Agravo de Instrumento n. 1.195.956, ao qual o então relator Ministro João Otávio de Noronha negou provimento nos termos da decisão de fls. 2.190.

Opostos embargos de declaração (fls. 2.193-2.197), este signatário, tendo em vista os relevantes argumentos declinados pela parte reconsiderou a decisão anterior (fls. 2.224-2.225) e determinou a conversão dos autos em recurso especial.

Às fls. 2.239-2.244 (Petição n. 00101069/2015), a recorrida DPC objetivou fosse o presente feito apensado ao do REsp n. 1.188.151/AM já julgado pelo colegiado da Quarta Turma e, inclusive, dos embargos de declaração opostos contra o acórdão.

Pela decisão de fls. 2.250-2.251 o pedido de apensamento foi rejeitado face a ausência de qualquer relação de prejudicialidade entre as demandas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A controvérsia posta a debate limita-se à verificação da possibilidade de dissolução total ou parcial, com apuração de haveres, de sociedade por tempo indeterminado (Verbatim do Amazonas Industrial Ltda - VDA), criada por força de acordo de associação "*joint venture*" firmado entre a autora VLTD, *Verbatim Corporation* e DPC para a exploração do comércio brasileiro de disquetes, ante o rompimento da *affectio societatis* e a inviabilidade da continuação do objeto social da empresa.

Não se cogita a aplicação, nos caso, dos óbices Sumulares n. 5 e 7/STJ, pois para o correto deslinde da controversia, afigura-se absolutamente desnecessário promover o reenfrentamento das provas e fatos dos autos, haja vista que todo o suporte fático-probatório encontra-se expressamente delineado nos pronunciamentos judiciais exarados pelas instâncias ordinárias, sendo realizada, apenas, a revaloração, providência sabidamente viável a esta Corte Superior, notadamente quando a matéria sobre a qual se controverte é eminentemente jurídica.

1. Preliminarmente, imprescindível referir acerca dos fatos incontroversos sobre os quais se fundamenta a presente demanda.

O acordo de associação (*joint venture*) firmado entre VLTD, *Verbatim Corporation* e DPC em 31.7.1982, objetivava, em síntese, viabilizar a fabricação e venda no Brasil de produtos das marcas "Verbatim" e "Datalife" e previu a criação de duas sociedades brasileiras: *a) Verbatim do Amazonas Industrial Ltda (VDA)*, para fabricar os artefatos com sede em Manaus/AM e com capital dividido em 51% da DPC e 49% da VLTD e, *b) Verbatim Comercial Ltda (VCL)*, para comercializar os objetos, com sede em São Paulo, e cujo capital era invertido, sendo 51% da VLTD e 49% da DPC.

Em 18.2.1991, o contrato foi considerado rompido ante a notificação de resilição encaminhada por *Verbatim Corporation* e VLTD à DPC, momento a partir do qual a detentora dos direitos de propriedade das marcas "Verbatim" e "Datalife" passou a fabricar/comercializar os produtos no Brasil diretamente.

Na referida notificação, VLTD comunicou à DPC a perda da *affectio societatis*, e a inviabilidade de manutenção das sociedades criadas em razão do acordo de associação.

Não tendo havido consensualidade extrajudicial acerca da apuração de haveres ou dissolução das sociedades criadas, interpôs a ora autora a presente demanda objetivando a dissolução parcial, com a apuração dos haveres ou a dissolução total da sociedade Verbatim do Amazonas Industrial Ltda - VDA.

Ressalte-se que, perante a justiça do Estado de São Paulo, VLTD ajuizou ação idêntica à destes autos para a dissolução da empresa VCL, empresa "irmã" de VDA e responsável pela comercialização dos disquetes produzidos por esta última, nos termos do acordo de associação.

Foi decretada a dissolução total daquela sociedade (VCL) nos termos do acórdão proferido pelo Tribunal paulista no bojo da Apelação Cível n. 223.187-2/6, que transitou em julgado.

Por oportuno, confira-se trecho elucidativo da deliberação:

> Em 31.7.1982 Mac Industrial Ltda (sucedida por DPC Empreendimentos Industriais Ltda) e Verbatim Ltda S/A constituíram sociedade de responsabilidade limitada denominada Verbatim Comercial Ltda (...) ajustando, no que interessa, que a duração seria por prazo indeterminado (cláusula 1ª, § 1º), que, se o quotista quisesse se retirar, a sociedade continuaria com os remanescentes (cláusula 8ª), e que estes teriam o direito de preferência em relação ao que quisesse vender ou transferir suas quotas. Seguiram-se várias alterações, sem mudança substancial nas cláusulas mencionadas, prevalecendo prazo indeterminado, mantido na cláusula 11ª alteração contratual (fls. 126127), de 3.7.1989.

> *Bastava, pois, o desejo de a Verbatim Ltd S/A retirar-se da sociedade, para autorizar a notificação de 18.2.1991 (fls. 234/247), em que se concedia à DPC o prazo de dez (10) dias para assinar as alterações dos contratos sociais, com disposições alternativas para as hipóteses de querer ou não prosseguir nas atividades. Diante da resistência, o caminho foi o ajuizamento desta ação, com pedidos sucessivos de retirada e apuração de haveres e dissolução total da sociedade.* (...)
>
> *No mérito, como se disse antes, nada obrigava a Verbatim Ltd S/A a permanecer como sócia da DPC, cabendo-lhe tão-somente a notificação, para informar sua vontade, e se não havia mais a* affectio societatis, *confirmada pela própria DPC, previsível a dissolução.*
>
> Não há dúvida que a sentença poderia ter optado pela retirada e apuração de haveres (primeiro pedido), mas o ilustre Juiz *a quo* preferiu a segunda opção (dissolução) e contra ela não se insurgiu a DPC, que quer manter a Verbatim como sócia, conquanto, repita-se, reconhecesse a divergência entre os sócios.
>
> A dissolução foi, pois, bem decretada, restando examinar o pedido da Verbatim, que não conseguiu, nem mesmo em sede de embargos de declaração, a fixação do momento em que a dissolução produziria seus efeitos. *E esse momento, como defendido será efetivamente o da data da notificação, 18.2.1991, quando, então, a retirada se tornou real, com a demonstração indiscutível de que não pretendia permanecer como sócia da DPC. A fixação dessa data, para os fins colimados, será, inclusive, do interesse da própria DPC, que desfrutará de eventuais benefícios patrimoniais decorrentes de sua atuação, após a retirada da Verbatim.*
>
> 3. Pelo exposto, rejeitam a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, negam provimento ao recurso da DPC, dando ao da Verbatim, para fixar o dia 18.2.1991, como a data da dissolução, para todos os efeitos.

Ficou reconhecida, portanto, a quebra da affectio societatis *entre VLTD e DPC relativamente à empresa VCL e a eficácia da notificação rescisória de 18.2.1991 como data-base para a dissolução da sociedade.*

Necessário ressaltar que a ruptura unilateral do referido ajuste levada a efeito pela notificação com data de 18.2.1991 foi considerada ***absolutamente lícita, legítima e eficaz por força de decisão exarada em processo judicial transitado em julgado na data de 19.8.2015,*** *que ascendeu a esta Corte Superior no bojo do AREsp n. 361.235, relator Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva.*

Esclarece-se:

Em 2003, em virtude das inúmeras irresignações judiciais levadas a efeito pela DPC relativamente à questão do término do acordo de associação, VERBATIM e VLTD propuseram ação declaratória perante a 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo (Processo n. 000.03.092861-3) objetivando fosse

declarada a eficácia da notificação datada de 18.2.1991, que pôs fim ao ajuste de cooperação firmado entre as partes, bem ainda de todos os contratos dali derivados.

Pela sentença, o magistrado julgou procedentes os pedidos para "declarar que se deu a partir da notificação de 18.2.1991 a resolução dos contratos denominados 'Acordo de Associação', 'Contrato de Fornecimento', acordo de 'licença de uso de marca', de sociedade entre as partes na de (*sic*) associação entre as partes, de fornecimento, de licença de uso de marca, de sociedade na VDA e na VCL e que incide a cláusula 17 do 'Acordo de Associação'."

O Tribunal paulista, no bojo da Apelação n. 0087512-51.2005.8.26.0000, na assentada do dia 25.4.2012, manteve a deliberação monocrática, para tanto aduzindo:

> Não há dúvida quanto à eficácia da referida notificação, uma vez que, depois dela, cessou qualquer relação comercial entre as partes, e iniciaram vários combates judiciais acerca das conseqüências advindas dessa rescisão unilateral.
>
> Entretanto, as decisões que devem ocorrer em torno das questões envolvendo referidos processos devem refletir o estado da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, não se tratando, o assunto aqui cuidado, de fato superveniente que deva influenciar naqueles julgados.
>
> Sob a minha ótica, a declaração de eficácia ou não da referida notificação, nessa altura, contrariamente ao entendimento das autoras/apeladas, não traz qualquer reflexo nas ações anteriormente propostas, eis que a análise da conseqüência jurídica e a prática dessa notificação competem aos magistrados incumbidos de decidir, nessas ações, as questões jurídicas advindas da efetiva rescisão desse acordo comercial.
>
> (...)
>
> *Contrariamente ao meu posicionamento, vigora o Sustentado pela Câmara: "O tema da subsistência ou não do Acordo de Associação, permeia discussões relativas à dissolução das sociedades e ao cumprimento dos outros contratos, mas tal circunstância não esvazia a pretensão das Autoras que buscam segurança na declaração de cessação da relação contratual em face da justificada dúvida sobre a existência do vínculo jurídico cujo rompimento lhes restituirá a liberdade empresarial".*
>
> *Diante da inexistência de dúvida acerca da eficácia da notificação, voto pela manutenção integral da sentença, por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, perfilhados, desde logo, como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, a teor do art. 252 do Regimento Interno desta Corte, que preconiza que "nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la".* (grifos nossos)

Desta forma, *ficou sobejamente demonstrado que o acordo de associação, bem como os contratos derivados desse ajuste não mais vigoram desde a data em que VERBATIM e VLTD notificaram VDA, VCL e DPC da resilição contratual, qual seja 18.2.1991*, momento esse, inclusive, que pode ser considerado, tal como delineou o Tribunal de São Paulo no âmbito da ação de apuração de haveres/dissolução da sociedade VCL, como o momento a ser utilizado para a quebra da *affectio societatis*.

2. Pois bem, a despeito das considerações acima tecidas, temos que no caso ora em julgamento, relativo à apuração de haveres/dissolução da sociedade VDA, o Tribunal Amazonense, após tramitação com inúmeras idas e vindas e sentença e acórdãos anulados, afirmou inocorrente a quebra de confiança entre os sócios DPC e VLTD, a ensejar a improcedência dos pedidos, porquanto a mera intenção da autora de importar/fabricar/comercializar os produtos com as marcas "Verbatim" e "Datalife" com menos custo e mais lucro não constitui razão suficiente para a finalização de uma empresa, notadamente quando após perícia judicial, "os fatos motivadores da presente demanda [da alegada quebra da *affectio societatis*], não são exatamente os argumentos constantes da petição inicial, até porque as provas trazidas aos autos não são convincentes" (fls. 1.951).

Afirmou, ainda, ter havido uma ruptura abrupta do acordo de associação em razão da notificação datada de 18.2.1991, considerada ilegal pelo colegiado paulista, bem ainda de ter a parte autora ocasionado deliberado prejuízo à sócia remanescente.

Confira-se trecho do julgado embargado no qual assevera a Corte local a inadequação do procedimento de resilição contratual do acordo de associação, bem ainda dos supostos prejuízos deliberados ocasionados à sócia, que seriam aptos a denotar a ausência da alegada quebra da *affectio societatis*:

> Consta da bem abalizada fundamentação da decisão monocrática, a transcrição, às fls. 1.176 de publicações diversas em jornais de grande circulação, levadas a efeito pela Embargada, como é fácil deduzir-se a qual mesmo dispondo de um contrato válido com direito de exclusividade, assistira ao rompimento abrupto do mesmo, sem justificativa, sem amparo legal, em flagrante afronta à lei e a este direito a lhe causar danos irreparáveis ou de difícil reparação.
>
> Concluis-e com a certeza plena de que a Embargante negociaria suas ações com a Mitsubishi ". Coincidentemente no mesmo período da propositura da presente Ação.." montara subsidiária, designara sócio para dirigi-la e, portanto, não havia mais intenção de manter a sócia brasileira e, com isto, veio a intensão ostensiva de fragiliza-la para lograr, um acordo vantajoso para ela e prejudicial para a Embargada. É o que se deduz dos autos.

> Considero, pois que na verdade não se pode falar, repito, em quebra de confiança, mas sim na intenção claramente demonstrada e documentalmente provada da Apelante-Embargante, promover a dissolução da Embargada, para continuar importando direto com menos custos e mais lucros, como vem fazendo ao longo dos vários anos. (fls. 1.952)
>
> (...)
>
> Acrescento que a Embargante negociaria as suas ações, no mesmo período em que ajuizara a ação e, fizera divulgar nos jornais de grande circulação notícias que culminaram por prejudicar como provado nos autos a Embargada. (fls. 1.957)
>
> (...)
>
> Entendo, pois, que não está a Embargante sendo compelida a continuar com a sociedade, mas, apenas, insistindo em manter e prolongar esta demanda por saber que isto vem fragilizando a empresa que ficara tolhida e impedida de continuar negociando a marca objeto do contrato, pro rompimento unilateral e ilegal, já reconhecido em decisões proferidas em outros autos. (fls. 1.958)

Tais entendimentos, segundo o Tribunal a quo, *decorreram, também, da interpretação da determinação exarada no REsp 35.165/AM, julgado pelo colegiado desta Quarta Turma, na assentada do dia 30.8.1994, no qual fora apreciada a primeira sentença proferida nesses autos e confirmada a sua anulação, em virtude da imprescindibilidade de realização de perícia com vistas a averiguar se a dissolução da sociedade era ou não motivada*. Segundo constou da deliberação do STJ, ante a existência do princípio da preservação da empresa, "que gera riquezas e dá empregos", essa não poderia ficar ao alvedrio de eventuais desencontros entre os sócios, motivo pelo qual reputou acertado o entendimento do Tribunal Amazonense acerca da anulação da sentença primeva ao argumento de constituir inegável cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando a matéria é complexa com fatos controvertidos pertinentes e relevantes que dependem da produção de provas requeridas tempestivamente pelas partes.

3. Em que pese a sinalização conferida pelos então integrantes da Quarta Turma nos idos de 1994 - que tomando como base o princípio da preservação da empresa afirmaram existir cerceamento de defesa ante a não realização de perícia requerida pela parte DPC, porquanto tal instrumento seria capaz de demonstrar não terem ocorrido, tal como delineado pela autora, os fatos desencadeadores da referida perda de confiança entre os sócios -, *é inarredável a afirmação de que a orientação exarada pelas instâncias ordinárias ao julgarem improcedentes os pedidos de apuração de haveres e/ou dissolução total da sociedade, violaram o disposto nos artigos 335, n. V, 336, n. 1 e 338 do Código Comercial e 1.399, incisos II e III do Código Civil*

de 1916, vigentes à época, visto que inviabilizaram, por completo, a retirada de sócio e a dissolução de sociedade por tempo indeterminado, obrigando a que permanecessem infinitamente vinculados por um liame subjetivo criado por decorrência de ficção meramente jurídica, que não possui lastro nas circunstâncias fáticas atinentes à presente demanda, bem ainda, em face de todas as disputas contenciosas havidas entre as partes integrantes do referido acordo de associação.

Inegavelmente, este elo de colaboração, que é uma criação doutrinária, "[...] jamais pode ser entendida somente como a 'afeição entre os sócios', mas primordialmente como a *afeição do sócio para com a empresa*." (LOPES, Idevan César Rauen. Empresa e exclusão do sócio: de acordo com o novo Código Civil. 1. ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004, p. 158).

Sobre o assunto, Mendonça aponta que:

> Dizem comumente os tratadistas que os contratantes da sociedade devem ter vontade de formá-la. ULPIANO denominou-a *affectio societatis*, erprimindo (*sic*) a intenção de reunir esforços para a realização do fim comum. [...] Melhor e mais exato será dizer que os sócios devem manifestar a vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade. É indispensável à sociedade a identidade de interesses, a *cooperação econômica*, na frase de RIPPERT, ou a *vontade da colaboração ativa dos sócios*, na expressão de THALLER, tendo estes sempre em vista o fim comum, a realização de um enriquecimento pelo concurso dos seus capitais e da sua atividade. Muito bem explicava o nosso João Monteiro que 'na colaboração está a idéia visceral de toda sociedade'. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial brasileiro: v. III. 6. ed., posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 22-23).

Na relação entre os sócios, contudo, nem sempre persiste a colaboração, podendo haver casos em que essa inexiste ou, até mesmo, verifica-se prevalecer o interesse pessoal do sócio em detrimento daquele titulado pela sociedade. Diversas são as situações, em que a sociedade está passível de ser dissolvida total ou parcialmente, seja pela quebra da *affectio societatis*, por irregularidades praticadas por sócio (art. 336, n. III do Código Comercial) ou ainda pela impossibilidade da sociedade alcançar o seu fim social (artigo 336, n. I do mesmo *Codex* e 1.399, inciso II e III do Código Civil de 1916).

Esse entendimento, inclusive, foi expressamente referido quando do julgamento por esta Corte Superior (REsp 35.165/AM) acerca do cerceamento de defesa ante a não elaboração do laudo pericial, oportunidade na qual afirmou o então relator, Ministro Barros Monteiro, o seguinte:

> Bem de ver-se, por isso, que a rigor o pedido aviado pela autora com carga de contenciosidade restringe-se a um só: a declaração de dissolução total da sociedade 'Verbatim do Amazonas Industrial Ltda.', ilação a que se chega, aliás, através a prórpia narrativa feita pela petição inaugural: a autora almeja a declaração da dissolução total com arrimo no art. 335, n. V, do Código Comercial (...)
>
> Rubens equião, de sua vez, sustenta que em face das modernas teorias o sócio não tem o direito absoluto de pedir a dissolução total da sociedade, sem motivos relevantes (...). Eis aí mais uma razão pela qual não se pode consurar o Tribunal Estadual ao determinar a abertura da instrução processual. Além disso, a perda de confirnaça entre as duas sóciais, autora e ré, devida a alegados abusos ou prevaricações, pode ocasionar a dissolução da sociedade em razão das irregularidades praticadas (Cód. Com., art. 336, n. 3) e não da simples desinteligência; ou, ainda, a discórdão poderá motivar a impossibilidade de a sociedade alcançar o fim social, hipótese em que a dissolução poderá ter como supedâneo legal o art. 336, n. 1, do mesmo "Codex".

Doutrinária e jurisprudencialmente, muito já se discutiu acerca da dissolução da sociedade por vontade exclusiva de um dos sócios, especialmente à época em que vigoravam o artigo 335, n. V e 336, n. 1 do Código Comercial de 1850 e o artigo 1.399, inciso V do Código Civil de 1916, ora revogados pelo novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), aplicáveis ao caso em razão da data da constituição da sociedade, bem ainda, do período do ajuizamento da demanda:

> *Art. 335 do Código Comercial - As sociedades reputam-se dissolvidas:*
>
> 1 - Expirando o prazo ajustado da sua duração.
>
> 2 - Por quebra da sociedade, ou de qualquer dos sócios.
>
> 3 - Por mútuo consenso de todos os sócios.
>
> 4 - Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem.
>
> *5 - Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.*
>
> Em todos os casos deve continuar a sociedade, somente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimadas.
>
> *Art. 336* - As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, *antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios:*
>
> *1 - mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente;*

> 2 - por inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença;
>
> 3 - por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.
>
> *Art. 1.399 do Código Civil de 1916.* Dissolve-se sociedade:
>
> I. Pelo implemento da condição, a que foi subordinada a sua durabilidade, ou pelo vencimento do prazo estabelecido no contrato.
>
> *II. Pela extinção do capital social, ou seu desfalque em quantidade tamanha que impossibilite de continuar a sociedade.*
>
> *III. Pela consecução do fim social, ou pela verificação de sua inexequibilidade.*
>
> IV. Pela falência, incapacidade, ou morte de um dos sócios.
>
> V. Pela renuncia de qualquer deles, se a sociedade for de prazo indeterminado (art. 1.404).
>
> Parágrafo único. Os ns: II, IV e V não se aplicam às sociedades de fins não econômicos.

E, ainda, no caso em concreto, a dissolução total ou parcial da sociedade/retirada de sócio é viabilizada por expressa disposição contratual existente no contrato social da empresa (cláusula 8ª).

Confira-se, no ponto, o delimitado pelo julgado *a quo* (fls. 1.273-1.274):

> Por outro lado, a dissolução da sociedade liberará a marca Verbatim conforme cláusula 8ª (fls. 43) de constituição da mesma, em favor da Requerente que poderá utilizá-la livremente em detrimento da Requerida
>
> > Cláusula 8: "*Se um dos quotistas retirar-se da sociedade, esta continuará com os quotistas remanescentes. A sociedade está autorizada a usar a expressão VERBATIM em sua denominação social, enquanto a VERBATIM, LTD. S/A continuar sendo quotista da sociedade. No caso da VERBATIM, LTD. S/A, ou qualquer outra empresa associada à VERBATIM, LTD. S/A que a tenha substituído, retirar-se da sociedade ela terá o direito de exigir que a sociedade elimine a expressão VERBATIM de sua denominação social, por meio de uma notificação prévia de 180 dias*.

Depreende-se do referido termo contratual (acima redigido) que: *a)* a retirada de sócio é plenamente admitida; *b)* a utilização da marca VERBATIM fica condicionada à presença da sócia VERBATIM LTD. S/A (ora autora) na sociedade e *c)* a sócia retirante, notificando a sociedade no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, pode exigir a eliminação da expressão VERBATIM do nome da empresa.

Por oportuno, ressalta-se que a referida notificação de retirada/rompimento ocorreu em 18.2.1991, tendo sido confirmada a sua adequação e legalidade, inclusive sob o manto da coisa julgada, como já alhures mencionado, não se podendo mais cogitar em *rompimento indevido* do acordo de associação.

Desta forma, a despeito de não ter a Corte local evidenciado a quebra da *affectio societatis* em razão de afirmar ser a demandante uma sócia que somente objetiva mais lucro com menos custo – embora existam circunstâncias robustas aptas a demonstrar essa ruptura - inegavelmente, encontram-se cumpridos os requisitos, tanto para a retirada do sócio como para a dissolução total da sociedade.

Ora, é incontroverso dos autos que a empresa Verbatim do Amazonas Industrial Ltda *é sociedade por tempo indeterminado*, tanto que a própria sentença corrobora essa afirmação, motivo pelo qual, ante a expressa autorização legislativa, pode ser dissolvida por expressa vontade de um dos sócios.

Confira-se o trecho da sentença no qual redigida a cláusula contratual prevendo a duração indeterminada da sociedade:

> Analisando-se o contrato social de fls. 36 dos autos, encontra-se a seguinte cláusula contratual:
>
> > 1. O nome da sociedade é Verbatim do Amazonas Industrial Ltda, com sede e foro na Av. Açaí n. 287-A, Distrito Industrial, Manaus, Amazonas.
> >
> > § 1º A sociedade poderá abrir e fechar filiais e escritórios em qualquer lugar do território nacional.
> >
> > *§ 2º A duração da sociedade será por tempo indeterminado.*
>
> *Ao longo do tempo até a propositura da presente Ação, este contrato social não sofreu alteração na cláusula acima transcrita.*

Pois bem, apesar da viabilidade legal e contratual da dissolução da sociedade, a jurisprudência desta Corte Superior, analisando os temas controvertidos sob essa perspectiva de preservação da empresa em decorrência de sua inquestionável função social, tem entendimento no sentido de que *a oposição da maioria, interessada em preservar a empresa, prevaleceria a despeito da vontade unilateral do sócio, convertendo-se a dissolução total em processo de apuração de haveres (dissolução parcial), com o pagamento, ao sócio retirante, do valor da sua quota.*

Nesse sentido:

> Empresarial. Sociedade anônima fechada. Cunho familiar. Dissolução. Fundamento na quebra da *affectio societatis*. Possibilidade. Devido processo legal. Necessidade de oportunizar a participação de todos os sócios. Citação inexistente. Nulidade da sentença reconhecida.
>
> 1. Admite-se dissolução de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da *affectio societatis*.
>
> *2. A dissolução parcial deve prevalecer, sempre que possível, frente à pretensão de dissolução total, em homenagem à adoção do princípio da preservação da empresa, corolário do postulado de sua função social.*
>
> 3. Para formação do livre convencimento motivado acerca da inviabilidade de manutenção da empresa dissolvenda, em decorrência de quebra da liame subjetivo dos sócios, é imprescindível a citação de cada um dos acionistas, em observância ao devido processo legal substancial.
>
> 4. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1.303.284/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16.4.2013, DJe 13.5.2013) - grifo nosso

> Direito Societário e Empresarial. Sociedade anônima de capital fechado em que prepondera a *affectio societatis*. Dissolução parcial. Exclusão de acionistas. Configuração de justa causa. Possibilidade. Aplicação do direito à espécie. Art. 257 do RISTJ e Súmula 456 do STF.
>
> *1. O instituto da dissolução parcial erigiu-se baseado nas sociedades contratuais e personalistas, como alternativa à dissolução total e, portanto, como medida mais consentânea ao princípio da preservação da sociedade e sua função social*, contudo a complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão do referido instituto às sociedades "circunstancialmente" anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento das atividades sociais ("affectio societatis"). (Precedente: EREsp 111.294/PR, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10.9.2007) (...)
>
> 7. Recurso especial provido, restaurando-se integralmente a sentença, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais.
>
> (REsp 917.531/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.11.2011, DJe 1º.2.2012) - grifo nosso

> Comercial e Processual Civil. Dissolução parcial de sociedade. Alegada violação ao artigo 535 do CPC. Não-ocorrência. Nomeação de liquidante. Descabimento. Procedimento de apuração de haveres. Indicação de técnico pelo juízo para

> realização de perícia contábil. Pedido genérico de condenação em honorários advocatícios. Possibilidade. Existência de interesse recursal para majorar o *quantum* fixado pela sentença. Dissídio jurisprudencial. Rateio das custas e honorários em procedimento de dissolução parcial de sociedade. Precedentes desta Corte que admitem a aplicação do princípio da sucumbência. Incidência da Súmula 83/STJ. (...)
>
> 2. A dissolução parcial de sociedade, com a retirada de um dos sócios, não prevê procedimento de liquidação, incompatível com o objetivo de preservação da atividade empresarial, sendo cabível a indicação de perito contábil, pelo juízo, para apuração dos haveres do sócio excluído. (...)
>
> 5. Recurso especial não conhecido.
>
> (REsp 242.603/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4.12.2008, DJe 18.12.2008) - grifo nosso

Entretanto, inegavelmente, constitui garantia constitucionalmente estabelecida a de que ninguém é obrigado a associar-se ou manter-se associado (artigo 5º, inciso XX da Constituição Federal), razão porque, todo sócio tem o direito de retirar-se da sociedade se for de seu interesse pessoal, não podendo ser compelido a permanecer associado apenas sob a afirmação de prevalência do princípio da preservação da empresa.

Desta forma, a retirada de sócio pode ensejar a simples dissolução parcial da sociedade firmada por tempo indeterminado.

Consoante o escólio de Waldemar Ferreira: "*quem contrata sociedade sem determinar o prazo de sua vigência sabe bem o que ajusta: o direito, que assiste a qualquer dos seus consócios, de lhe pôr termo em qualquer momento*" (Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 1961, 3º Volume, n. 446, p. 251).

Nos termos do Código Civil revogado, artigos 1.404 a 1.406, a retirada, em casos tais, fica condicionada à notificação aos demais sócios, com prazo de dois meses, para que sejam providenciadas as alterações contratuais, as quais devem, em conjunto, ser levadas à averbação perante o órgão de registro público competente. No mesmo sentido, inclusive, é a inteligência do art. 1.029 do Código Civil de 2002.

Confiram-se os dispositivos legais mencionados:

> *Art. 1.404*. A renuncia de um dos sócios só dissolve a sociedade (art. 1.399, n. V), quando feita de boa fé, em tempo oportuno, e, notificada aos sócios dois meses antes.

> *Art. 1.405*. A renuncia é de má fé, quando o sócio renunciante pretende apropriar-se exclusivamente dos benefícios que os sócios tinham em mente colher em comum; e haver-se-á por inoportuna, se as coisas não estiverem no seu estado integral, ou se a sociedade puder ser prejudicada com a dissolução nesse momento.
>
> *Art. 1.406*. No primeiro caso do artigo antecedente, os demais sócios tem o direito de excluir desde logo o sócio de má fé, salvas as suas quotas na vantagem esperada. No segundo, a sociedade pode continuar, apesar da oposição do renunciante, até a época do primeiro balanço ordinário, ou até a conclusão do negocio pendente.
>
> *Art. 1.029 no Código Civil de 2002*. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.
>
> Parágrafo único. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

Efetivamente, o fato da parte autora, após o prazo da notificação de retirada ter negociado suas ações e no mesmo período proposto a presente demanda - ante a recusa da demandada no encadeamento das alterações contratuais e escriturais necessárias -, bem ainda de ter feito publicar em jornais de grande circulação notícias do seu afastamento, diversamente do prelecionado pelo Tribunal *a quo*, demonstra ter agido exatamente nos ditames impostos pela lei.

Ora não se trata de causar prejuízo deliberado à ora recorrida, mas sim de cumprir o que lhe impunha a legislação de regência, nos termos do artigo 338 do Código Comercial então vigente à época, sob pena de subsistir a responsabilidade de todos os sócios.

Confira-se, por oportuno, os exatos termos do referido dispositivo normativo:

> *Art. 338* - O distrato da sociedade, ou seja voluntário ou judicial, deve ser inserto no Registro do Comércio, e publicado nos periódicos do domicílio social, ou no mais próximo que houver, e na falta deste por anúncios fixados nos lugares públicos; pena de subsistir a responsabilidade de todos os sócios a respeito de quaisquer obrigações que algum deles possa contrair com terceiro em nome da sociedade.

Pois bem, toda essa digressão serve ao propósito de bem delimitar que a despeito do entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem acerca da ausência de comprovação da quebra da *affectio societatis*, essa ruptura de fato ocorreu, e a

sócia VERBATIM realizou todos os procedimentos legais e contratualmente estabelecidos para a dissolução da sociedade VDA.

4. Como visto, *a notificação de ruptura unilateral do referido ajuste societário levada a efeito em 18.2.1991 foi considerada* ***lícita, legítima e eficaz por decisão exarada em processo judicial transitado em julgado***, e o prazo concedido para a alteração contratual de simples retirada de sócio também foi respeitado, motivo pelo qual, em princípio, estaria perfectibilizada a dissolução parcial da sociedade, bastando a apuração dos haveres.

Entretanto, considerando as peculiaridades da demanda ora em análise, afigura-se inviável a singela determinação de retirada de sócio e a consequente dissolução parcial da VDA com amparo no princípio da preservação da empresa, pois somente a dissolução total terá o condão de atender aos interesses das partes, às deliberações judiciais já tornadas imutáveis, aos fins do extinto acordo de associação e aos ditames do ordenamento jurídico pátrio.

Explica-se:

Apesar da empresa VDA ter sido constituída por prazo indeterminado, de existir cláusula no contrato social permissiva da retirada de sócio, de este direito poder ser exercido a qualquer tempo e o foi no longínquo ano de 1991 mediante a notificação informando a quebra da *affectio societatis*, no caso, a *dissolução total é a medida adequada e viável para por fim à colidência de interesses entre as partes*, porquanto é incontroverso que:

i) a ré DPC (sócia majoritária da VDA) permaneceu inerte na promoção da modificação do estatuto social e apuração de haveres devidos à então sócia retirante, bem como à busca de outro parceiro comercial que pudesse viabilizar a manutenção da sociedade com outro objeto social;

ii) desde a notificação datada de 18.2.1991 foi revogada a licença para o uso das marcas VERBATIM e DATALIFE, marcas essas sobre as quais vinculado o próprio objeto social da empresa VDA, qual seja, a fabricação de produtos (disquetes e outras mídias de armazenamento de dados) utilizando a tecnologia e direitos de propriedade industrial detidos pela *Verbatim Corporation*;

iii) mediante a mesma notificação *foi proibida a utilização da expressão VERBATIM na denominação social da empresa VDA*;

iv) está completamente esvaziada a razão da existência da sociedade VDA, criada que foi para viabilizar o acordo de associação (joint venture) antes existente entre as partes;

v) a empresa "irmã" VCL, parceira comercial criada para comercializar os produtos fabricados pela VDA objeto do acordo de associação, foi extinta/dissolvida totalmente, por força de determinação judicial transitada em julgado no ano de 1994;

vi) a manutenção da VDA de maneira apenas formal - sem objeto social, sem o nome que a tornava conhecida no mundo dos negócios e sem a possibilidade de fabricação das mídias com as marcas VERBATIM e DATALIFE tanto por força da revogação da licença de uso das marcas como pela inviabilidade de comercialização dos produtos fabricados em virtude da extinção da empresa VCL criada para esse específico fim -, *ao contrário de servir aos propósitos da função social enseja uma violação aos ditames da ordem econômica (incerteza de dados contábeis e deveres tributários das empresas envolvidas no acordo de associação), legal e social*.

Desta forma, deve ser determinada a dissolução total da empresa VDA - Verbatim do Amazonas Industrial Ltda., com a apuração dos haveres de cada uma das sócias na proporção de suas respectivas integralizações de capital, tomando como base a data da quebra da *affectio societatis*, qual seja 18.2.1991, consoante o entendimento sedimentado nesta Corte Superior.

Nesse sentido:

> Recurso especial. Ação de dissolução de sociedade cumulada com indenizatória. (...) Data base para apuração de haveres. Término do *affectio societatis*. (...).
>
> 5. *A data-base para apuração dos haveres coincide com o momento em que o sócio manifestar vontade de se retirar da sociedade limitada estabelecida por tempo indeterminado.*
>
> (...)
>
> 13. *Recursos Especiais a que se nega provimento.*
>
> (REsp 1.371.843/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20.3.2014, DJe 26.3.2014) - grifo nosso

5. Do exposto, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e julgar procedente o pedido veiculado na inicial, determinando a dissolução total da empresa VDA - Verbatim do Amazonas Industrial Ltda, com a consequente apuração de haveres que deve tomar como base a data da quebra da *affectio societatis* (18.2.1991), na proporção das integralizações de capital de cada uma das sócias. Determino o retorno dos autos à origem para a nomeação do liquidante e o prosseguimento da apuração dos haveres.

Custas e honorários advocatícios pela ré DPC Empreendimentos Industriais Ltda, esses últimos fixados em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, quero cumprimentar os ilustres advogados pelas sustentações muito apropriadas que produziram e que contribuíram para o melhor esclarecimento dos fatos constantes da lide, assim como o nobre Relator pela qualidade do voto.

Apenas com relação aos honorários advocatícios é que divirjo para fixá-los com base no art. 20 do Código de Processo Civil revogado, entendendo que as partes recorrentes trouxeram o recurso com base na legislação pretérita, e não estariam sujeitas aos ditames do novo Código de Processo Civil em relação à fixação dos honorários advocatícios.

No mais, acompanho o voto do eminente Relator.

É que, se a nova legislação estabelecesse, por exemplo, honorários advocatícios mínimos de vinte por cento e máximos de quarenta por cento, não poderíamos estabelecê-los com base na nova lei, porque, à época em que manejado o recurso, as partes estavam sujeitas à condenação em verba honorária de dez a vinte por cento nos termos da previsão constante no art. 20 do Código Processo Civil de 1973.

Então, a meu ver, não podemos ainda aplicar, nesses casos de recursos que antecedem o advento do novo Código, os ônus sucumbenciais com base na norma hoje vigente, porque bastaria esse mesmo recurso ter sido julgado alguns meses atrás para que tivéssemos aplicado a legislação processual então vigente, a qual, no caso, produz também direito material em favor dos advogados. Aplicaríamos a legislação pretérita.

Penso que temos ainda de aplicar, nesses casos, o Código de Processo Civil de 1973, com a devida vênia.

Estou citando o exemplo de que, se o novo Código estabelecesse quarenta, não poderíamos estabelecer quarenta. Então, do mesmo modo, não podemos estabelecer vinte por cento, usando o novo Código, porque não poderíamos estabelecer diferente, na hipótese que idealizei. O caso é de aplicação da regra do Código revogado.

O que me parece importante aqui é o princípio. Não podemos violar o princípio. Qual é? A indevida aplicação de verba de sucumbência de honorários advocatícios com base no Código atual, para recursos recebidos no Tribunal antes do novo CPC.

A recorrida, empresa de pequeno porte, está desativada. Receio que R$100.000,00 (cem mil reais) seja uma quantia muito elevada para ela suportar. Talvez R$50.000,00 (cinquenta mil)...

Faço essa ponderação, de que talvez seja muito elevado o valor de R$100.000,00 (cem mil reais) no caso, mas eu me curvo à douta maioria.

RECURSO ESPECIAL N. 1.581.505-SC (2015/0288713-7)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Marina Cristhiane de Freitas Faoro
Advogado: Adolfo de Souza Barbosa e outro(s) - SC042435
Recorrido: Adibens Administradora de Bens Ltda
Advogados: Jeanine Batista Almeida e outro(s) - SC026846
Marcelo Alan Gonçalves - SC022365

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Rescisão contratual. Reintegração na posse. Indenização. Cumprimento parcial do contrato. Inadimplemento. Relevância. Teoria do adimplemento substancial. Inaplicabilidade na espécie. Recurso não provido.

1. O uso do instituto da *substancial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.

2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" não se prende ao exclusivo exame do

critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, *Quarta Turma*, j. Em 11.12.1995, DJ 1º.4.1996, p. 9.917).

4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 28.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: A recorrida, *Adibens Administradora de Bens Ltda.*, ajuizou a presente demanda contra *Marina Cristhiane de Freitas Faoro*, aqui recorrente, afirmando que com esta firmou instrumento particular em que prometeu vender o imóvel descrito na petição inicial (e-STJ, fl. 3) por

meio de pagamento em parcelas. Aduziu que a ré-recorrente inadimpliu o pagamento da importância total de R$ 76.738,63, conforme demonstrativo à fl. 6 (e-STJ), e, muito embora notificada para a purgação da mora, quedou-se inerte.

Formulou pedidos para a rescisão do negócio jurídico e a reintegração na posse do bem objeto da avença, e também para a condenação da ré no pagamento da importância prevista em cláusula penal, além de indenização pela ocupação do bem.

Em sua peça de resposta (e-STJ, fls. 102/116), a ré não negou a inadimplência. Defendeu incidir o CDC na contratação, contrapondo-se, na essência, aos pedidos condenatórios e pleiteando a restituição dos valores pagos.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos. Entendeu que, pelo fato de a ora recorrente ter cumprido com 84,36% (oitenta e quatro inteiros e trinta e seis centésimos por cento) da obrigação, não se fazia razoável a rescisão contratual, devendo a recorrida exigir o pagamento das prestações inadimplidas por via própria (ação de cobrança). Afastou, de igual modo, o pedido indenizatório (e-STJ, fls. 150/158).

Opostos embargos de declaração (e-STJ, fls. 164/169), foram eles rejeitados (e-STJ, fls. 170/171).

A recorrida apelou. Dentre seus argumentos, asseverou que a inadimplência em verdade supera os 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato (e-STJ, fls. 176/183).

O TJSC deu provimento ao recurso da empresa. No acórdão, anotou-se que a dívida da recorrente ultrapassa a casa dos 30% (trinta por cento) do total do pacto. Afastou-se, com isso, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. O julgado ainda deferiu à autora-recorrida o pedido para a condenação da ré no pagamento de perdas e danos pela ocupação do imóvel, todavia negando a condenação para ressarcir a comissão de corretagem e outros valores pleiteados.

A pretensão deduzida pela recorrente para a devolução das quantias pagas foi rejeitada porque não formulada por meio de reconvenção.

O aresto veio aos autos assim ementado (e-STJ, fls. 214/215):

> Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos e reintegração de posse. Inadimplência injustificada da compradora. Mora caracterizada. Contrato rescindido. Retorno ao *status quo ante*. Cláusula penal devida. Reintegração de posse que se impõe. Condenação da ré ao pagamento de valor

correspondente à utilização do imóvel (alugueres). Danos materiais. Ausência de comprovação. Exegese do art. 333, I, do CPC. Não acolhimento. Comissão de corretagem. Impossibilidade de ressarcimento. Alegação de existência de cláusulas abusivas e postulação de devolução dos valores pagos realizados em sede de contestação. Via inadequada. Necessidade de formulação do pleito em reconvenção ou ação própria. Impossibilidade de revisão de ofício pelo julgador. Recurso parcialmente provido.

I - Não há falar em aplicação da teoria do adimplemento substancial quando verificado que a dívida da promitente compradora alcança mais de 30% do valor da avença, frisando-se que tal monta restou incontroversa nos autos. Desta feita, deixando a promitente-compradora de pagar quase um terço das parcelas avençadas no respectivo contrato, afigura-se evidente o seu inadimplemento, o que dá azo à rescisão do contrato e, consequentemente, a sua condenação ao pagamento da cláusula penal imposta, além da reintegração da posse da promitente-vendedora.

II - Com a rescisão contratual e o consequente retorno ao *status quo ante*, imperioso reconhecer-se, também, o direito da Autora ao ressarcimento das perdas e danos decorrentes da ocupação gratuita do imóvel pela Ré atinente ao período de inadimplência. Assim, deve a Demandada ser condenada ao pagamento de um valor mensal, a título de aluguel, a ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento.

III - Por outro lado, tocante ao pedido de devolução do valor pago ao corretor que intermediou a venda do imóvel, descabido o pleito de ressarcimento, pois, como cediço, a obrigação é da empresa responsável pela construção do bem, que foi quem efetivamente contratou os serviços do profissional, salvo nos casos em que existe expressa estipulação em contrário na avença firmada entre as partes, o que não ocorreu na hipótese em tela.

IV - Do mesmo modo, porque a Autora não comprovou a depreciação do bem e o desembolso das quantias devidas pela Ré a título de taxas condominiais, impostos, entre outros encargos, ônus que lhe incumbia a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil, tais pretensões não merecem acolhimento.

V - Em que pese não existir a menor dúvida de que a lide envolve relação de consumo, não pode ser determinada pelo julgador, de ofício, a revisão de cláusulas consideradas abusivas, sem que haja pedido nesse sentido em reconvenção, em observância ao disposto no art. 315 do Código de Processo Civil.

Nas razões do recurso especial, interposto na forma prevista pelo art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, aduz a recorrente violação dos arts. 421 e 422 do CC/2002 e 4º, III, e 51, IV, do CDC. Além disso, contrasta as conclusões do acórdão recorrido – que, segundo ela, assentaria a necessidade de adimplemento mínimo equivalente a 70% (setenta por cento) das prestações do

contrato para a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" – com julgados do TJPR e TJRS nos quais, a despeito do incontroverso descumprimento, foi mantida a relação contratual pelo fato de o devedor haver cumprido com mais de 60% (sessenta por cento) de sua obrigação (e-STJ, fls. 258-276).

Contrarrazões às fls. 316/321 (e-STJ).

Inadmitido na origem (e-STJ, fls. 324/325), a recorrente interpôs agravo, impugnando os fundamentos de decisão de inadmissibilidade (e-STJ, fls. 328/336). Dei provimento ao agravo para determinar sua conversão em recurso especial (e-STJ, fl. 348).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): No caso presente, a discussão central diz respeito à incidência da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial", instituto cuja aplicação pode, eventualmente, restringir a prerrogativa da resolução contratual autorizada pela primeira parte do art. 475 do CC/2002.

A doutrina do adimplemento substancial é construção do Direito inglês que remonta ao Século XVIII e nasce a partir da observação, pelas Cortes de *Equity*, da desproporcionalidade que poderia resultar da resolução contratual incondicionalmente aplicada em determinadas situações, em especial aquelas nas quais a obrigação havia sido cumprida pelo devedor de modo praticamente integral, evidenciando a pouca importância do inadimplemento.

Como exemplo paradigmático de situação apta a impulsionar a aplicação da "*substantial performance*" *n*o Direito inglês é frequente na literatura jurídica a citação do caso Boone vs. Eyre (1777), relatado por Lord Mansfield, que teve por objeto um contrato no qual o autor (Boone) traditaria uma fazenda e seus escravos, ao passo em que o réu (Eyre) pagaria o preço de 500 libras, bem assim prestações anuais de 160 libras, em caráter perpétuo. Boone alienou a propriedade, mas não tinha direitos de transferir os escravos. Eyre, em um típico caso de *exceptio non adimpleti contractus*, sobrestou o pagamento das prestações anuais. Ao decidir o caso, Lord Mansfield entendeu que o comprador não poderia deixar de pagar a prestação avençada, pois a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente em face da obrigação de pagar

as prestações anuais perpétuas. Em suma, a entrega dos escravos qualificava obrigação secundária, não podendo ensejar a resolução do contrato, cabendo-lhe apenas reivindicar a reparação por perdas e danos.

Otavio Luiz Rodrigues Junior (*Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.), citando a obra de Edward Errante, refere-se a um exemplo hipotético de adimplemento substancial que também permite compreender esse instituto em sua concepção inglesa. As aspas correspondem ao texto do professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco:

a) Uma empreiteira foi contratada para construir uma mansão, "tendo o contratante fornecido o projeto e as especificações da obra". No prazo de sua entrega, a empreiteira "apresentou a casa ao proprietário, ficando evidente a observância de todas as indicações arquitetônicas e o uso dos materiais acordados, exceto por faltarem maçanetas em duas portas".

b) Nesse caso, "considerou-se ter havido o cumprimento substancial da obrigação" pela empreiteira, "dada a insignificância das maçanetas no contexto da empreitada".

c) Assim, o contratante "não estaria liberado da prestação que lhe imputava o contrato – que é o pagamento da obra. Ser-lhe-ia lícito, porém, deduzir o valor das peças ausentes e o custo da instalação por terceiros".

d) De tal modo, em situações tais, a parte não poderá resolver a avença invocando a exceção do contrato não cumprido e será compelida a cumprir a sua respectiva prestação.

Essa doutrina irradiou-se também para países que adotam o sistema de *civil law*, com especial destaque para o Direito italiano, que prestigiou a *subtantial performance* por meio de disposições expressas de seu Código Civil, com destaque para a "*importanza dell'inadempimento*" anotada no art. 1.455. Seguindo esse influxo, o Direito português impede a resolução do negócio "*se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse* [do credor], *tiver escassa importância*" (art. 802, 2, do Código Civil). Por sua vez, a "Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias" (Viena, 1980) autoriza que o comprador declare resolvido o contrato, mas apenas se "a inexecução pelo vendedor (...) constituir uma infração *essencial* (...)" (art. 49, 1, "a").

A introdução da temática no Direito Civil brasileiro é atribuída, em grande medida, às lições do professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, da Faculdade de Direito da UFRGS, estudioso de diversos institutos do direito comparado, como a violação positiva do contrato, a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio e o adimplemento substancial.

Até por não se encontrar expressamente prevista em nosso direito positivo, existe polêmica sobre qual seria o correto fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Há controvérsia sobre ela basear-se em princípios 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), embora haja uma tendência a considerá-la como efeito da aplicação da boa-fé objetiva às relações obrigacionais. Mesmo quando vigente o sistema civil anterior, a jurisprudência nacional valia-se, para sua aplicação, dos valores que emanavam dos arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.092 do Código Civil de 1916, examinados sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva.

No Judiciário, um dos primeiros Magistrados a tratar desses assuntos de modo sistematizado foi aluno, dos mais brilhantes, de Couto e Silva, o então desembargador Ruy Rosado de Aguiar, no TJRS. Anos depois, quando nomeado para o cargo de Ministro do STJ, Ruy Rosado trouxe para o cenário da jurisprudência nacional a discussão sobre essas figuras jurídicas.

O primeiro acórdão do STJ que registra abordagem sobre o tema é o REsp n. 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela Quarta Turma (DJ de 1º.4.1996). O caso é um clássico da jurisprudência sobre o assunto e as bases fáticas nas quais se deu o julgamento podem ser assim sintetizadas: a) dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo; b) os segurados deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro, o que foi confessado na inicial; c) apreciada a ação pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entendeu a Corte que o segurado tinha "obrigação primordial" de pagar o "prêmio do seguro". Sem isso, nada poderia exigir da seguradora, na hipótese de se achar em estado de inadimplência.

O recurso dos segurados foi provido sob o amparo da doutrina do adimplemento substancial por meio de acórdão assim ementado:

> Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da ultima prestação. Adimplemento substancial. Resolução.

> A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando sera possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negocio. Recurso conhecido e provido.
>
> (REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11.12.1995, DJ 1º.4.1996, p. 9.917)

Em outros casos, a larga maioria dos recursos que aportaram neste Tribunal Superior e que de algum modo versavam sobre o assunto não tiveram a tese jurídica examinada ante a necessidade do revolvimento de material fático-probatório dos autos, deparando-se com os obstáculos previstos nos Enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

Contudo, nas hipóteses em que o contexto fático estava adequadamente delineado nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, o julgamento avançou para qualificar o que poderia configurar o decaimento mínimo para efeito de permitir a invocação da teoria do adimplemento substancial e afastar os efeitos da mora. Eis alguns exemplos:

a) Atraso na última parcela: REsp 76.362/MT.

b) Inadimplemento de 2 parcelas: REsp 912.697/GO.

c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem: REsp 469.577/SC.

d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem: AgRg no AgREsp 155.885/MS.

e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido: REsp 1.051.270/RS.

Como se vê, a jurisprudência desta Corte tem oscilações no exame do requisito objetivo, o que se dá, essencialmente, pelo fato de que em cada caso aqui julgado há peculiaridades muito próprias a serem consideradas para efeito de avaliar a importância do inadimplemento frente ao contexto de todo o contrato e os demais elementos que envolvem a controvérsia. Essa vinculação aos elementos do caso concreto é um dado objetivo que a doutrina anglo-saxã (CORBIN, Arthur L. *Conditions in the law of contract*. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8, p. 761, jun. 1919) e a nacional assim o reconhecem (PONTES DE

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208). Nesse sentido, ainda:

> A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de "escassa importância".
>
> É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: *a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes*.
>
> (BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106)

É que, ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor.

No julgado pioneiro deste Tribunal, antes referido (REsp 76.362/MT), foram delineados alguns requisitos que devem ser examinados para aplicação da teoria do adimplemento substancial, sem prejuízo da avaliação de circunstâncias específicas do caso sob julgamento. Para tanto, deve-se exigir: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a substancial performance: a)

insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente (cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Op. Cit.* p.72).

Neste recurso especial, as questões de fato necessárias ao exame da tese jurídica desenvolvida nas razões recursais estão bem delimitadas no corpo do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 219/220):

> Infere-se da promessa de compra e venda de fls. 44-46 e do aditivo de fls. 47-49, que o valor total da avença perfaz o total de R$230.875,00 (uma vez que o preço inicialmente contratado de R$225.000,00 foi acrescido de uma parcela de R$5.875,00 por ocasião do referido aditamento), que deveriam ser pagos da seguinte forma: 1) R$10.000 - transferência imediata em conta corrente, a título de arras; 2) R$5.850,00 - cheque n. 851400, para o dia 28.8.2008; 3) R$ 5.850,00 - cheque n. 851399, para o dia 28.9.2008; 4) R$5.850 - cheque 851397, para 28.10.2008; 5) R$5.850 - cheque 851404, para 28.11.2008; 6) R$5.850 - nota promissória, para 28.10.2008; 7) 19 parcelas de R$5.875,00, com início em 28.9.2008 e as demais para o dia 28 dos meses subsequentes, findando em 28.3.2010; 8) 3 parcelas de R$25.000,00, restando a primeira quitada quando da assinatura do aditivo e as demais por meio dos cheques 500367 e 500368, com vencimentos em 19.11.2008 e 19.12.2008, respectivamente; e 9) R$5.000,00 - nota promissória, para a data de 28.9.2008.
>
> E, segundo apontado na exordial, o débito em aberto consubstancia-se na devolução, pela instituição bancária, dos cheques de n. 851397 e 851404 (itens 4 e 5) e do não pagamento de 10 parcelas referentes ao item 7, totalizando R$70.450, não acrescidos de correção monetária e juros de mora.
>
> Cumpre salientar que não só as parcelas contratadas como a quantia efetivamente inadimplida pela Ré afiguram-se matéria incontroversa nos autos, pois, em sede de contestação, ela não impugnou qualquer desses valores, limitando-se a discutir os termos do contrato em caso de rescisão contratual, sequer apresentando fato impeditivo ou extintivo do direito da Autora ou outra solução para a lide, como por exemplo, a consignação dos valores devidos.
>
> Desta feita, equivocou-se o Magistrado a quo ao julgar a lide com base unicamente no cálculo apresentado com a notificação extrajudicial juntada às fls. 50-53 (R$ 37.280,84), realizada antes do ajuizamento da ação e, inclusive, retificada com a notificação extrajudicial de fls. 71-74.
>
> Portanto, conclui-se que o valor inadimplido totaliza mais de 30% do contrato, ou seja, quase um terço do total, razão pela qual mister se faz afastar a tese adotada no *decisum* de primeira instância para declarar rescindido o negócio de promessa de compra e venda de imóvel entabulado entre as partes em face da mora da ora Recorrida, com a consequente reintegração da posse da Autora e o pagamento da cláusula penal fixada em 15% sobre o valor da avença.

Mesmo a autora admite, nas razões do especial, o inadimplemento de mais de 30% (trinta por cento) do contrato (e-STJ, fl. 264):

> O Douto Desembargador afastou a teoria do adimplemento substancial do contrato, e fez sob a alegação de que o valor devido superar em 30% o valor do contrato, o que a contrário senso presume-se que na hipótese de adimplemento de 70% a teoria se aplicaria no caso em tela, notem que a diferença que faltou foi de apenas 0,51%.
>
> Vale lembrar que este Egrégio Tribunal aplica tal teoria, ***o que se busca agora é que seja considerado o pagamento de 69,49% como adimplemento substancial do contrato e que este seja mantido e possibilitado o pagamento do restante do débito***.
>
> Impende frisar que não se busca uma reanálise do conteúdo probatório, pois isto já foi executado no TJSC, e neste já restou demonstrado o débito existente e o valor adimplido, a reforma do r. acórdão é no sentido da aplicação da teoria substancial do contrato ***considerando o valor pago de R$ 160.425,00 (que equivale a 69,49% de R$ 230.875,00***) e a dissidência jurisprudencial entre os tribunais de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

Em tais circunstâncias, penso que não estão presentes os requisitos para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, conclusão a que se chega tão só pelo exame do critério quantitativo, cujo relevo dispensa perquirir os demais elementos do negócio jurídico e de sua execução.

Neste caso, o que se pode adjetivar de substancial é a inadimplência da recorrente, e não a parcela que cumpriu da avença. O débito superior a um terço do contrato de mútuo, incontroverso, jamais poderá ser considerado irrelevante ou ínfimo.

O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. Definitivamente, não. A sua incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional. Sua aplicação, ademais, exige o preenchimento dos seguintes requisitos, bem delineados no julgamento do antes mencionado Recurso Especial n. 76.362/MT: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários. É a presença dessas condições que justifica a excepcional intervenção do Judiciário na economia do contrato.

Registro que sua utilização incontida pode avançar sobre direitos do credor e modificar as condições que foram levadas em consideração no momento em que estabelecidas as bases da contratação. A longo prazo, seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos. Como afirmam Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schimidt: "*[a] liberdade contratual implica autodeterminação e responsabilidade pelos próprios atos. As partes que celebram um contrato devem arcar com as consequências que isso possa acarretar, desde que não tenham sido ludibriadas ou enganadas de alguma forma, nem tenham sido coagidas. (...) O Direito dos Contratos e a liberdade contratual não são fins em si mesmos. São meios para permitir às partes exercer seu direito de autodeterminação. Evidentemente, um contrato deve ser o resultado de um ato de autodeterminação de ambas as partes. E o Direito precisa garantir que ambas as partes de fato possam tomar uma decisão autodeterminada*" (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. RODAS, Sérgio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schimidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. ano 2. p. 329/362. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out-dez. 2015. p. 355).

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

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: No cálculo, faltam 30% (trinta por cento), nesse caso aqui, não é? Não seria aplicável, mesmo em tese, à teoria do adimplemento substancial, porque aqui o inadimplemento é muito expressivo. Já se afasta a aplicação da teoria. Nesse caso, sequer em tese seria aplicável a teoria, não é?

Peço ao eminente Relator para lermos a ementa que Vossa Excelência nos traz para vermos que tese a Corte estará firmando neste caso.

Senhora Presidente, eu gostaria de cumprimentar o eminente Relator pela qualidade do primoroso voto que nos traz. Acho que as importantes considerações que aborda sobre a teoria do inadimplemento substancial em seu voto nos colocam diante de duas opções: a de adotarmos os pressupostos daquele referido Recurso Especial n. 76.362/MT, que Sua Excelência destaca na ementa que nos leu, ou a de exigirmos os requisitos que são apontados às fls. 8 de seu voto, como os que atualmente são adotados no Direito inglês, que

formula três requisitos: a) a insignificância do inadimplemento – que é bem objetivo; b) - a satisfação do interesse do credor – esse que é o ponto nodal que distingue a aplicação da teoria em relação ao Direito inglês, parece que é o que nossos precedentes apontam, que é a possibilidade de que o credor tenha o seu crédito satisfeito com a aplicação da teoria, e não que se permita que ele vá por outros meios ainda buscar a satisfação dos seus direitos.

Então, quando se aplicou naquele precedente que Sua Excelência destaca, em um exemplo, que alguém contratou a construção da casa, o construtor a edificou e ao final faltavam apenas algumas maçanetas nas portas, e o proprietário do imóvel não quis pagar o preço do imóvel por falta desse insignificante percentual na encomenda que fizera, obrigou-se aquele que contratara a construção a pagá-la, mas permitiu-se que descontasse o valor das maçanetas que não constavam nas portas naquela construção, de modo que, com a aplicação da teoria, todos ficaram adequadamente atendidos. Ou seja, alguém construiu a casa, recebeu pelo que construiu, porém não entregou maçanetas, que puderam ser descontadas do valor que seria pago pelo contratante da construção.

Então, é muito importante o item "b" que o eminente Relator aponta em seu detalhado e valioso voto: a satisfação do interesse do credor com a aplicação da teoria.

Afinal, o que pode levar as partes, especialmente o credor, a uma situação incômoda é que o Poder Judiciário considere aplicável a teoria do adimplemento substancial sem proporcionar ao credor, de logo, com a aplicação, o meio de obtenção da satisfação do seu crédito, ainda que por outra via, como naquele caso em que se permitiu o desconto do valor das maçanetas. Esse, acho, é o ponto que, em uma sintonia muito fina, no controle mais refinado da aplicação da teoria, nos permite avaliar o voto magistral do *Ministro Antonio Carlos Ferreira*. Sua Excelência traz todos esses detalhes, permitindo-nos agora, em um exercício de técnica mais refinada acerca da aplicação da teoria, deliberar acerca disto: se deveremos, ao aplicar a teoria do adimplemento substancial, fazê-lo quando no caso concreto houver meios de proporcionar ao credor a satisfação de seu direito, ainda que por meio outro que não aquele inicialmente previsto pelas partes. Quando houver uma insignificância no inadimplemento, essa parte insignificante possa ser, de alguma forma, compensada para que o credor não fique ainda sujeito a ir buscar por outras vias, como naquela opção adotada no precedente do Superior Tribunal de Justiça, a satisfação mais plena do seu direito.

Senão fica o devedor em uma situação confortável, porque o Judiciário o isenta completamente de pagar aquela parcela ínfima que deve, que ainda deve, e, apesar de ainda dever, ficar como que recebendo um tratamento de contratante adimplente, quando, na verdade, não foi totalmente adimplente. Isso é mais importante ainda no nosso Direito, em que não está positivada a adoção da teoria, embora haja uma tendência forte de sua consagração entre nós. Mas temos esses aspectos que, neste momento de debate, trago à nossa reflexão.

Temos duas maneiras de aceitar a aplicação da teoria, parece-me, de acordo com o voto do eminente Ministro Relator: uma, considerando o contrato praticamente cumprido e ensejando ao credor que ainda vá buscar, por outros meios, em outra ação, o ressarcimento dessa parte, que é insignificante, do inadimplemento. Essa é a opção "a", que vem sendo adotada nos nossos precedentes. A opção seguinte, que é aquela apontada no Direito inglês pelo eminente Relator, é a que exige que, na hipótese de que o Judiciário esteja aplicando a teoria, haja a possibilidade de satisfação do interesse do credor. Não vamos nessa segunda hipótese deixar que o credor ainda vá buscar em outra ação a satisfação daquela parcela insignificante. Teremos que encontrar uma forma, ou o devedor deverá encontrar uma forma de satisfazer aquele seu inadimplemento insignificante no próprio caso em que tratada a questão. Por exemplo, abre-se o prazo de tantos dias para ele adimplir.

Porque, se colocarmos na ementa que os requisitos são aqueles que vêm apontados pelo eminente Relator, de acordo com os nossos precedentes, estaremos optando por apenas dar ao credor o direito de ainda perseguir os seus interesses, mas não estaremos satisfazendo o interesse do credor. Isso é bem diferente da opção adotada no Direito inglês, em que se aplica a teoria por constatar ser possível a completa satisfação do interesse do credor.

Não estou discutindo o caso. O que estou discutindo aqui é a tese da aplicação da teoria. É uma tese distante tanto do caso que temos agora com o *Ministro Antonio Carlos Ferreira* como daquele outro caso, do precedente. O que discuto agora é como, em tese, permitiremos a aplicação da teoria, porque os nossos julgados servem para orientar todo o Judiciário.

A fragilidade dos nossos precedentes, a inconveniência dos nossos precedentes é que eles não solucionam o caso completamente. No próprio precedente do eminente *Ministro Ruy Rosado de Aguiar*, referido pelo eminente Relator, o que se diz no item *c* da ementa (Recurso Especial n. 76.362/MT)? "*A resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a*

importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio." Quer dizer, ainda se está remetendo à parte para buscar outras vias...

Mas veja-se que noutra hipótese, o STJ não dispensou o segurado de pagar aquela prestação que atrasara. Então, o interesse do credor, seguradora, ficou satisfeito.

Senhora Presidente, faço ressalva em relação à colocação, na ementa, do item n. 3, no qual estaremos estabelecendo os requisitos. Se estabelecermos esses requisitos, depois não poderemos cobrar outros. Os requisitos serão o "a", o "b" e o "c", constantes da ementa do eminente Relator e que se referem ao precedente do eminente *Ministro Ruy Rosado de Aguiar*. Esses serão os condicionantes se isso constar da ementa.

Já não tenho essa compreensão, porque entendo que o item n. 3 não está tratando do caso, mas está anunciando para toda a coletividade que a aplicação da teoria pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos.

Temos de deliberar acerca de quais são os requisitos. Se aqueles três do Direito Inglês, vamos dizer assim, ou esses três dos nossos precedentes. Só isso.

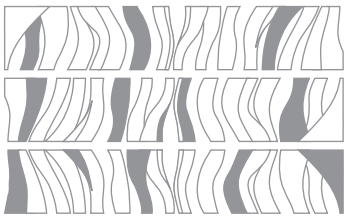
Não estamos legislando, mas estamos doutrinando. O Judiciário é formador de doutrina; nesse caso, é doutrina pura.

Acho que deveríamos votar se aprovamos esses requisitos ou aqueles outros, e pronto. Fico vencido, os requisitos são esses ou aqueles, só acho isso. Ou, então, excluiríamos da ementa esse enunciado de que os requisitos são esses e deixaríamos só dentro do voto – aí, sim, fica para o caso.

Acompanho o Ministro Relator, com a ressalva relativa aos requisitos.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, também eu cumprimento o Ministro Relator por seu primoroso voto e o acompanho, porque observo que, neste caso, não há um adimplemento substancial, mas, sim, um inadimplemento substancial. E acompanho também a ressalva de fundamentação do Ministro Raul Araújo, que entende que, quando houver aplicação da teoria do adimplemento substancial, deve ser preservado o direito do credor à satisfação da obrigação, sem necessidade do ajuizamento de outra demanda para tal fim. Mas, no caso, não se põe essa questão, porque, evidentemente, aqui não há, sob qualquer aspecto, adimplemento substancial, uma vez que houve um inadimplemento superior a 30% (trinta por cento) do total do pacto.



Quinta Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 688.225-SP (2015/0086088-0)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas
Embargante: E C N de A
Advogado: Marcelo Vilela de Lima e outro(s) - SP243269
Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Processo Penal. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Revisão do julgado. Impossibilidade. Execução provisória de pena restritiva de direitos. Embargos rejeitados.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito.

3. Embargos de declaração rejeitados.

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, rejeitar os embargos e indeferir o pedido do Ministério Público Federal. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 28.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de embargos de declaração opostos por *E. C. N. de A.* contra acórdão da Quinta Turma, que, por incidência da Súmula 182/STJ, negou provimento ao agravo regimental, ao mesmo tempo em que não reconheceu a prescrição da pretensão punitiva.

A embargante alega, em síntese, que: a) "foram impugnados os termos da decisão que monocraticamente não conheceu do Recurso Especial"; b) "toda a matéria foi exposta, as razões do inconformismo devidamente demonstradas, bem como, a via recursal foi correta"; e c) "o presente recurso além de pugnar pela correção de omissão e contradição presentes no v. acórdão, busca também Pré-Questionar matéria que será ventilada em eventual futuro Recurso para o processamento e conhecimento do Recurso Especial interposto, ou então, a impetração de *Habeas Corpus*" (e-STJ, fls. 1.653-1.654).

Requer, portanto, sejam acolhidos os embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Os embargos não merecem ser acolhidos.

Dispõe o Código de Processo Penal:

> Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Colhe-se da decisão embargada:

> O recurso não merece provimento.
>
> Colhe-se da decisão agravada:
>
> > O recurso não merece ser conhecido.
> >
> > No agravo, cumpria à recorrente impugnar especificamente todos os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. Entretanto, não demonstrou a inaplicabilidade das Súmulas 7/STJ e 284/STF e a inadequação da via eleita, limitando-se a reeditar as razões expendidas no recurso

> especial e a afirmar que "verifica-se que a questão suscitada, vai muito além do que a simples apreciação de prova, indicando o descumprimento e não observância de lei federal." (e-STJ, fl. 1.412).
>
> No caso, aplica-se a Súmula 182/STJ: "é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço do agravo. (e-STJ, fl. 1.550.)

Não assiste razão à recorrente, pois, no caso, incide o óbice contido na Súmula 182/STJ, tendo em vista que deixou de impugnar, no seu agravo em recurso especial, de forma específica, os fundamentos das Súmulas 7/STJ e 284/STF e a inadequação da via eleita para discutir violação de dispositivos constitucionais.

Nesse sentido:

> Processual Penal. Agravo regimental em agravo no recurso especial. Homicídio qualificado. Decisão. Ausência de impugnação específica. Súmula 182 do STJ. Incidência.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, porquanto descumpridos os requisitos previstos no art. 544, § 4º, I, do CPC (AgRg no AREsp 484.357/SP, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Quinta Turma*, DJe 1º.9.2014).
>
> 2. Nos termos da Súmula 182 do STJ, "é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".
>
> 3. Agravo regimental não conhecido.
>
> (AgRg no AREsp 687.423/PI, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 4.8.2015.)

Por fim, no que se refere ao pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, embora tal argumento não tenha sido objeto dos recursos de agravo e especial, por se tratar de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelo julgador, em qualquer tempo e grau de jurisdição, passo ao seu exame.

Segundo se infere dos autos, a agravante, por fato datado entre abril de 2004 a janeiro de 2005, foi condenada como incursa 5 vezes no art. 168, § 1º, III, na forma do art. 71 do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão inicialmente em regime aberto e 24 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

A denúncia em seu desfavor foi recebida em 3.3.2008 e a sentença condenatória publicada em 1º.3.2012 (e-STJ, fls. 236 e 606).

Houve recurso da defesa e o Tribunal de origem redimensionou a pena da ora agravante para 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 17 dias-multa, reduzindo a prestação pecuniária para sete salários mínimos (e-STJ, fls. 947-969). Essa decisão foi publicada em 23.9.2013 (e-STJ, fl. 970). Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados em decisão publicada no dia 15.7.2014 (e-STJ, fl. 1048).

Interposto recurso especial pela agravante, o Tribunal a quo inadmitiu-o com fundamento nas Súmulas 7/STJ e 284/STF e na impossibilidade de análise de dispositivos constitucionais. No exame do agravo em recurso especial, diante da ausência de impugnação específica de todos os fundamentos estabelecidos na decisão de admissibilidade, não conheci do recurso.

Por oportuno, quanto ao cálculo da prescrição punitiva, convém destacar que, em recente julgado desta Corte (EAREsp n. 386.266/SP), a Terceira Seção firmou o entendimento de que apenas a interposição do recurso cabível impede a formação da coisa julgada. Na oportunidade, assentou-se ainda que, sendo a decisão que inadmite o recurso especial de natureza eminentemente declaratória (*ex tunc*), o trânsito em julgado retroagirá a data de escoamento do prazo para a interposição do recurso cabível.

A propósito, confiram-se os fundamentos do mencionado julgado:

> *Penal e Processual. Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Superação da Súmula 315 do STJ, em caráter excepcional. Recurso especial inadmitido na origem. Decisão confirmada no âmbito do STJ. Formação da coisa julgada. Momento. Princípio da duração razoável do processo*. 1. Nos termos da Questão de Ordem acolhida nestes autos, a Súmula 315 do Superior Tribunal de Justiça foi superada, em caráter excepcional, para se admitir o processamento dos embargos de divergência em agravo. 2. Divergência estabelecida quanto à formação da coisa julgada quando o recurso especial é inadmitido na origem com posterior decisão do Superior Tribunal de Justiça confirmando essa inadmissibilidade. 3. Consoante posicionamento do Supremo Tribunal Federal, especificamente no âmbito do processo penal, não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível, pois o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado. 4. A decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário possui natureza jurídica eminentemente declaratória, tendo em vista que apenas pronuncia algo que já ocorreu anteriormente e não naquele momento motivo pelo qual opera efeitos *ex tunc*. Assim, o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível. 5. Recursos flagrantemente incabíveis

não podem ser computados no prazo da prescrição da pretensão punitiva, sob pena de se premiar o réu com a impunidade, pois a procrastinação indefinida de recursos contribui para a prescrição. 6. Conclusão que mais se coaduna com o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, erigido a direito fundamental, que tem por finalidade a efetiva prestação jurisdicional. 7. O julgamento do agravo deve preceder à eventual declaração de prescrição da pretensão punitiva. Somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, "a") e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, "b" - 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível. Nas demais hipóteses previstas no § 4º, II, do artigo em comento, o especial é considerado admissível, ainda que sem sucesso, não havendo que se falar em coisa julgada operada ainda no Tribunal de origem. 8. Embargos de divergência acolhidos para reformar a decisão proferida no agravo, firmando o entendimento de que, inadmitido o recurso especial pelo Tribunal de origem, em decisão mantida pelo STJ, há a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término do prazo para interposição do último recurso cabível. 9. Retorno dos autos à Sexta Turma para que decida o agravo interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, matéria prejudicial à verificação da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Assim, se a decisão que inadmite o recurso especial for confirmada por esta Corte, como na hipótese destes autos, o marco final da prescrição será a data de escoamento do prazo para a interposição do recurso cabível.

Nesse contexto, verifica-se que não houve a prescrição da pretensão punitiva.

Fixada a pena da agravante em 1 ano, 4 meses e 13 dias de reclusão, descontado o aumento decorrente da continuidade delitiva (Súmula 497/STF), para o reconhecimento dessa prescrição, seria necessário o transcurso de 4 (quatro) anos entre os marcos interruptivos, o que não ocorreu (art. 109, V, do CP). O fato delitivo é datado de 2005; a denúncia foi recebida em 3.3.2008; a sentença condenatória foi publicada em 1º.3.2012; e, confirmado o juízo negativo de admissibilidade do recurso especial interposto pela defesa, o trânsito em julgado operou-se em 31.7.2014.

A esse respeito:

Processual Penal. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Recurso especial inadmissível. Trânsito em julgado que retroagirá à data do último recurso cabível na origem. Precedente: EAREsp n. 386.266-SP. Exame da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente. Impossibilidade.

> *Embargos de declaração rejeitados*. 1. No julgamento do EAREsp n. 386.266-SP, foi estabelecido que, em agravo em recurso especial, o eventual reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deve ser precedido do exame da admissibilidade do recurso especial, a partir do qual será determinado se a data do trânsito em julgado retroagirá ou não ao último dia do prazo de interposição do recurso cabível na origem. 2. Na hipótese, o agravo em recurso especial confirmou a inadmissibilidade do recurso especial, com base nos seguintes fundamentos: a) a fundamentação deficiente em relação à violação do art. 619 do Código de Processo Penal atrai a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal e b) a análise da violação de dispositivo da Constituição Federal em recurso especial é inviável, em razão da competência exclusiva do Pretório Excelso. 3. Mantida a decisão que inadmitiu o recurso especial, não há falar em prescrição da pretensão punitiva superveniente, pois a data do trânsito em julgado retroagirá ao último dia do prazo do recurso especial na origem.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 470.467/CE, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19.11.2015.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto. (e-STJ, fls. 1.646-1.649.)

O acolhimento dos embargos de declaração, ainda que manejados para fins de prequestionamento, depende da existência de omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade existente no julgado, o que não se verifica no presente caso.

Nesse sentido, julgado desta Corte:

> Processual Penal. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Omissão. Inexistência. Revisão da matéria. Impossibilidade de apreciação. Embargos de declaração rejeitados.
>
> 1. Não há falar em omissão do acórdão embargado na hipótese em que a matéria foi decidida com a devida e clara fundamentação, sufragando-se a impossibilidade de provimento do agravo em recurso especial, ante a incidência do Enunciado Sumular 7/STJ, bem como em razão da ausência da aventada violação aos arts. 535 do CPC e 619 do CPP.
>
> 2. Os embargos de declaração servem ao saneamento do julgado eivado de um dos vícios previstos no art. 619 do Código de Processo Penal - ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão -, e não à revisão de decisão de mérito, com a qual não se conforma o embargante.
>
> 3. Mesmo para fins de prequestionamento, os embargos de declaração têm suas hipóteses de cabimento restritas ao art. 619 do CPP, ausentes na espécie.

> 4. O magistrado não é obrigado a fundamentar sua decisão nos exatos termos em que solicitado pelas partes, sendo suficiente o explicitamento acerca de suas razões de convencimento.
>
> 5. Embargos de declaração rejeitados.
>
> (EDcl no AgRg no AREsp 468.778/BA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 1º.12.2015, DJe 11.12.2015)

A toda evidência, não há o que ser reparado no julgado.

O acórdão embargado esclareceu que o recurso não foi conhecido pela ausência de impugnação, de forma específica, aos fundamentos estabelecidos na decisão de admissibilidade, incidindo à espécie a Súmula 182/STJ.

Outrossim, constatado por esta Corte o juízo negativo de admissibilidade da origem, não foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em favor da embargante, pois não houve o transcurso de 4 anos entre os marcos interruptivos.

Ademais, O ***Ministério Público Federal*** protocolizou as Petições 167709/2016 e 370893/2016, nas quais requer a "imediata expedição da competente guia para o início da execução da pena" (e-STJ, fls. 1.555 e 1.970).

Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obsta a execução da decisão penal condenatória.

No entanto, à embargante foi imposta pena restritiva de direitos.

A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito.

A propósito:

> *Habeas corpus*. Penas restritivas de direitos. Execução provisória. Vedação.
>
> O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida.
>
> (HC 88.741/PR, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 4.8.2006.)

> *Habeas corpus.* Penas restritivas de direitos. Impossibilidade de sua execução definitiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pedido deferido.

- As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedentes.

(HC 89.435/PR, Rel. Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, DJe de 22.3.2013.)

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração e *indefiro* o pedido do Ministério Público Federal. Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso extraordinário.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 196.966-ES (2011/0028260-1)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik
Impetrante: Cássio Rebouças de Moraes e outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
Paciente: Joaquim Souza Rifo

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso. Tribunal do Júri. Absolvição. Apelação da acusação. Submisssão do réu a novo julgamento. Acórdão com dois fundamentos distintos. Fundamento da incompatibilidade de quesitação da absolvição genérica afastado. Precedentes. Fundamento da manifesta contrariedade à prova dos autos mantido. Precedentes. O recurso ministerial previsto no art. 593, III, do CPP não ofende a soberania dos vereditos. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Via eleita inadequada. Constrangimento ilegal não verificado. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio

Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Na espécie, o Tribunal de origem proveu o apelo ministerial, determinando a realização de novo julgamento, sob dois fundamentos distintos: (1) contradição da decisão em si própria, em razão de os julgadores haverem reconhecido a materialidade e autoria delitiva e posteriormente absolvido o réu, sem que a defesa houvesse sustentado em plenário qualquer tese acerca da existência de exclusão da ilicitude e culpabilidade; e (2) existência de decisão manifestamente divorciada do contexto fático-probatório apurado na instrução criminal.

3. Relativamente à suposta contradição intrínseca da decisão, ou seja, suposta incompatibilidade entre as respostas aos quesitos, o fundamento do Tribunal *a quo* destoa da jurisprudência consolidada desta Corte Superior. Após as modificações no rito do Tribunal do Júri introduzidas pela Lei n. 11.689/2008 a quesitação aberta da absolvição não pode ser tida contraditória em relação ao reconhecimento da autoria e materialidade do crime. Precedentes.

4. Todavia, a existência do quesito obrigatório da absolvição não impede a interposição de recurso ministerial, uma única vez, sob a alegação de que a condenação do primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos.

O juízo absolutório dos jurados, proferidos com esteio no art. 483, III, do Código de Processo Penal – CPP em primeiro julgamento, não é absoluto ou irrecorrível, podendo ser afastado quando distanciar-se completamente das provas colhidas, permanecendo a possibilidade de o *Parquet* recorrer sob o argumento de que a condenação foi manifestamente contrária às provas dos autos, mesmo após as vigência da Lei n. 11.689/2008.

5. O Tribunal de Justiça local, com base no exame do suporte probatório e lastreado pelo depoimento das testemunhas, demonstrou a possibilidade de ter havido julgamento manifestamente contrário à prova dos autos.

6. O *habeas corpus* não é a via adequada ao exame do acerto ou desacerto da decisão impugnada, pois a alteração do que ficou

estabelecido no acórdão, quanto à existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, demandaria a análise aprofundada no conjunto fático-probatório.

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), 6 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 17.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de *Joaquim Souza Rifo*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Espírito Santo – TJ/ES (Apelação Criminal n. 47099179419).

Infere-se dos autos que o paciente foi denunciado e pronunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, I e IV (homicídio qualificado) c/c art. 29 (concurso de agentes), todos do Código Penal – CP. Submetido a julgamento pelo Tribunal do Juri da Comarca de São Mateus/ES, o paciente foi absolvido pelo Conselho de Sentença (fls. 49/54).

Irresignada, a acusação interpôs apelação, que foi provida, conforme acórdão assim ementado:

> Apelação criminal. Absolvição do apelado nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso I e IV, do Código Penal. Decisão dos jurados absolutamente contraditória e manifestamente contrária à prova dos autos - art. 593, inciso III, "d", do CPP. Recurso provido.
>
> Tendo os jurados admitido a presença da autoria e da materialidade delitivas, é contraditória a decisão que, apreciando o quesito objetivo da absolvição,

> afasta a possibilidade de imposição da sanção estatal al acusado quando não restar sustentada em plenário qualquer tese que abrigue causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.
>
> Ademais, estando a decisão dos jurados em desconformidade com as provas coligidas nos autos, nos moldes do que determina o artigo 593, inciso III, "d" do CPP, impõe-se seja submetido o Réui a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.
>
> Recurso provido. (fl. 111)

No presente *writ*, o impetrante alega que a Lei n. 11.689/2008 alterou diversos aspectos o rito do Tribunal do Júri, conferindo, inclusive, nova redação ao art. 483 do Código de Processo Penal – CPP, que fortalece a íntima convicção do Conselho de Sentença, mediante a inserção de quesito obrigatório referente à absolvição do réu.

Alega que um dos motivos da aduzida alteração legislativa *foi justamente não enaltecer os motivos dos jurados para a absolvição ou condenação e sim respeitar o veredito final seja qual for o motivo primordial que o construiu* (fl. 7). Assim, no entender do impetrante, o acórdão impugnado violou o princípio da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri, estampado no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da Constituição Federal.

Frisa, ainda, que o Juiz que presidiu o julgamento entendeu por bem não aplicar o art. 490 do CPP, cuja redação possibilita a repetir votação de quesito na hipótese de o Magistrado aventar contradição com outras respostas anteriormente dadas pelo corpo de jurados.

Sustenta, ademais, que, após a reforma processual de 2008, *não há uma necessária obrigatoriedade de que sejam arguídas teses excludentes de ilicitude ou culpabilidade para que o jurado venha a votar sim pela autoria e, mesmo assim, ao final entenda por absolver o acusado*. (fl. 12)

Aduz, também, que a função de jurado é norteada por uma sistemática de convencimento diferenciada, que representa a sociedade. Assim, alega ser incabível realizar uma análise técnica e valorativa frente a um veredito constitucionalmente soberano e socialmente sábio como o do Tribunal do Júri.

Ressalta, por fim, que, no caso concreto, os jurados votaram pela participação de menor importância do paciente nos fatos para depois absolvê-lo da imputação de homicídio. Assim, pondera que, nesse contexto, não há como dizer que um decreto dessa natureza seria contraditório ou afastado da produção probatória, uma vez amparado pela íntima convicção dos jurados que autoriza a absolvição.

Pugna, assim, em liminar, a suspensão da Ação Penal n. 047.09.917941-9 da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Mateus/ES até o julgamento do presente *writ*. No mérito requer a concessão da ordem para cassar o Acórdão proferido pelo Tribunal de origem, mantendo, consequentemente, a absolvição do paciente.

A medida liminar foi indeferida na decisão de fls. 127/128.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 138/147 e o Juízo de primeiro grau às fls. 165/181.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, no parecer de fls. 308/312.

Em consulta ao sistema informatizado do Tribunal de origem, verificou-se que o paciente não foi submetido a novo julgamento em razão do congestinonamento de pauta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): 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.

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo, *in verbis*, trecho da sentença que trata da absolvição do paciente:

> *Acusado Joaquim Souza Rifó*
>
> O ***Conselho de Sentença*** ao analisar o quesito 01, reconheceu que no dia 03 de abril de 2008, por volta das 11hs30min, na Rua Castelo Dutra, em frente à residência n. 42, no Bairro Ideal, nesta cidade e comarca, *Paulo Roberto Rafael de Oliveira* foi vítima de disparos de arma de fogo, causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico de fl. 378/379.
>
> O ***Conselho de Sentença***, ao votar o quesito 02, reconheceu que essas lesões deram causa à mote da vítima ***Paulo Roberto Rafael de Oliveira***.
>
> O ***Conselho de Sentença***, ao analisar o quesito 03, afirmou que o réu *Joaquim Souza Rifó* concorreu para o crime ao indicar a pessoa que executou o crime, bem como fornecer o veículo para transporte e fuga do executor dos disparos de arma de fogo.

> O ***Conselho de Sentença***, ao enfrentar o quesito 04 afirmou que o acusado Joaquim de Souza Rifó teve participação de menor importância.
>
> O ***Conselho de Sentença***, ao enfrentar o quesito 05, entendeu por absolver o acusado *Joaquim Souza Rifó*. (fl. 51)

Diante das respostas do Júri Popular aos quesitos, de um lado a defesa alega ser perfeitamente possível a absolvição do acusado na última quesitação, ainda que não haja teses anteriores sobre a excludente de ilicitude e culpabilidade. De outro lado, a Corte estadual afirma que "*a decisão do Tribunal do Júri se encontra flagrantemente contrária a si própria e, em especial às provas produzidas pelas partes*". (fl. 120 – grifo original)

Verifica-se, portanto, que o TJ/ES proveu o apelo ministerial sob dois fundamentos distintos: (1) contradição da decisão em si própria, em razão de os julgadores haverem reconhecido a materialidade e autoria delitiva e posteriormente absolvido o réu, sem que a defesa houvesse sustentado em plenário qualquer tese acerca da existência de exclusão da ilicitude e culpabilidade; e (2) existência de decisão manifestamente divorciada do contexto fático-probatório apurado na instrução criminal.

Relativamente à suposta contradição intrínseca da decisão, ou seja, suposta incompatibilidade entre as respostas aos quesitos, o fundamento do Tribunal *a quo* destoa da jurisprudência consolidada desta Corte Superior. Nesse ponto específico, assiste razão ao impetrante quanto ao argumento de que – após as modificações no rito do Tribunal do Júri introduzidas pela Lei n. 11.689/2008 – a quesitação aberta da absolvição não pode ser tida como contraditória em relação ao reconhecimento da autoria e materialidade do crime, ainda que inexista discussão acerca de excludentes de ilicitude e culpabilidade.

Nesse sentido:

> Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Incidência da Súmula 568/STJ. Tribunal do Júri. Autoria e materialidade reconhecidas. Absolvição do réu. Contradição. Inexistência. Absolvição genérica. Quesito obrigatório independentemente da tese defensiva.
>
> 1. Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade em razão de se ter julgado o presente recurso por meio de decisão monocrática, uma vez que, de acordo com a Súmula 568/STJ, "o relator, monocraticamente, e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

> *2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal traduz uma liberalidade em favor dos jurados, os quais, soberanamente, podem absolver o acusado mesmo após terem reconhecido a materialidade e autoria delitivas, e mesmo na hipótese de a única tese sustentada pela defesa se a de negativa de autoria. Precedentes.*
>
> 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.490.4467/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca Moura, Quinta Turma, julgado em 24.5.2016, DJe 1º.6.2016).

> Recurso especial. Penal e Processual Penal. Tribunal do Júri. Autoria e materialidade reconhecidas. Contradição com quesito sobre absolvição. Inexistência. Absolvição genérica. Quesito obrigatório independentemente da tese defensiva. Recurso provido.
>
> *1. Nos termos do art. 483, III, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei n. 11.689/2008, é obrigatória a formação e resposta pelos Jurados do quesito geral referente à absolvição do réu, ainda que a única tese defensiva seja a negativa de autoria, implicando sua ausência nulidade absoluta da sessão de julgamento realizada pelo Júri Popular.*
>
> 2. Recurso provido. (REsp 1.302.455/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20.5.2014, DJe 29.5.2014).

Todavia, a existência do quesito obrigatório da absolvição não impede a interposição de recurso de apelação ministerial, uma única vez, sob a alegação de que a condenação do primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos.

A propósito trago, oportunamente, decisão colegiada da Quinta Turma do STJ, anulando acórdão da Corte de origem – que contrariava o art. 483, III, do CP – determinando, contudo, o retorno dos autos à Corte estadual para apreciar as demais alegações contidas no recurso ministerial. Vejamos:

> Processo Penal. Agravo regimental no agravo regimental no recurso especial. Tribunal do Júri. Absolvição do réu. Acolhimento de tese defensiva não apresentada em plenário. Possibilidade. Princípio da íntima convicção dos jurados. Agravo não provido.
>
> 1. Esta corte tem decidido que, embora os jurados tenham respondido positivamente aos quesitos da autoria e da materialidade, é possível a absolvição do réu amparada em qualquer tese defensiva, ainda que não sustentada em plenário, como decorrência lógica do sistema da íntima convicção e consagrado na norma insculpida no inciso III do art. 483 do Código de Processo Penal (Precedente).

> É de rigor, portanto, a nulidade do acórdão recorrido na parte em que invalidado o julgamento do Tribunal do Júri, cabendo ao Tribunal a quo exame das demais alegações trazidas pelo Ministério Público que tiveram sua análise prejudicada com o acolhimento da referida preliminar.
>
> 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgR no REsp 13082587/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 22.10.2015).

Com efeito, o juízo absolutório dos jurados, proferidos com esteio no art. 483, III, do CPP em primeiro julgamento, não é absoluto ou irrecorrível, permanecendo a possibilidade de o *Parquet* recorrer sob o argumento de que a condenação foi manifestamente contrária às provas dos autos, mesmo após as vigência da Lei n. 11.689/2008.

Em resumo a redação no art. 483, III, do CPP não derrogou o art. 593, III, do CPP e a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não ofende a soberania dos vereditos a anulação de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, em segundo grau de jurisdição, quando esta se mostrar diametralmente oposta às provas dos autos, ainda que os jurados tenham respondido positivamente ao terceiro quesito da absolvição genérica.

Nesse sentido:

> Penal. Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Tentativa de homicídio. Absolvição pelo Tribunal do Júri. Art. 483, III, do CPP. Recurso ministerial. Submissão a novo Júri. Decisão contrária à prova dos autos. Possibilidade. Soberania dos vereditos. Inexsitência de ofensa.
>
> 1. (...)
>
> 2. Ao prever a Lei n. 11. 689/2008 que podem os jurados absolver o acusado mesmo sem rejeitar a existência do fato ou sua autoria (art. 483, inc. III, do CPP), apenas facilitou ao juiz leigo o acolhimento de teses quaisquer da defesa ou mesmo expressar diretamente seu convencimento final pela absolvição. Houve simplificação dos quesitos, não ampliação dos poderes do Júri.
>
> 3. *Permanece na nova sistemática de quesitação garantido ao Tribunal de Apelação o exame de conformidade mínima da decisão dos jurados à prova dos autos, por única vez (art. 593, III, d, c/c § 3º, do CPP).*
>
> 3. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 288.054/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18.9.2014, DJe 3.10.2014).

Portanto, no caso concreto, embora inadmissível o fundamento de que haveria incompatibilidade entre os quesitos, a determinação de novo julgamento

deve ser mantida pelo segundo fundamento do acórdão impugnado – suficiente por si só – no sentido de que decisão do Tribunal Popular foi manifestamente contrária às provas dos autos.

Nesse ponto, observo que o fato de inexistir registro em ata de aplicação da regra descrita no art. 490 do CPP, em nada interfere na solução do caso concreto, porquanto o mencionado dispositivo refere-se exclusivamente à suposta incompatibilidade entre os quesitos, ao passo que acórdão impugnado deve ser mantido por fundamento diverso, qual seja, a manifesta contrariedade da decisão dos jurados frente ao acervo probatório.

Na espécie, o Tribunal de origem, para concluir que houve decisão manifestamente contrária à prova dos autos, teceu as seguintes considerações:

> [...]
>
> Inconformado, o Ministério Público interpôs presente apelo, por meio do qual pleiteia a *realização de outro julgamento*, sob o argumento de que a decisão proferida foi manifestamente contrária às provas dos autos, nos moldes do art. 593, inciso III, "d" do Código de Processo Penal.
>
> Para corroborar seu intento, sustenta o Parquet que a decisão dos jurados, além de afastada das provas colhidas no curso da instrução criminal, é contraditória, pois os julgadores inicialmente reconheceram a presença da materialidade e da autoria delitivas em, no quesito posterior, absolveram o acusado sem que Defesa houvesse sustentado em plenário qualquer tese acerca da existência e causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.
>
> Registre-se, de início, que a *materialidade delitiva* restou evidenciada pelo laudo de exame cadavérico (fl. 379) e pela perícia realizada no local do crime (fls. 412/439).
>
> No que concerne à *autoria*, deve-se destacar que o exame sistemático das provas produzidas direciona no sentido de que há elementos suficientes para atribuir a prática do crime ao Recorrido, tal como conclui os nobres jurados no veredicto. Vejamos:
>
> Inicialmente, vê-se que o *co-réu Alexander Souza Silva*, ao ser inquirido na fase investigativa, confessou ter entrado em contato com o recorrido visando a indicação da pessoa que seria o executor do homicídio.
>
> Nessa ocasião, segundo o próprio relato fornecido, *o apelado conduziu o citado réu à residência do outro comparsa e, em momento posterior, emprestou seu automóvel para que este se dirigisse até a cidade de São Mateus, a fim de praticar a ação criminosa*. Confira-se
>
> > ... Que confirma as declarações prestadas anteriormente e tem a esclarecer *que realmente conheceu GIM "Geazi Lopes da Silva" na quarta-feira,*

> *dia que antecedeu os fatos, pois quando foi até a casa do Joaquim Rifo, (...) em conversa com o Joaquim disse que não mexia mas arrumava um "menino" que fazia quando então no mesmo dia, quarta feira à noite, o Joaquim telefonou para o Geazi e foi com o declarante até a casa do Geazi em Nova Almeida*, que fica perto da casa do Joaquim que é em Coqueiral; que foram na casa do Geazi com o carro do Joaquim, um Fiat Uno na cor branca, quando pegaram o Geazi, o declarante deixou seu carro com o Joaquim e vieo com o Fiat Uno e o Geazi para fazerem o serviço; *que após o assasinato retornaram para Nova Almeida, onde deixou o Geazi na frente da casa dele e retornou para a casa do Joaquim e conversou com ele sobre o pagameto do Geazi poderia vir em Montanha buscar o dinheiro no carro do Joaquim, quando o Juaquim disse que leme mesmo viria*... (fl. 110)

Aliás, impende ressaltar que *o próprio recorrido confirmou que o teor das informações prestadas no depoimento suso transcrito*, afirmando que forneceu todo o auxílio solicitado pelo co-réu Alexander, inclusive no que toca ao contrato inicial com o executor do delito e o empréstimo do automóvel já citado alhures.

Nesse sentido é o teor das declarações do recorrido acostada às fls. 328/329, consoante se afere:

> ... Que em conversa com o Alex, este disse ao declarante que precisava matar um cara (...); que o Alex pediu ao declarante para ir com ele conversar com o Gil (Geazi Lopes da Silva), para fazer o serviço, quando então *o declarante disse ao Alex que ele mesmo conversava com o Gil, pois já se conheciam, afirmando o declarante que não mexia com este tipo de coisa, tendo o declarante fornecido ao Alex o número do telefone cecluar do Gil*; que então o Alex pediu o carro do declarante emprestado, um Fiat Uno na cor branca, e saiu o Alex no fiat Uno do declarante e o corola Azul logo atrá e seguiram rumo a Nova Almeida, na casa de Gil 9...); que fez o favor para Alex por ter uma filha que mora na casa da avó do Alex, e só fez por amizade com Alex... (fl. 328/329)

Na fase judicial, contudo, os reús supracitados se retratarm das versões fornecidas, adotando posicionamentos incongruentes e contraditórios.

Assim, parece-me que *as declarações apresentadas no calor dos acontecimento e que não sofreram nenhum vício de manifestação de vontade devem merecer mais relevo na valoração probatória do que os depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório*.

Impõe-se ressaltar, nesse particular, que os acusados não se desimcumbiram do ônus de indicar os vícios que os fizeram apresentar versões antagônicas no curso processual, situação que afasta a credibilidade das novas teses trazidas aos autos.

> De todo modo, faz-se oportuno salientar que a versão apresentada pelos acusados na fase inquisitorial está devidamente respaldada em prova judicializada, como exemplifica o depoimento prestado pelo policial militar Antônio Calixto Carrafa (fls. 644/646);
>
> > ... que a conclusão que pode chegar nas investigações das quais participou foi que *o Arquibaldo negociou com Alex que por sua vez contratou Joaquim que por sua vez contratou Geazi; que no dia do homicídio os três Geazi, Alex e Joaquim estavam presentes nos fatos*; que Geazi foi reconhecido por todos pois foi o único que mostrou o rosto em frente a residência da vítima; que os demais autores estavam nas imediações dando cobertura (...); *que Joaquim é elemento de alta periculosidade, tavez por esse motivo o Alex de início tentou deixar fora dos autos da sua participação*.
>
> Fixadas as premissas iniciais acerca da materialidade e autoria do crime, necessário aprofundar na análise do objeto recursal, a fim de verificar a existência da contrariedade no veredicto defendida pelo Ministério Público. (fls. 112/115)

Como se vê, para concluir que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária às provas dos autos, o Tribunal estadual pautou-se em depoimentos colhidos durante a instrução probatória, valendo-se da transcrição de vários depoimentos prestados na fase investigativa e judicial.

Constata-se que o Tribunal de Justiça local, com base no exame do suporte probatório e lastreado pelo depoimento das testemunhas, traçou premissas aptas a demonstrar a existência de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, tal qual apelado pelo *Parquet*, eximindo-se de emitir qualquer juízo de valor quanto ao mérito da acusação.

Nesse contexto, a alteração do que ficou estabelecido no acórdão impugnado, quanto à existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, demandaria a análise aprofundada no conjunto fático-probatório, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus* impetrado em substituição a recurso próprio. Não cabimento. Exame do suposto constrangimento ilegal. Homicídio qualificado. Ré absolvida pelo Tribunal do Júri. Apelação ministerial provida. Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Acórdão fundamentado. Exame da tese defensiva acerca da existência de duas versões acerca dos fatos. Análise aprofundada do conjunto fático/probatório dos autos. Vedação em sede do remédio constitucional. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. "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)" (HC 263.560/RJ, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, DJe de 23.9.2014).

3. "É inviável, por parte desta Corte Superior de Justiça, a análise acerca da aptidão das provas para a manutenção da decisão absolutória dos jurados, porquanto a verificação do conteúdo dos elementos de convicção produzidos no curso do feito implicaria o aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita. Precedentes." (HC 344.217/SP, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe de 19.2.2016).

4. Na hipótese, tendo o Tribunal de origem reconhecido, motivadamente, que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri mostrou-se manifestamente contrária à prova dos autos, não é dado a esta Corte Superior aferir se a decisão possui ou não amparo probatório nos autos. Referida providência demandaria minucioso cotejo fático/probatório, o que é vedado na via estreita do writ.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC 361.121/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23.8.2016, DJe 29.8.2016).

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso. Não cabimento. Tribunal do Júri. Julgamento contrário à prova dos autos reconhecido pelo Tribunal de origem. Ofensa à soberania dos veredictos. Não ocorrência. Inversão do julgado. Necessidade de ampla dilação probatória, vedada na via esteira do *writ*. Ausência de ilegalidade patente. *Habeas corpus* 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. A determinação para que o Tribunal do Júri realize novo julgamento, na hipótese prevista no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, não constitui violação da soberania dos veredictos.

3. *In casu*, o Tribunal *a quo*, após analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu, de maneira fundamentada, apontando efetivamente elementos probantes, que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos, não se cogitando, na espécie, do alegado constrangimento.

4. A discussão sobre o acerto ou o desacerto do acórdão do Tribunal que cassa decisão dos jurados contrária às provas dos autos demanda o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado sem sede de habeas corpus.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC 343.797/AC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24.5.2016, DJe 3.6.2016).

Habeas corpus. Impetração. Sucedâneo recursal. Impropriedade da via eleita. Júri. Absolvição. Apelação. Julgamento contrário à prova dos autos. Acórdão que determina novo julgamento. Aferição. Reexame de provas. Ausência de ilegalidade patente. Não conhecimento.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo recursal.

2. Concluindo o Tribunal que a prova produzida sob o crivo do contraditório não tem como dar supedâneo à absolvição proclamada pelo Júri, não há falar em nulidade do acórdão pela submissão do paciente a novo julgamento popular.

3. Aferição, ademais, cujo aprofundamento demanda revolvimento fático não condizente com âmbito mandamental e restrito do habeas corpus.

4. Ausência de flagrante ilegalidade apta a fazer relevar a impropriedade da via eleita.

5. *Writ* não conhecido (HC 266.461/RN, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29.10.2014).

Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Absolvição genérica pelo Tribunal do Júri. Apelação ministerial provida pelo Tribunal de origem. Reconhecimento da tese de ocorrência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Fundamentação suficiente. Inversão do julgado. Necessidade de ampla dilação probatória. Arguída impossibilidade de recurso ministerial nos casos de absolvição genérica. Improcedência. Ausência de previsão legal. Reverência aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Ordem de *habeas corpus* denegada.

1. Consoante orientação pacífica das Cortes Superiores, a submissão do réu a novo julgamento, na forma do disposto no art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, não ofende o art. 5º inciso XXXVIII, alínea *c*, da Constituição da República.

2. Inexiste constrangimento ilegal quando o Tribunal *a quo*, apontando efetivamente elementos probantes, conclui que a decisão do Conselho de Sentença, ao absolver o réu, divorciou-se totalmente das provas existentes nos autos.

3. A pretendida inversão do julgado demandaria, necessariamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, o que, como é cediço, não se admite na via do habeas corpus. Precedentes.

(...)

5. Ordem de *habeas corpus* denegada (HC 241.664/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2.12.2013).

Diante disso, havendo o acórdão impugnado afirmado que a decisão dos jurados proferida em primeiro julgamento encontra-se manifestamente contrária à prova dos autos é defeso a esta Corte Superior manifestar-se de forma diversa, sob pena de proceder indevido revolvimento fático probatório, incabível na via estreita do *writ*.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 353.054-SP (2016/0090437-2)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Advogado: Daniel Bidoia Donade
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Silvana Santos de Miranda (preso)

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Circunstâncias do crime. Ré primária, sem antecedentes. Constrangimento ilegal caracterizado. *Habeas corpus* 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. Em se tratando de ré primária e sem antecedentes, que adentrava em presídio com maconha escondida em sua genitália, não havendo nos autos qualquer indício de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, entendo que sua submissão a medidas cautelares menos gravosas que o encarceramento, especialmente a proibição de visitas a presidiários, é adequada e suficiente para garantir a ordem pública, assegurar a higidez da instrução criminal e a aplicação da lei penal, em atendimento ao princípio da proibição de excesso. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva da paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau, incluindo, obrigatoriamente, a proibição de visitas ao seu companheiro no presídio.

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 empate na votação, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, relator para o acórdão. Votou com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Os Srs. Ministros Felix Fischer e Joel Ilan Paciornik não conheceram do "Habeas Corpus".

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator para acórdão

DJe 31.8.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Silvana Santos de Miranda*, contra v. acórdão do eg. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*.

Depreende-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante pela prática, *em tese*, do delito de tráfico de drogas. Posteriormente, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* junto ao eg. Tribunal de origem. A ordem, por seu turno, foi denegada. (fls. 38-41), nos termos do v. acórdão assim ementado:

> *Habeas Corpus*. Suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Objetiva a concessão da liberdade provisória. Impossibilidade. Decisão que, embora sucinta, não se pode dizer teratológica ou ilegal. Afora isso, custódia está devidamente escorada nos elementos dos autos e restou demonstrado o caráter mercantil da atividade praticada pela paciente. A presença de atributos pessoais favoráveis não basta para a imediata concessão do benefício e não garante, em caso de condenação, a certeza do cumprimento de pena em regime menos gravoso que a custódia cautelar. Constrangimento ilegal não demonstrado. Ordem denegada.

Daí o presente *writ*, no qual sustenta o impetrante, em linhas gerais, que a prisão cautelar carece de fundamentação idônea.

Requer, ao final, revogação da prisão preventiva ou a substituição da prisão por outras medidas cautelares.

O pedido liminar foi denegado, às fl. 45.

Informações prestadas às fls. 58-66.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 70-75, manifestou-se *pelo não conhecimento do* habeas corpus.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): 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.

Busca-se, neste *habeas corpus*, em síntese, a revogação da prisão preventiva da paciente.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (*v.g. HC* n. 93.498/MS, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Celso de Mello*, DJe de 18.10.2012).

Para possibilitar a análise do pedido, transcrevo, a seguir, o seguinte excerto da r. decisão que decretou a prisão, *in verbis*:

"*Outrossim, estão presentes motivos autorizadores para a decretação da sua prisão preventiva, especialmente para a garantia da ordem pública, eis tratar-se de crime grave, que causa temor e desassossego na sociedade e grande insegurança à população, i****sso sem contar que a indiciada foi flagrada tentando introduzir a droga em estabelecimento prisional.***

É certo que a prisão também se faz necessária para a garantia da futura aplicação da lei penal, eis que não há comprovação de que a indiciada tem residência fixa e que não se furtará à futura aplicação da lei penal caso venha a ser colocada em liberdade" (fls. 34-35, grifei).

Desta forma, verifico que o r. *decisum* que decretou a prisão preventiva encontra-se fundamentado na *garantia da ordem pública*, demonstrando a periculosidade da paciente evidenciada pelo *modus operandi* da conduta em tese praticada, configurada na tentativa de entrar com droga em estabelecimento prisional.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. *Modus operandi*. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Recurso ordinário desprovido.
>
> I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido: AgRg no RHC

n. 47.220/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe de 29.8.2014; RHC n. 36.642/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29.8.2014; HC n. 296.276/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 27.8.2014; RHC n. 48.014/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26.8.2014.

II - *No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade da ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada suia periculosidade concreta evidenciada na forma pela qual o delito foi em tese praticado, consistindo na tentativa de repassar drogas para pessoa internada em instituição prisional (introdução de entorpecentes em presídio)*. Precedentes.

Recurso ordinário desprovido (RHC n. 67.882/CE, *Quinta Turma*, de *minha relatoria*, DJe de 2.5.2016).

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Tráfico de entorpecentes e tentativa de ingresso com aparelho de telefonia móvel em estabelecimento prisional. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Segregação fundada no art. 312 do CPP. Introdução de duas espécies de drogas e celular em presídio. Gravidade concreta da conduta incriminada. Necessidade de acautelamento da ordem pública. Mantença da prisão cautelar devida e justificada. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva da paciente quando demonstrado que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade concreta da conduta incriminada, reveladora da sua ousadia e periculosidade.

2. *Caso em que a agente, a despeito da existência de forte vigilância no local, ingressou em presídio público na posse de duas espécies de droga*, uma delas altamente lesiva à saúde - crack -, em quantidade que não se pode considerar ínfima, e ainda de um aparelho de telefonia celular, que seriam entregues ao seu companheiro, que lá cumpria pena, autorizando a pronta resposta estatal para o resguardo da ordem pública, ameaçada por delitos de tamanha reprovabilidade.

3. Condições pessoais favoráveis, mesmo que comprovadas, não teriam, em princípio, o condão de, isoladamente, ensejar a revogação da prisão preventiva,

> se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada.
>
> 4. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 290.562/GO, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 18.8.2014).

É oportuno ressaltar, ademais, que condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, *por si só*, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia cautelar. Nesse sentido: HC n. 221.061/SP, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, DJe de 9.9.2014; HC n. 297.221/MG, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Marilza Maynard*, DJe de 10.9.2014; HC n. 297.931/MG, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze*, DJe de 28.8.2014; HC n. 293.706/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 1º.9.2014.

A *contrario sensu*, portanto, admite-se a conclusão de que a falta de residência fixa pode reforçar a necessidade de segregação cautelar, a fim de garantir a aplicação da lei penal.

Ante o exposto, *não conheço do* habeas corpus.

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ***Silvana Santos de Miranda*** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> *Habeas Corpus*. Suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Objetiva a concessão da liberdade provisória. Impossibilidade. Decisão que, embora sucinta, não se pode dizer teratológica ou ilegal. Afora isso, custódia está devidamente escorada nos elementos dos autos e restou demonstrado o caráter mercantil da atividade praticada pela paciente. A presença de atributos pessoais favoráveis não basta para a imediata concessão do benefício e não garante, em caso de condenação, a certeza do cumprimento de pena em regime menos gravoso que a custódia cautelar. Constrangimento ilegal não demonstrado. Ordem denegada. (e-STJ, fl. 39.)

Colhe-se dos autos que a paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *habeas corpus*, a impetrante pleiteia, em síntese, a revogação da prisão preventiva da paciente ou a sua substituição por medidas cautelares diversas.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 45).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 79-84).

O em. Relator, Ministro Felix Fischer, votou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ao entendimento de que, "na hipótese, verifica-se que o r. *decisum* que decretou a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, demonstrando a periculosidade da paciente, evidenciada pelo *modus operandi* da conduta em tese praticada, configurada na tentativa de entrar com droga em estabelecimento prisional".

É o relatório.

Peço vênia para divergir do eminente Relator.

Isso porque, apesar do entendimento de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, entendo que, no caso, há flagrante ilegalidade a justificar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Trata-se de companheira de detento que, ao visitá-lo no estabelecimento prisional, tentou adentrar com 125 (cento e vinte e cinco) gramas de maconha escondidos em sua genitália.

No meu sentir, em casos como o destes autos, em que a esposa, companheira ou mãe de apenado, ao visitar seu parente no presídio, tenta entregar-lhe drogas, especialmente quando apenas maconha, a problemática social criada pela sua prisão preventiva é maior do que se lhe for imposta medida cautelar consistente na proibição de visitação a esses presídios.

Além disso, parece-me flagrantemente desproporcional a manutenção em cárcere de indivíduo que, por sua condição de primariedade, ausência de antecedentes, muito provavelmente será beneficiado com a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a justificar a imposição de regime menos gravoso que o fechado.

Em recente julgado (HC 118.533/MS, julgado em 23.6.2016, Rel. Ministra Cármen Lúcia), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, não tem natureza hedionda, oportunidade na qual ficou consignado no voto do em. Ministro Ricardo Lewandowski:

> Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico drogas e, o que é mais grave, quase todas

> sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita.
>
> Muitas participam como simples 'correios' ou 'mulas', ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica.
>
> Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso ficaram impedidas de ser contempladas, dentre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos.
>
> Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenha experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio.
>
> Quer dizer, são de pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico e, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante.
>
> São, enfim, os "descartáveis", dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade.
>
> Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da 'individualização da pena', sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

Aplico este mesmo raciocínio ao caso presente. Não se pode comparar uma mulher, mãe, esposa, filha, que se aventura a entrar em presídio para levar, geralmente maconha, a seu parente e que, como regra, já se encontra em situação social desfavorável, com o traficante contumaz, que escolhe fazer do comércio de entorpecentes seu meio de vida.

Assim, em se tratando de ré primária e sem antecedentes, que adentrava em presídio com maconha escondida em sua genitália, não havendo nos autos, por enquanto, qualquer indício de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, entendo que sua submissão a medidas cautelares menos gravosas que o encarceramento, especialmente a proibição de visitas a

presidiários, é adequada e suficiente para garantir a ordem pública, assegurar a higidez da instrução criminal e a aplicação da lei penal, em atendimento ao princípio da proibição de excesso.

Apreciando casos como o destes autos, vem decidindo a Sexta Turma desta Corte:

> Processual Penal e Penal. Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Fundamentação abstrata. Ilegalidade. Presente. Recurso provido.
>
> 1. É razoável determinação de medida cautelar diversa de prisão, quando, apesar de o decreto de prisão apontar que a segregação cautelar em crime de tráfico se torna imperiosa, principalmente no presente caso, em que praticado nas dependências de estabelecimento prisional, não só pela gravidade, mas também pela audácia com que este tipo de delito vem ocorrendo, não são apontados elementos concretos que indiquem reiteração na prática desta conduta pela paciente, ou elementos que demonstrem gravidade concreta.
>
> 2. Recurso em *habeas corpus* provido, para a soltura da paciente, determinando-se as seguintes medidas cautelares diversas de prisão: (a) apresentação a cada 2 (dois) meses, para verificar a manutenção da inexistência de riscos ao processo e à sociedade; (b) ocupação lícita, de forma a garantir que a renda pessoal não provenha de crimes; (c) proibição de mudança de domicílio sem prévia autorização judicial, evitando-se riscos à aplicação da lei penal; e (d) proibição de visitar seu namorado no presídio e de ter contato pessoal com agentes envolvidos em atividades criminosas, como proteção contra a reiteração criminosa.
>
> (RHC 67.770/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 7.4.2016, DJe 19.4.2016.)

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Desproporcionalidade. Substituição por medidas cautelares alternativas. Possibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado.
>
> 1. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Inteligência do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.
>
> 2. Na espécie, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, considerando-se a primariedade da acusada (sem registro de envolvimento em quaisquer delitos anteriores, com residência fixa) e as circunstâncias do crime (trata-se de pequena traficante, que leva droga para o estabelecimento prisional do companheiro, por vinculação afetiva).
>
> 3. Recurso provido, a fim de revogar a prisão preventiva da ora recorrente, impondo-se-lhe, em substituição, as medidas cautelares alternativas descritas no

art. 319, I e II, do Código de Processo Penal (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo juiz de origem, para informar seu endereço e justificar suas atividades, e proibição de frequentar unidade prisional, para visita ao marido/companheiro, enquanto perdurar o processo criminal), sem prejuízo de outras medidas que o Juízo *a quo* julgar cabíveis e adequadas ao caso.

(RHC 66.875/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 8.3.2016, DJe 17.3.2016.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Periculosidade concreta. Fundamentos idôneos. Substituição por medida cautelar alternativa. Possibilidade. Observância do princípio da proporcionalidade. Recurso provido.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. Na espécie, o juiz de primeiro grau indicou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, ao destacar, no édito prisional, que a recorrente foi presa, ao tentar ingressar na unidade prisional onde o companheiro cumpria pena, com 60g de crack e 36g de maconha.

3. Apesar da gravidade do crime e de bem evidenciada a necessidade de garantia da ordem pública, na miríade de providências cautelares previstas nos arts. 319, 320 e 321, todos do CPP, a decretação da prisão preventiva será, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado.

4. Sob a influência do princípio da proporcionalidade e considerando o prazo da prisão cautelar, a primariedade da acusada, a falta de registro de seu envolvimento em delitos anteriores e as circunstâncias do crime - que evidenciam se tratar de mais uma pequena traficante, que leva droga para o estabelecimento prisional do companheiro, na maioria das vezes por vinculação afetiva -, é adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (art. 319, I e II, do CPP).

5. Recurso a que se dá provimento para substituir a prisão preventiva da recorrente, com fulcro no art. 319, I e II, do CPP, pelo comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo juiz de origem, para informar seu endereço e justificar suas atividades, e, também, pela proibição de frequentar unidade prisional, para visita ao marido/companheiro, ou não, enquanto durar o processo criminal, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas.

(RHC 51.221/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11.11.2014, DJe 1º.12.2014.)

Sobre o tema, ainda, o seguinte precedente desta Quinta Turma:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial cabível. Impossibilidade. Tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante. Relaxamento pelo Juízo singular. Recurso em sentido estrito da acusação. Provimento. Decretação da prisão preventiva do agente. Alegação de inépcia da denúncia. Supressão. Prisão ordenada com fundamento na vedação legal à liberdade provisória e para resguardar a ordem pública. Pequena quantidade das drogas apreendidas. Agente primário e sem registro de outros envolvimentos criminais. Condições pessoais favoráveis. Desproporcionalidade da constrição. Medidas cautelares alternativas. Adequação e suficiência. Coação ilegal em parte demonstrada. Liminar confirmada. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

[...]

5. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

6. No caso, a segregação antecipada ordenada pelo Tribunal Estadual em sede de recurso em sentido estrito mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas.

[...]

9. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva dos pacientes, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal.

(HC 333.330/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27.10.2015, DJe 6.11.2015.)

E do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Denegação de medida liminar. Súmula 691/STF. Situações excepcionais que afastam a restrição sumular. Vedação legal imposta, em caráter absoluto e apriorístico, que obsta, *in abstracto*, a concessão de liberdade provisória nos crimes tipificados no art. 33, *caput* e § 1º, e nos arts. 34 a 37, todos da Lei de Drogas. Possível inconstitucionalidade da regra legal vedatória (art. 44). Ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. O significado

> do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da "proibição do excesso": fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado. Precedente do Supremo Tribunal Federal: ADI 3.112/DF (Estatuto do Desarmamento, art. 21). Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Não se decreta nem se mantém prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena de ofensa ao *status libertatis* daquele que a sofre. Precedentes. *Habeas corpus* concedido de ofício.
>
> (HC 103.362/PI, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 6.3.2012, DJe de public 23.11.2012.)

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*. Contudo, *concedo* a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva da paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau, incluindo, obrigatoriamente, a proibição de visitas ao seu companheiro no presídio.

Ressalvo a possibilidade de nova decretação da prisão, caso demonstrada sua necessidade.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Senhor Presidente, embora entenda as respeitáveis razões de Vossa Excelência e do Ministro Joel Paciornik, penso, tal como o Ministro Ribeiro Dantas, que a hipótese é de medida cautelar diversa da prisão, com a expressa proibição da paciente de frequentar ou de ter direito à visita ao estabelecimento prisional em comento. Não há notícia de reiteração ou de integração da paciente em organização criminosa, pelo menos isso não existe como argumento nos relatórios/votos de Vossas Excelências.

É verdade que já cheguei a acompanhar a tese em sentido contrário, por exemplo nos autos do HC 342.083/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 2.2.2016, DJe 15.2.2016. Todavia, melhor refletindo, passei a entender que, em tais situações, adequadas são outras medidas cautelares como comparecimento periódico em juízo, mensalmente, para informar e justificar atividades e, principalmente, proibição de realizar visitas, em unidade prisional, onde se encontrar o companheiro ou parente preso, decorrente, obviamente,

das próprias circunstâncias do caso (ausência de reiteração ou de participação significativa em organização criminosa), o que justifica prevalecer a questão prática, de segurança pública, e individual (como proteção à própria paciente, preservando-a de novos pedidos), sobre a questão sentimental, ainda que relevante esta última (artigo 319, incisos I e II, do Código de Processo Penal).

Tenho para mim que esses fundamentos devem prevalecer, ao menos neste momento processual, porquanto demonstram que, a despeito da gravidade da conduta imputada à paciente (tentou ingressar em estabelecimento prisional com maconha para o parente/companheiro que se encontrava preso), a medida extrema não se mostra imprescindível para acautelar o caso.

Com efeito, "[...]. A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. [...]. (HC n. 128.615 AgR, Relator Ministro *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 18.8.2015, publicado em 30.9.2015).

Nessa linha de raciocínio, deferi liminar, em situação análoga, nos autos do RHC n. 71.384-SP, publicada em 20.5.2016.

De igual forma, vale a pena conferir trecho de respeitável decisão do eminente Min. Néfi Cordeiro, em pleito semelhante:

> (...) O decreto de prisão aponta que a segregação cautelar em crime de tráfico se torna imperiosa, principalmente no presente caso, em que praticado nas dependências de estabelecimento prisional, não só pela gravidade, mas também pela audácia com que este tipo de delito vem ocorrendo.
>
> Entretanto, ao analisar as circunstâncias do caso, identifica-se que o decreto prisional nada fala acerca da existência de eventual histórico delitivo em desfavor da paciente, ou mesmo outras circunstâncias gravosas que pudessem justificar a segregação, o que permite a conclusão de que revelam-se suficientes a determinação de medidas cautelares diversas.
>
> Ante o exposto, concedo o habeas corpus, para a soltura da paciente, determinando-se as seguintes medidas cautelares diversas de prisão: (a) apresentação a cada 2 (dois) meses, para verificar a manutenção da inexistência de riscos ao processo e à sociedade; (b) ocupação lícita, de forma a garantir que a renda pessoal não provenha de crimes; (c) proibição de mudança de domicílio sem prévia autorização judicial, evitando-se riscos à aplicação da lei penal; e

(d) proibição de visitar o sentenciado Edson da Luz Santos no presídio e de ter contato pessoal com agentes envolvidos em atividades criminosas, como proteção contra a reiteração criminosa, ex vi do inc. XVIII do art. 34 do RISTJ. (HC n. 349.479 - SP, decisão publicada em 20.4.2016)

Veja-se, igualmente: HC n. 360.307-SP, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, decisão publicada em 13.6.2016.

Portanto, vou acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Ribeiro Dantas, pedindo a mais respeitosa vênia a Vossas Excelências.

HABEAS CORPUS N. 364.334-SC (2016/0196339-7)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Daniela Rech
Advogado: Daniela Rech - SC036478
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Robens Rech

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Substitutivo de recurso. *1.* "Operação Patrola". Fraude em licitações. Verbas públicas federais. Complementação da verba pelo Município. Convênios firmados entre União e Município. Controle de órgão federal. *2.* Impossibilidade de considerar ilícita apenas a utilização da verba municipal. Cisão da rubrica inviável fática e juridicamente. Competência da Justiça Federal. Inteligência do Verbete n. 208/STJ. *3. 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. Precedentes.

2. Cada processo licitatório fraudulento foi viabilizado por meio de convênio firmado entre a União e o Município de Tangará/SC, para a liberação de verbas federais a serem complementadas por verbas municipais, estando identificadas, no entanto, sob a mesma rubrica, com a finalidade de aquisição de maquinário pesado.

3. Não é possível considerar que o procedimento licitatório foi em parte escorreito, no que concerne à verba federal utilizada, e em parte fraudulento, no que se refere à verba municipal, considerando-se que o valor do superfaturamento é proveniente exclusivamente do Município. Essa cisão não é viável no mundo fático muito menos no mundo jurídico, razão pela qual, havendo parcela de verba federal proveniente de convênio submetido a controle de órgão federal, todo o procedimento licitatório fraudulento passa a ser de interesse da Justiça Federal, conforme dispõe o Verbete n. 208 da Súmula desta Corte. Incidência também da Súmula 122/STJ. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar os fatos narrados na inicial, cabendo ao Juízo competente o exame acerca do aproveitamento dos atos já praticados.

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), 27 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 4.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Robens Rech*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nos arts. 2º, *caput* e § 4º, inciso II, e 6º, ambos da Lei n. 12.850/2013, no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 e no art. 317 do Código Penal. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, alegando a incompetência da Justiça Estadual, uma vez que os recursos desviados nos processos licitatórios eram federais. A ordem foi parcialmente concedida, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 2.306):

> *Habeas corpus*. Fraude à licitação e corrupção passiva praticado no contexto de organização criminosa. Ex-prefeito municipal. Prisão temporária convertida em preventiva. Almejado reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual. Recursos financeiros obtidos por meio de contrato de repasse entabulado com a União. Ação penal que não apura o desvio de verbas, mas a fraude nos procedimentos licitatórios. Inaplicabilidade, em tese, da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça. Interesse da União não demonstrado. Necessária incursão na prova. Impossibilidade em sede de *habeas corpus*. Prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Perecimento dos motivos invocados para a segregação cautelar. Paciente que não mais ocupa o cargo de prefeito municipal. Prova documental já colhida e juntada à ação principal. Situação atual que não evidencia o *periculum libertatis*. Substituição da constrição à liberdade por medidas cautelares diversas da prisão. Ordem parcialmente concedida.

No presente *mandamus*, reitera a impetrante a incompetência da Justiça Estadual, porquanto, a seu ver, é manifesto o interesse da União, em virtude da existência de recursos federais, o que atrai a competência da Justiça Federal. Entende, assim, que a existência de recursos municipais nos convênios não descaracteriza a competência federal.

Requer, liminarmente, a suspensão da ação penal. No mérito, pugna pelo reconhecimento da competência da Justiça Federal.

A liminar foi indeferida, às e-STJ fls. 2.241/2.243, pela Vice-Presidente no exercício da Presidência, Ministra Laurita Vaz. As informações foram prestadas, às e-STJ fls. 2.251/2.316 e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina protocolizou petição, às e-STJ fls. 2.321/2.376, pugnando pela denegação da ordem. Por fim, manifestou-se o Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 2.379/2.385, pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

> *Processo Penal. Alegação de incompetência da Justiça Estadual para o processamento do feito. Emprego de verbas públicas federais. Revolvimento de provas. Inviabilidade na via do* mandamus. 1. O impetrante pede o reconhecimento da competência da Justiça Federal para o processamento da Ação Penal n.

0000314-25.2016.8.24.0071, uma vez que nos processos licitatórios reputados como ilegais foram utilizadas recursos federais, o que levaria a competência para julgar e analisar os autos da Justiça Federal. 2. Na hipótese, não se evidencia, ao menos por ora, com a clareza necessária para a concessão de *habeas corpus*, comprovação cabal de que se trata de feito de competência da Justiça Federal, de forma que seria prematura e precipitada a adoção das providências pretendidas pelo impetrante, inexistindo óbice a ulterior apreciação, na via adequada. 3. Analisar o pedido da Defesa e, consequentemente, verificar se há interesse da União, modificando o entendimento adotado na instância anterior, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático- probatório dos autos, providência incabível em sede de *habeas corpus*. 4. De outro lado, a instrução deficiente do *writ* impede o exame direto acerca da competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da ação penal em epígrafe. 5. Essa Corte Superior tem jurisprudência firme no sentido de que o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa. - Parecer pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem 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.

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. 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, analisando-se, dessa forma, o mérito da impetração, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

No presente *mandamus*, visa o impetrante, em síntese, demonstrar a incompetência da Justiça Estadual, em virtude da existência de recursos federais nas licitações fraudadas. Dessarte, necessário se faz, em um primeiro momento, aferir a efetiva existência de verba federal e, em um segundo momento, se referida situação revela o interesse da Justiça Federal.

No que concerne ao primeiro ponto, verifico que a impetração aponta para a existência de recursos de origem federal nos processos licitatórios tidos por fraudados, afirmando ser evidente referida situação ao menos em dois processos: Processo Licitatório n. 32/2010 (e-STJ fl. 920) e n. 57/2013 (e-STJ fl. 1.187).

No primeiro, consta do parecer contábil a previsão de R$ 243.750,00, estando disponível apenas R$ 95.000,00, uma vez que, "por tratar-se de recursos federais", seria suplementado apenas após a liberação da dotação (e-STJ fl. 922). Consta, ainda, que o pagamento será efetuado mediante a liberação de recursos oriundos do Contrato de Repasse n. 0297730-99/2009/MAPA/CAIXA (e-STJ fl. 934).

No segundo, verifica-se que o pedido de abertura de processo licitatório para aquisição de 1 (um) trator de esteiras já apresenta como fonte de recurso convênio federal - SICONV Federal (e-STJ fl. 1.184). Observa-se, ainda, o próprio contrato de repasse, no qual consta a necessidade de prestar contas, o foro da Seção Judiciária de Santa Catarina (e-STJ fl. 1.185) e como recursos da União o valor de R$ 487.500,00 (e-STJ fl. 1.294). E tem-se, ademais, a Proposta n. 040993/2012 do sistema de gestão de convênios do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, no qual consta igualmente o valor do repasse (e-STJ fl. 1.308).

O próprio Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em petição juntadas às e-STJ fls. 2.321/2.333, afirma que os recursos são federais (e-STJ fl. 2.324):

> Pertinente ao aduzido Procedimento Licitatório n. 23/2010 – Pregão Presencial n. 24/2010, inicialmente destaca-se que o número correto é 32/2010 (Fato 2 da denúncia). *Os recursos provenientes para aquisição da escavadeira hidráulica são federais, na importância de RS 243.750,00, e municipais, essa última na forma de contrapartida, no valor de RS 266.250,00 - fl. 684 da ação penal (em anexo). No que se refere ao Procedimento n. 57/2013 - Pregão Presencial n. 48/2013 (Fato 14 da denúncia), ao contrário do que afirma a impetrante, os recursos provenientes para aquisição do trator de esteiras são também federais, na quantia de RS 487.500,00, e municipais, no valor de RS 112.500,00, igualmente na forma de contrapartida - fl. 947 da ação penal*.

No mesmo petitório, consta ainda que (2.321/2.333):

> Importante salientar que não é atribuída aos réus, na ação penal originária, qualquer irregularidade na aplicação dos recursos federais, os quais, quando alicerçavam os procedimentos licitatórios, eram aplicados de forma totalmente correta e adequada. Como narrado na inicial, a organização criminosa fundou-se em mecanismos de fraudes em licitação e corrupção ativa e passiva a fim de possibilitar o desvio das verbas municipais empregadas nas compras dos bens, em sua maioria das vezes, de forma isolada ou, em determinadas situações, como forma de contrapartida - como na presente hipótese. O caso dos autos deixa extremamente claro esse modus operandi da organização. Pertinente ao aduzido Procedimento Licitatório n. 23/2010 – Pregão Presencial n. 24/2010, inicialmente destaca-se que o número correto é 32/2010 (Fato 2 da denúncia). *Os recursos provenientes para aquisição da escavadeira hidráulica são federais, na importância de RS 243.750,00, e municipais, essa última na forma de contrapartida, no valor de RS 266.250,00 - fl. 684 da ação penal (em anexo). No que se refere ao Procedimento n. 57/2013 - Pregão Presencial n. 48/2013 (Fato 14 da denúncia), ao contrário do que afirma a impetrante, os recursos provenientes para aquisição do trator de esteiras são também federais, na quantia de RS 487.500,00, e municipais, no valor de RS 112.500,00, igualmente na forma de contrapartida - fl. 947 da ação penal*. Os valores da contrapartida municipal eram justamente o que possibilitavam o superfaturamento e o pagamento das vantagens ilícitas pelo grupo criminoso em favor do agente público, o paciente *Robens Rech*. De fato, era de seu conhecimento que as verbas federais aplicadas na compra das máquinas seriam fiscalizadas e auditadas pelos órgãos de controle competente, de modo que certamente em caso da sua malversação seriam as atividades ilícitas descobertas. *In casu*, percebe-se tal forma de atuação com nitidez. Como já demonstrado, parte dos recursos financeiros usados na compra das máquinas referentes aos Processos Licitatórios n. 32/2010 e 57/2013 foram provenientes da União, decorrentes dos Contratos de Repasse de n. 0297730-99/2009/MAPA/CAIXA e 1002828-47-2012/MAP A/CAIXA (em anexo). Contudo, esses recursos federais foram usados adequadamente para o fim que se destinavam: aquisição de máquinas para o Município (escavadeira hidráulica e trator de esteiras). Os documentos retirados do Portal de Convênios SICONV1 demonstram efetivamente que as contas prestadas pelo Município de Tangará das verbas federais foram devidamente aprovadas pelo órgão de controle: (...). Ao contrário do que alega a impetrante, a denúncia não trata de qualquer irregularidade na aplicação das verbas federais, as quais admite-se que foram devidamente empregadas ao fim que se destinavam. Foi a contrapartida municipal - ou seja, a verba proveniente exclusivamente do Município de Tangará - utilizada para o superfaturamento e o pagamento da propina, de modo que os valores que retornaram ao bolso do agente corrupto foram os pertencentes ao Município de Tangará. Não houve e não relata a peça inicial qualquer prejuízo à União, mas sim exclusivamente ao ente público municipal. No caso dos procedimentos em pauta, os recursos iniciais foram

provenientes do PRODESA (Projeto de Apoio ao Desenvolvimento do Setor Agropecuário), que contém as seguintes regras: (...). O Município dc Tangará, com pouco mais de 8.000 habitantes, enquadra-se na primeira hipótese de contrapartida, ou seja, poderia oferecer os percentuais circunscritos entre 2% a 4% ou mais "para viabilizar a execução das ações a serem desenvolvidas" (§ 3"). Percebe-se, contudo, que "para viabilizar a execução das ações (criminosas) a serem desenvolvidas", o agente público municipal optou voluntariamente por dar contrapartidas financeiras em percentuais muito maiores, justamente para possibilitar o superfaturamento e o pagamento da propina. Para a compra da escavadeira hidráulica (Fato 2 da denúncia), que tinha valor de mercado dc aproximadamente RS 425.000,00 (quatrocentos c vinte e cinco mil reais) (cf. fl. 1.738 da ação penal, p. 16 da denúncia), seria necessária a complemcntaçâo pelo Município de Tangará de não mais de RS 182.000,00 (cento e sessenta mil reais) (74,66%), já que a transferência voluntária do programa foi de RS 243.750,00 (duzentos e quarenta e três mil, setecentos e cinqüenta reais). Não obstante, dilapidando os cofres municipais em mais de oitenta mil reais, o paciente optou por espontaneamente dar em contrapartida a quantia de RS 266.250,00 (duzentos e sessenta e seis mil duzentos e cinqüenta reais) (109,23%). E mais: parte desse recurso financeiro municipal entregue a mais "voltou" justamente para benefício próprio do então Prefeito Municipal, que recebeu RS 25.000,00 (vinte e vinco mil reais) de propina para executar essa prática criminosa. O mesmo proceder deu-se para a compra do trator de esteira (Fato 14 da denúncia): com valor de mercado não ultrapassando RS 500.000,00 (quinhentos mil reais) (cf. fl. 1.026, proposta New Holland, e fl. 1.772, ambos da ação penal, p. 50 da denúncia) e a transferência pelo programa de RS 487.500,00 (quatrocentos e oitenta e sete mil reais), bastaria ao Município de Tangará aplicar o percentual próximo do mínimo legal de 2% de contrapartida (RS 9.750,00). Contudo, mais uma vez dissipando os cofres públicos municipais em aproximadamente cem mil reais, o administrador empregou a contrapartida de RS 112.500,00 (cento e doze mil e quinhentos reais) (23,07%). E mais, dessa quantia graciosamente paga a mais, RS 30.000,00 (trinta mil reais) foram em benefício do paciente, pagos pela empresa na forma de propina. Percebe-se, portanto, que o Chefe do Poder Executivo Municipal, aquele que primordialmente deveria zelar pelo bem público, deliberadamente optou por fazer contrapartidas em percentuais muito maiores, justamente para assegurar "sobra" de valores e privilegiar interesses privados, conforme previamente ajustado: aos sócios e ao vendedor da empresa, com o direcionamento e superfaturamento; ao paciente, com o recebimento da vantagem ilícita pela consecução da trama criminosa. Do exposto, fica claro que a fraude à licitação e, posteriormente, as corrupções ativas e passivas tiveram por base a contrapartida municipal e não os recursos federais, os quais foram devidamente aplicados ao fim que se destinavam. Evidente, portanto, o prejuízo ocasionado exclusivamente aos cofres do Município de Tangará. Com efeito, não há qualquer interesse da União no caso em comento apto a ensejar o deslocamento da competência tendo em vista que os valores transferidos foram aplicados adequadamente e os crimes

> relacionam-se com a malversação da contrapartida feita pelo Município de Tangará de modo que não há qualquer fundamento jurídico para o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Nesse sentido: (...). Conforme já demonstrado, não houve imputaçâo na denúncia de qualquer malversação dos recursos federais que possibilitaram a licitação, contudo, *ad argumentandum*, a competência do Juízo Estadual da Comarca dc Tangará mostra-se evidente também cm razão da natureza dos crimes narrados na inicial. Não há qualquer referência na denúncia a desvio dc verbas federais, o que implicaria a tipificação nos crimes do art. Iº, I c III, do Decreto Lei n. 201/1967 ou o crime de peculato previsto 110 Código Penal, fatos completamente estranhos à especie. As condutas descritas na inicial referem-se a fraudes cm licitações e corrupções ativa e passiva decorrentes dessas fraudes, situação completamente diversa da apropriação de verbas. Crimes que tutelam bens jurídicos diversos. A diferença entre as situações já foi, inclusive, debatida no Pretório Excelso, o qual posicionou-se claramente no sentido de que, nesses casos, mesmo havendo o controle de verbas por um órgão federal, não é fato suficiente para atrair a competência da Justiça Federal. Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de habeas corpus, em caso diretamente relacionado a fraudes licitatórias, que o controle das verbas pelo Tribunal de Contas da União não é fato suficiente para atrair a competência da Justiça Federal para julgamento do processo. Observa-se: (...)

Dessarte, não há dúvidas sobre a utilização de verbas federais na aquisição de máquinas adquiridas por meio de processos licitatórios fraudulentos, as quais, inclusive, estavam submetidas à prestação de contas perante órgão de controle federal. Destaco que, em regra, estes são os dois requisitos que atraem a competência da Justiça Federal: a existência de verba federal e sua submissão a controle perante órgão federal, a denotar a ausência de incorporação.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou dois verbetes sumulares esclarecedores:

> Enunciado n. 208/STJ: compete a justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba *sujeita a prestação de contas perante órgão federal*.
>
> Enunciado n. 209/STJ: compete a justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e *incorporada ao patrimônio municipal*.

Nada obstante, embora o próprio Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o Magistrado de origem e o Tribunal local tenham considerado a efetiva utilização de verbas federais na aquisição das máquinas licitadas de forma fraudulenta, considerou-se não haver interesse da União no caso dos autos.

O Magistrado de origem, ao refutar as preliminares apontadas pelo paciente na resposta à acusação, considerou que "quanto ao fato da existência de recursos federais nos processos tidos como fraudados, *não há demonstração de qualquer interesse da União* no caso em comento apto a ensejar o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Da mesma forma, não há que se falar nos autos em aplicação da Súmula n. 208 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto, esta refere-se aos casos de *desvio de verbas federais*" (e-STJ fl. 2.232).

Considerou-se, ademais, "ser irrelevante a incorporação ou não dos valores da verba federal do convênio ao patrimônio público municipal para fins de definição da competência, pois não houve prejuízo à União, uma vez que os valores por ela repassados ao Município de Tangará – SC foram devidamente aplicados para os fins que se destinavam" (e-STJ fl. 2.233).

O Tribunal de origem, por seu turno, entendeu que (e-STJ fl. 2.310):

> Inicialmente, impõe-se analisar a questão atinente à incompetência da justiça estadual para a apuração dos fatos e, por conseguinte, para a decretação da prisão cautelar. Segundo o impetrante, uma vez que nos processos licitatórios tidos por fraudulentos foram utilizados recursos federais para aquisição dos bens, a competência é da Justiça Federal, o que eiva de nulidade a decisão que decretou a segregação provisória do paciente. Baseia sua pretensão na Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça, a qual possui o seguinte enunciado: "Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal". Todavia, a situação retratada nos autos - pelo menos do que se depreende dos elementos pré-constituídos com a impetração - não se amolda àquela contemplada na Súmula 208, porquanto o procedimento criminal que resultou na prisão preventiva do paciente não apura propriamente o desvio de verbas, mas sim, investiga a formação de organização criminosa formada com intuito de fraudar procedimentos licitatórios e receber vantagens ilícitas. Assim, a origem dos recursos subjaz à conduta criminosa, não sendo determinante para firmar a competência para processamento e julgamento do feito. E, ainda que assim não fosse, não é o *habeas corpus* a via processual adequada para discutir a questão da competência, quando esta demandar exame acurado de elementos de prova, tal como no caso dos autos, em que o interesse da União não pode ser aferido sem análise pormenorizada da prova documental carreada à ação principal.

Já o Ministério Público do Estado assevera que "não há qualquer interesse da União no caso em comento apto a ensejar o deslocamento da competência tendo em vista que os valores transferidos foram aplicados adequadamente e os crimes relacionam-se com a malversação da contrapartida feita pelo

Município de Tangará de modo que não há qualquer fundamento jurídico para o deslocamento da competência para a Justiça Federal" (e-STJ fls. 2.328/2.329).

Contudo, analisando detidamente os autos e, principalmente, todas as alegações apresentadas, não me parece possível afirmar que parte do dinheiro foi utilizada corretamente e outra parte não. De fato, cada processo licitatório foi viabilizado por meio de convênio firmado entre a União e o Município de Tangará/SC, para a liberação de verbas federais a serem complementadas por verbas municipais, estando identificadas, no entanto, sob a mesma rubrica, com a finalidade de aquisição de maquinário pesado.

Assim, não seria possível considerar que o procedimento licitatório foi em parte escorreito, no que concerne à verba federal utilizada, e em parte fraudulento, no que se refere à verba municipal, considerando-se que o valor do superfaturamento é proveniente exclusivamente do Município. Essa cisão não é possível no mundo fático muito menos no mundo jurídico, razão pela qual tem-se que havendo parcela de verba federal proveniente de convênio submetido a controle de órgão federal, todo o procedimento licitatório fraudulento passa a ser de interesse da Justiça Federal.

Quanto à literalidade dos Verbetes Sumulares n. 208 e 209 desta Corte, os quais falam em desvio de verbas públicas, importante destacar que se trata de comando meramente exemplificativo, o qual deve ser estendido a todos os delitos envolvendo dinheiro público proveniente de recursos da União. Como é cediço, o inciso IV do art. 109 da Constituição Federal atribui à Justiça Federal a competência para processar e julgar "as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União". Os verbetes apenas elucidam que a verba incorporada deixa de ser do interesse da União.

Ademais, não é o tipo penal imputado que revela o interesse da União. Com efeito, o fato de a denúncia não imputar ao paciente os crimes tipificados no Decreto-Lei n. 201/1967, não revela, por si só, a ausência de competência da Justiça Federal, uma vez que esta se estabelece não em razão do tipo penal imputado, mas sim em virtude da utilização indevida utilização de recursos da União, o que pode ocorrer em inúmeros tipos penais.

Outrossim, como é de conhecimento, o réu se defende dos fatos e na da imputação jurídica, a qual nem ao menos vincula o Magistrado, que por ocasião da sentença pode proceder à correção do tipo penal por meio do instituto da *emendatio libelli*. Dessarte, inviável afirmar que a capitulação apresentada na denúncia, por si só, vincula o estabelecimento da competência, devendo, na

hipótese, aferir-se os requisitos constitucionais para se firmar a existência de interesse da união apto a firmar a competência da Justiça Federal.

Assim, cuidando-se de crime de fraude à licitação, na qual estava envolvida parcela de verba federal obtida por meio de convênio, não incorporada, haja vista a submissão a controle de órgão federal, fica clara a existência de interesse da União. Portanto, diversamente do que afirmado pelo Tribunal local tem-se que a origem dos recursos é sim determinante para firmar a competência para processamento e julgamento do feito.

Por oportuno, confira-se julgado noticiado no Informativo n. 397 do Superior Tribunal de Justiça:

> *Crimes conexos. Competência federal*. Trata-se de paciente que, juntamente com outros 17, está sendo acusada de *fraudar licitações públicas realizadas com recursos federais oriundos de convênios firmados entre municípios, órgãos e autarquias federais (MEC e FNDE)*. Irresignada com o recebimento da denúncia e com a prisão cautelar, sustenta a nulidade da ação penal, inclusive por incompetência do juízo processante, uma vez que os recursos são federais e ainda alvo de inquérito na Polícia Federal, por incidirem as Súmulas n. 208 e 122 deste Superior Tribunal. Isso posto, inicialmente, o Min. Relator reconheceu que o *mandamus* impetrado no Tribunal de origem perdeu seu objeto no que concerne à análise dos fundamentos da prisão preventiva, tendo em vista sua revogação pelo juízo de primeiro grau. Dessa forma, a ordem foi conhecida somente em parte, em razão da incompetência absoluta do juízo processante, pois, no caso, os recursos tem realmente origem federal (Súm. n. 208-STJ) e o fato de a exordial acusatória imputar também crimes de competência estadual em razão da conexão não afasta a competência do Juízo Federal (Súm. n. 122-STJ). Com esse entendimento, a Turma conheceu parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa parte, concedeu-a para declarar a nulidade de todos os atos decisórios proferidos na ação penal, devendo as peças ser remetidas ao juízo federal competente. HC 97.457-PE, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 2.6.2009.

No mesmo sentido, colaciono julgados da Terceira Seção desta Corte:

> *Conflito negativo de competência. Furto de objetos provenientes do Programa Federal de Desenvolvimento Energético dos Estados e Municípios (PRODEEM).* ***Bens titularizados pela União e não incorporados ao patrimônio municipal****. Impossibilidade de aplicação analógica da Súmula n. 209/STJ. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal de Picos/PI (suscitante)*. 1. Caso em que, em tese, foram furtadas 04 placas de energia solar, 02 baterias, 01 inversor e 01 estabilizador, todos instalados em unidade escolar de Baixio dos Procópios, Município de Caridade do Piauí/PI. 2. Segundo informações prestadas pelo Ministério de Minas e Energia, o Convênio firmado entre União e Estado terá

vigência até 31.12.2014 e "à época das instalações dos sistemas fotovoltaicos não houve a transferência da titularidade, de forma a permanecerem como bens da União". Assim, no caso é impossível a aplicação analógica da Súmula n. 209 desta Corte Superior, muito clara em condicionar que os recursos desviados tenham sido incorporados ao patrimônio municipal, *tratando-se, ao revés, de infração penal praticada em detrimento de bens da União (art. 109, inciso IV, da Constituição da República)*. 3. Conflito de competência conhecido para, na linha da argumentação do parecer ministerial, declarar competente o Juízo Federal de Picos/PI (suscitante). (CC 127.149/PI, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.11.2013, DJe 20.11.2013).

Agravo regimental. Conflito negativo de competência. Tribunal Federal da 1ª Região e Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Desvio de recursos. Repasse de verbas federais mediante convênio com ente estadual. Crimes de estelionato, de peculato, contra a ordem tributária e de lavagem de dinheiro. Investigado que não mais ocupa cargo de prefeito. Pleito pelo prejuízo do conflito. Justiça Federal versus Justiça Estadual. Juízo natural. Necessidade de se dirimir quaisquer dúvidas. Jurisprudência sedimentada sobre a questão. Economia e celeridade processuais. Declaração da competência da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima. 1 - Os indícios do desvio de dinheiro público, oriundo do repasse de verbas federais mediante convênio com o Estado de Roraima, apontam para a prática de crimes de estelionato, de peculato, contra a ordem tributária e de lavagem dinheiro, cujo investigado, então prefeito do Município de Iracema/RR, não mais figura como autoridade detentora de foro especial por prerrogativa de função, o que ensejaria a prejudicialidade deste conflito de competência. 2 - Contudo, com o fim de dirimir quaisquer dúvidas acerca da controvérsia e em atendimento aos princípios da economia e da celeridade processual - o incidente tramita desde 2007 e há a possibilidade de arguição de novo conflito pelas mesmas razões -, impõe-se afastar a prejudicialidade alegada. 3 - *Acerca do assunto, a orientação desta Corte é no sentido de que compete à Justiça Federal a apuração de malversação de verbas federais repassadas mediante convênio a ente estadual, tendo em vista a configuração de interesse da União, nos termos do art. 109, inciso IV, da CF*. 4 - Na espécie, os elementos colhidos na operação da Polícia Federal, denominada "Praga do Egito", informam que, além do suposto locupletamento dos indiciados em detrimento de recursos do Estado, verbas federais oriundas de convênio entre o ente estatal e a União eram depositadas na conta única do Estado de Roraima, com o fim de pagamento de funcionários fantasmas "contratados" pelo governo, o que demonstra o efetivo prejuízo da União a atrair a competência da Justiça Federal - já teria sido apurado o desvio da quantia mínima de R$ 644.016,07 provenientes dos cofres federais. 5 - Tal deslinde é reforçado pelo envio à Justiça Federal de 1ª instância da ação penal originária (AP n. 320, rel. Min. Paulo Gallotti), na qual figura como denunciado o então Governador do Estado de Roraima, Francisco Flamarion Portela, juntamente com Bernardino Alves Cirqueira e Elândia Gomes Araújo, ora indiciados, tendo em vista o fim

do mandato eletivo daquele. 6 - Não é inédita a declaração da competência de um juízo que não figura como um dos nomeados no conflito, cumprindo a esta Corte o mister de indicar a autoridade competente, em atendimento ao Princípio do Juiz Natural (CF, art. 5º, LIII). (Precedentes da Seção). 7 - Agravo regimental desprovido. Conflito conhecido para fixar a competência da Justiça Federal, no caso, a 2ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, juízo onde inicialmente tramitou o feito. (AgRg no CC 92.791/RR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 23.10.2013, DJe 19.11.2013).

Por oportuno, colaciono, ainda, julgados da Quinta e Sexta Turmas:

Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Fraude à licitação, falsidade ideológica e quadrilha. Operação Fratelli. Competência para processamento e julgamento do feito. Convênio celebrado entre Ministério do Turismo e Município. Prestação de contas perante a União. Imprescindibilidade. Competência da Justiça Federal. Ocorrência. Recurso desprovido. 1. *Em convênio para repasse de verbas celebrado entre o Município de Auriflama e a União, intermediado pelo Ministério do Turismo, que foi representado pela Caixa Econômica Federal, é de ver que nas cláusulas contratuais estabeleceu-se a imprescindibilidade da prestação de contas do município para a União, bem como da análise da Administração Pública Federal do material enviado pelo outro ente da federação*. 2. A prestação de contas perante o Tribunal de Contas de São Paulo não afasta a necessidade, outrossim, de se explicitar as despesas perante o Ministério do Turismo, ou outros órgãos de controle da União, nos termos das cláusulas pactuadas, o que enseja a competência da Justiça federal para o processamento e julgamento de feito criminal, no qual se aponta a conduta, em tese, de acarretar prejuízo ao erário. Súmula n. 208 desta Corte e precedentes dos Tribunais Superiores. 3. Recurso a que se nega provimento. (RHC 40.611/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 8.10.2013, DJe 29.10.2013).

Habeas corpus. *Prefeita municipal. Denúncia. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967 e art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Apuração de malversação de verbas públicas. Convênio. Ministério da Saúde. Fiscalização do Tribunal de Contas da União. Incidência da Súmula n. 208 do STJ. Competência do TRF da 1ª Região. Ordem denegada*. 1. A denúncia imputa à prefeita a malversação de verbas públicas federais, repassadas à Prefeitura por intermédio de convênio, assinado entre o Fundo Nacional de Saúde e a Municipalidade, sujeito à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União e sob fiscalização do Ministério da Saúde, que é responsável por apurar a correta utilização do dinheiro repassado, bem como o desenvolvimento da ação social. 2. Evidente interesse da União em apurar os possíveis crimes praticados pela prefeita municipal, nos termos do Verbete Sumular n. 208 do STJ, *in verbis*: "Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante

> órgão federal." Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Ordem denegada. (HC 107.753/MA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16.3.2010, DJe 12.4.2010).
>
> *Criminal. REsp. Crime de responsabilidade. Prefeito municipal. Notificação. Defesa prévia. Não apresentação. Omissão causada pela defesa. Ausência de nulidade. Extinção de punibilidade. Inocorrência. Não abrangência do delito em questão. Malversação de verbas públicas oriundas de convênios firmados com entes federais. Sujeição das contas ao TCU. Competência da Justiça Federal. Recurso parcialmente conhecido e provido em parte*. I. Não se declara nulidade no presente caso em que o denunciado foi devidamente notificado para apresentação de resposta escrita, nos termos da Lei n. 8.038/1990, tendo permanecido inerte. II. Incabível a aplicação do disposto no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 no presente caso, cuja redação é clara ao referir as hipóteses de extinção da punibilidade, abrangendo tão-somente os delitos ali especificados. III. Cuidando-se de processo em que existe o envolvimento de prefeito municipal em possível crime de malversação de verbas federais, oriundas de convênios firmados com entes federais - sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União -, sobressai a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito. Inteligência da Súm. n. 208 desta Corte. IV. Recurso parcialmente conhecido e provido em parte. (REsp 613.462/PI, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 2.2.2006, DJ 6.3.2006, p. 428)
>
> Habeas corpus. *Ex-prefeito municipal denunciado por violação do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967 e do artigo 90 da Lei n. 8.666/1993. Malversação de verba pública federal. Competência da Justiça Federal*. 1 - É da competência da Justiça Federal o julgamento de ex-Prefeito Municipal acusado de malversação de verba pública federal sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União. 2 - *Habeas corpus* concedido. (HC 28.292/PR, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 20.9.2005, DJ 17.10.2005, p. 353).

Registre-se, outrossim, que o fato de as contas prestadas pelo Município de Tangará/SC, sobre as verbas federais, terem sido aprovadas pelo órgão de controle não elide, como é cediço, a prática dos delitos imputados ao paciente, uma vez que as instâncias são independentes. Assim, da mesma forma que a conclusão do Tribunal de Contas não interfere na ação penal, não é possível afirmar que referida aprovação denota que as licitações fraudulentas só o são na parte que se utilizou a verba municipal.

A propósito:

> Habeas corpus *substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento*

> *deste Tribunal, em consonância com a Suprema Corte. Dispensa de licitação fora das hipóteses legais. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Análise sobre a materialidade do delito que não pode ser feita na via eleita. Defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal. Desnecessidade. Precedentes. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício.* Habeas corpus *não conhecido.* 1. (...). 4. O fato de o Tribunal de Contas aprovar as contas a ele submetidas, embora possa ser considerado em favor do Paciente, não obsta, diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, quando não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do acusado. 5. A tese defensiva de falta de justa causa para a ação penal pela inexistência de malversação das verbas demanda minucioso exame do conjunto fático e probatório, que deve ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução criminal contraditória. Afinal, quando a versão de inocência apresentada é contraposta por elementos indiciários apresentados pela acusação, incabível o deslinde da controvérsia na via estreita do *habeas corpus*. 6. (...). (HC 218.663/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 23.11.2012).

Por fim, destaco que os precedentes trazidos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em sua petição de e-STJ fls. 2.321/2.333, não se aplicam ao caso dos presentes autos. De fato, no que concerne ao CC 109.103/CE, observo que a celeuma diz respeito à competência para julgar ação de improbidade e não ação penal. No que se refere aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, verifico que se considerou não ter ficado demonstrado o envolvimento de bem, serviço ou interesse direto da União, situação diversa da trazida nos presentes autos.

De fato, encontrando-se o repasse de verba federal vinculado ao objeto do convênio, cuja aplicação está sujeita à fiscalização do ente federal, a respectiva ação penal compete à Justiça Federal, na esteira do disposto na súmula 208/STJ, *in verbis*: "Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal".

No mais, incide o Verbete Sumular 122/STJ, *in verbis:* "compete à Justiça Federal o processo e o julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal".

Ante o exposto, *não conheço* do *mandamus*. Porém, *concedo a ordem* de ofício, para reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar

os fatos narrados na inicial, cabendo ao Juízo competente o exame acerca do aproveitamento dos atos já praticados.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 364.583-SP (2016/0197816-8)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Impetrante: Elton Carlos de Almeida
Advogado: Elton Carlos de Almeida - SP241023
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Murilo Henrique de Goes Silva (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário cabível. Impossibilidade. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Reduzida quantidade de droga apreendida. Condições pessoais favoráveis. Medidas cautelares alternativas. Adequação e suficiência. Coação ilegal em parte demonstrada. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação.

3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

4. No caso, não obstante a reprovabilidade da conduta, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e a primariedade do agente.

5. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, 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), 4 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 13.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Murilo Henrique de Goes Silva* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* de n. 2109844-89.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a decisão que ordenou a prisão preventiva do paciente é carente de fundamentação concreta, porquanto embasada na gravidade em abstrato do delito, em tese, cometido, reputando ausentes os requisitos da medida extrema, previstos no art. 312 do CPP, e malferindo o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Pondera que não caberia ao Tribunal de origem lançar novos fundamentos a fim de justificar a imposição da medida extrema.

Alega que o paciente é primário, possui bons antecedentes, residência fixa, trabalho lícito e família constituída, predicados que lhe autorizariam a responder solto ao processo.

Aduz, outrossim, que as "únicas supostas provas (indícios) utilizadas pela acusação até o presente momento e que serviram para "fundamentar" a Decretação e Manutenção da Prisão Preventiva se referem ao mérito, tratam se de supostas denúncias e investigações sem comprovação nos autos" (e-STJ fls. 17).

Afirma que não teria sido demonstrado, com base em elementos concretos, como a liberdade do acusado poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Defende, outrossim, que seria desproporcional a manutenção da segregação cautelar do acusado, uma vez que, em caso de eventual condenação, haveria a possibilidade de fixação de regime inicial menos gravoso.

Argumenta, por fim, a excepcionalidade da medida extrema, enfatizando que o paciente faria jus a substituição da preventiva por medidas cautelares descritas no art. 319 do CPP, preferencialmente, aquela consistente no comparecimento periódico em Juízo.

Requereu, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que fosse deferida a liberdade provisória ao paciente, concedendo-lhe o direito de responder solto a presente ação penal, expedindo-se, em seu favor, o competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Inicialmente, deve-se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar

efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a" da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c" da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante *no dia 16.3.2016*, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque tinha em depósito e trazia consigo, para o fornecimento a consumo de terceiros, 25 pinos contendo cocaína, pesando aproximadamente 30,09g (trinta gramas e nove miligramas).

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

> É dos autos que, na data supra, os policiais militares Michel Giroldo e Luiz Eduardo Ferreira da Silva, enquanto realizavam patrulhamento de rotina, avistaram o indiciado que, ao avistá-los, demonstrou certa insegurança.
>
> Diante disso, os milicianos acharam por bem abordá-lo, e consigo encontraram a quantia de 22 (vinte e dois) pinos contendo cocaína (fls. 10). Ato contínuo, em sua residência, localizaram mais três pinos cheios e oito vazios.
>
> Questionado, Murilo afirmou que havia consumido alguns, dos ilícitos, e pretendia vender o restante (fls. 07).
>
> Laudo pericial de constatação de entorpecente a fls. 17 (provisório). (e-STJ fls. 30)

Verifica-se que, em 17.3.2016, o Juízo singular converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente, notadamente a bem da ordem pública, dada a gravidade concreta da conduta perpetrada, enfatizando que "foi apreendida certa quantidade de cocaína, na forma de 25 (vinte e cinco) porções dispostas

individualmente em pinos, na forma usual pela qual são comercializadas por traficantes, de forma a demonstrar, "a priori", aliado aos depoimentos prestados pelos policiais militares e da própria confissão espontânea do autuado, de que o entorpecente apreendido seria destinado à traficância" (e-STJ fls. 43).

Por fim, ponderou-se no referido *decisum*, que "dada a natureza hedionda da conduta do indiciado que será apurada nos autos principais, verifica-se que se mostram insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, as quais não impedirão, como de fato não impede, que este continue, uma vez afastada a sua prisão, de manter a atividade do tráfico de drogas [...]" (e-STJ fls. 43)

Formulados pedidos sucessivos de liberdade provisória, tem-se que os pleitos restaram indeferidos, por considerar o Togado que persistiam os motivos que ensejaram o decreto originário da preventiva (e-STJ fls. 99 e 103).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, denegou a ordem, mantendo a constrição processual a bem da ordem pública, vulnerada diante gravidade concreta da conduta perpetrada, da qual entendeu ser possível presumir a periculosidade social do réu, enfatizando também a necessidade de preservar "a instrução criminal e a aplicação da lei penal" (e-STJ fls. 48).

Por fim, no que tange à aventada desproporcionalidade do encarceramento antecipado enfatizou que "não procede a alegação de que [...] caso condenado, o paciente fará jus a regime prisional mais brando, vez que este não é o momento adequado para verificar a natureza das penas e de eventuais benefícios aos quais ele, em tese, teria direito, pois o *habeas corpus* não se presta a analisar questão que depende de prova complexa" (e-STJ fls. 49).

Delineado o contexto processual, passa-se à análise dos fundamentos invocados neste reclamo.

Não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o paciente, necessário observar que a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social, após a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011.

E, na espécie, evidencia-se que as circunstâncias do caso autorizam a conclusão pela suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que o denunciado foi preso em flagrante delito na posse de reduzida quantidade de material tóxico - *25 (vinte cinco) pinos, contendo aproximadamente 30,9 g (trinta gramas e nove decigramas) de cocaína* -, ou seja, a

potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Ademais, ao que consta dos autos, *o agente é primário*, predicado que corrobora a conclusão pela desproporcionalidade de sua manutenção no cárcere preventivamente.

Com efeito, a Lei n. 12.403/2011, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispôs que: "*A prisão preventiva será determinada quando não for* cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".

Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, totalmente favoráveis, como visto.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao art. 282 do CPP:

> A nova legislação que, no ponto, se alinha ao modelo português e ao italiano, prevê diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida, em dupla perspectiva, a saber, (a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios e modo de execução), e, ainda as condições pessoais do agente; e (b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e circunstâncias concretas que possam justificar a segregação provisória. (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541)

De se destacar que, condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem, como ocorre na espécie.

A propósito, da jurisprudência desta Corte Superior sobre o tema, pode-se colacionar o seguinte excerto da ementa do HC 244.825/AM, da relatoria da Exma. Sra. Ministra *Regina Helena Costa*, julgado em 22.10.2013, em que se afirmou o seguinte:

> [...]
>
> II - A imposição de cautelas processuais, inclusive da prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282, do CPP, observando-se, ainda, por força do princípio da homogeneidade, se a constrição tencionada é proporcional ao gravame resultante da provável condenação ulterior.
>
> III - A prisão preventiva, porquanto residual em relação às demais cautelares, somente poderá ser admitida, em lugar da liberdade provisória combinada, ou não, a medida restritiva de direitos, em face da seguinte conjuntura: a) o caso deve enquadrar-se em uma das hipóteses do art. 313, *caput* e parágrafo único, do CPP, afastadas as excludentes de ilicitude do art. 314, do mesmo diploma legal, b) vislumbre-se a probabilidade de condenação final à prisão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado; c) presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, a imposição de cautela alternativa, ou de uma combinação delas, não satisfaça o binômio necessidade/adequação, ou tenha o Acusado descumprido alguma delas. Precedentes desta Corte.
>
> [...]

Ora, na hipótese dos autos, as condições pessoais favoráveis do agente, surpreendido na posse de pequena quantidade de material tóxico - particularidades que não podem ser desconsideradas pelo julgador, mormente em se tratando do direito à liberdade - indicam a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os fins acautelatórios pretendidos.

Nesse contexto, e apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das peculiaridades do caso concreto, mostra-se necessária, adequada e suficiente a imposição das previstas nos incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades), IV (proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução), e V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos), todos do art. 319 do CPP.

Merece registro, por fim, que o descumprimento das condições aqui impostas poderá gerar nova decretação da prisão preventiva, de acordo com o previsto no art. 282, § 4º, do CPP.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não se conhece* do *habeas corpus* substitutivo, *concedendo-se, contudo, a ordem de ofício*, nos termos

do art. 654, § 2º, do CPP, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 45.614-RJ (2014/0040412-2)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Recorrente: Sabrina Harrouche Garcia
Advogados: Fernando Augusto Henriques Fernandes e outro(s)
Ricardo Sidi Machado da Silva
Andre Luiz Hespanhol Tavares
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. *1*. Posse de arma de fogo de uso permitido. Art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Arma registrada em nome do ex-marido falecido. Necessidade de regularização sob pena de sanções penais. Art. 67, § 3º, do Dec. n. 5.123/2004. Recorrente que se tornou curadora do artefato. *2*. Ausência de elemento subjetivo. Mero ilícito administrativo. Atipicidade penal. *3*. Recurso em *habeas corpus* provido, para trancar a ação penal.

1. Após a morte do ex-marido, a recorrente se tornou curadora da arma, uma vez que esta permaneceu em sua posse, razão pela qual deveria ter observado a regra trazida no art. 67 do Decreto n. 5.123/2004, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, com relação à regularização da posse, sob pena de serem aplicadas as sanções penais cabíveis. Contudo, a norma em tela deve ser aplicada com parcimônia, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que a arma com registro vencido não atrai o tipo penal em face do proprietário. Assim, nessa linha de raciocínio e com muito mais razão, deve ser abrandada a situação daquele que, com

o falecimento do proprietário, passa a ter a posse do artefato, sem nem sequer possuir familiaridade com o objeto, deixando, assim, de observar a necessidade de regulamentação da arma que já se encontra registrada.

2. O fato de a recorrente não ser a proprietária, mas apenas a curadora da arma, que estava devidamente registrada e com porte em nome de seu ex-marido falecido, não pode possuir lesividade maior do que a do proprietário que deixa de renovar seu registro. Com efeito, se o proprietário, que possui maior conhecimento das regras que regem a posse e o porte de arma de fogo, comete mero ilícito administrativo, não vejo como imputar o elemento subjetivo da posse ilegal de arma de fogo a pessoa que se torna curadora da arma em virtude da morte do proprietário, deixando de regularizá-la. Nesse contexto, diante da existência do certificado de registro de arma e da autorização para porte de arma em nome do falecido ex-marido da recorrente, possibilitando, assim, o controle de sua circulação, tem-se que o fato de a curadora da arma não tê-la regularizado após a morte do proprietário deve ser considerado igualmente mera irregularidade administrativa, porquanto não se vislumbra o elemento subjetivo do tipo nem a vulneração ao bem jurídico tutelado.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à recorrente e determinar o trancamento da Ação Penal n. 0068135-11.2013.8.19.0000.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 29.8.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto em favor de *Sabrina Harrouche Garcia Souza* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que, em virtude de medida de busca e apreensão decretada contra a filha da recorrente – que há 10 (dez) anos não mais residia com a mãe –, foi realizada diligência em sua residência, sendo-lhe perguntado se possuía alguma arma, ao que apresentou uma pistola que pertencera a seu falecido ex-marido.

Em razão dos fatos narrados, foi denunciada como incursa no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, sendo beneficiada com a suspensão condicional do processo. Contudo, entende ser atípica a conduta que lhe é imputada, razão pela qual impetrou prévio *mandamus* perante o Tribunal de origem, cuja ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 79/80):

> Habeas corpus. *Delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Artigo 12 da Lei n. 10.826/2003. Impetrantes que se in- surgem contra o recebimento da denúncia e requerem, por consequência, a anulação de todo o feito, inclusive da decisão homologatória da suspensão condicional do processo. Sobreveio à impetração novo* writ, *com identidade de partes, objeto e causa de pedir. Ordem denegada em re- lação ao primeiro* habeas corpus. *Processo extinto sem resolução de mérito, no tocante à segunda ação*. 1. O *habeas corpus* não se afigura como a via adequada para o exame de questões afetas ao mérito da ação originária, sobretudo porque a eminente Magistrada a quo nem sequer julgou o feito, ante a manifestação de vontade da paciente, que aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, cuja sentença homologatória desafia o recurso de apelação. Diante dessa realidade, passa-se à análise tão somente das matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício por esta Corte de Justiça, notadamente na hipótese de possível ilegalidade, com repercussão no direito de liberdade da paciente. 2. A conduta relacionada ao delito de posse de arma de fogo, de uso permitido ou restrito, somente é considera- da atípica na hipótese de ser abrangida pela chamada *abolitio criminis* temporária, cujo período iniciou-se em 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005. Com a edição da Medida Provisória n. 417/2008, convertida na Lei n. 11.706/2008, apenas os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido tiveram o termo final prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2008. Em 13 de abril de 2009, os prazos de que tratam os artigos 5º, § 3º, e 30 do Estatuto do Desarmamento foram postergados para 31 de dezembro de 2009, a teor do artigo 20 da Lei n. 11.922/2009. No caso em tela, a arma foi apreendida na posse da paciente durante o cumprimento de um mandado d e busca e apreensão em sua residência, no dia 20 de dezembro

> de 2011, após o período de abrangência da abolitio criminis temporária, o que torna, pois, inviável a concessão da ordem, tal qual requerida pelos impetrantes. 3. Ao invés do afirmado pelos impetrantes, não restou configurada nenhuma ilegalidade na prisão em flagrante da paciente, na medida em que os policiais estavam cumprindo um mandado judicial de busca e apreensão, no qual consta expressamente o endereço situado na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, onde reside a paciente. O simples fato de constar o nome de Shanna, filha da paciente, no aludido mandado, não o torna ilegal ou ir- regular, sobretudo porque a moça residia com sua mãe no endereço onde a arma foi apreendida. *Ordem denegada em relação ao* Habeas Corpus *n. 0068135-11.2013.8.19.0000. Extinção do feito, sem resolução de mérito, no tocante ao* Writ *n. 0068299-73.2013.8.19.0000.*

No presente recurso, afirma o recorrente, em um primeiro momento, que existem duas portarias do Exército Brasileiro criando um período de *abolitio criminis* para a regularização de armas no caso de falecimento de atiradores profissionais e colecionadores. Dessarte, conclui que, por isonomia, deve se estender a mesma disciplina àquelas que ficam na posse de armas deixadas por entes falecidos, que no caso possuía registro e autorização para porte.

Afirma, ainda, que o art. 31 da Lei n. 10.826/2003 autoriza a entrega, a qualquer tempo, de armas de fogo adquiridas regularmente, cuidando-se, portanto, de *abolitio criminis* permanente, razão pela qual se revela atípica a conduta imputada à recorrente. No mais, afirma que, não acolhidos os argumentos acima, deve se entender que a recorrente agiu em erro de tipo, por considerar que os documentos que possuía eram suficientes à manutenção da arma de forma regulamentar.

Afirma, outrossim, que o processo de inventário do falecido proprietário da arma ainda está em andamento. Contudo, aberta a sucessão, transmite-se a herança desde logo aos herdeiros, posição que não ocupa a recorrente, uma vez que é ex-esposa. Dessa forma, conclui que não poderia ter decidido entregar a arma à Polícia Federal, pois não era sua.

Por fim, entende que a busca e apreensão realizada é ilícita com relação à recorrente, uma vez que era sabido que se tratava da casa da mãe da investigada, e que foram autorizadas diligências de busca e apreensão em três endereços. Ademais, entende que não haviam fundadas razões para proceder à busca e apreensão naquele endereço, porque nem ao menos verificou-se quem nele residia.

Pugna, assim, inclusive liminarmente, pela anulação do processo desde a denúncia bem como da suspensão condicional do processo, por ser atípica a conduta.

A liminar foi indeferia, às e-STJ fls. 408/411, pelo então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 417/425, pelo não provimento do recurso, nos seguintes termos:

> *Recurso ordinário em* habeas corpus. *Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. Erro de tipo, inexigibilidade de conduta diversa e atipicidade da conduta, com base no art. 31 da Lei n. 10.826/2003. Teses não examinadas pelo magistrado singular, tampouco pelo Tribunal* a quo. *Supressão de instância.* Abolitio criminis *temporária. Prorrogação até 31.12.2009. Flagrante posterior. Mandado de busca e apreensão. Ausência de qualquer ilegalidade. Constrangimento ilegal não configurado*. – O Tribunal *a quo* não se manifestou acerca das teses defensivas afetas ao mérito da ação penal originária (erro de tipo, inexigibilidade de conduta diversa e atipicidade da conduta, com base no art. 31 da Lei n. 10.826/2003), porquanto o magistrado de piso não chegou a apreciá-las, em razão da proposta de suspensão condicional do processo aceita pela acusada. Essa circunstância inviabiliza a análise de tais temas nesse Augusto Pretório, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. – Segundo o entendimento assente nessa Augusta Corte, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis n. 10.884/2004, 11.118/2005 e 11.191/2005, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005. – Dessa data até 31 de dezembro de 2009, somente as armas/munições de uso permitido (com numeração hígida) e, pois, registráveis, é que estiveram abarcadas pela *abolitio criminis*. – Hipótese em que o artefato foi apreendido em 20 de dezembro de 2011 e, portanto, fora do período assinalado pela legislação. – Não se vislumbra nenhuma ilegalidade no Mandado de Busca e Apreensão, uma vez que este foi expedido com objetivo certo, contra pessoas determinadas e mediante a apresentação de fundadas razões, tendo sido observados os ditames dos arts. 240 e 243 do Código de Processo Penal. – Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): A recorrente foi denunciada como incursa no art. 12 da Lei n. 10.826/2006 porque mantinha em sua residência, no dia 20.12.2011, uma arma registrada, de propriedade do seu ex-marido, já falecido. As autoridades policiais tomaram conhecimento da existência do artefato ao cumprir mandado de busca e apreensão em nome da

filha da paciente, expedido para o endereço da sua genitora, embora aquela não residisse mais com a mãe há alguns anos. Ademais, a arma foi apresentada pela recorrente ao ser questionada sobre a existência de armas na residência.

Embora a recorrente tenha aceitado a suspensão condicional do processo, impetrou prévio *mandamus* perante o Tribunal de origem, por considerar atípica a conduta que lhe foi imputada. Apontou, em um primeiro momento, para a existência de portarias que disciplinam a possibilidade de regulamentação da arma de fogo após a morte do seu proprietário, quando se tratar de colecionador ou atirador profissional. Porém, o Tribunal local considerou não ser possível aplicar referido regramento ao caso concreto, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 103):

> Ademais, as portarias a que se referem os impetrantes destinam-se a determinadas categorias de pessoas, como os colecionadores de armas, munição, armamento pesado e viaturas Militares, bem como aos atiradores e entidades esportivas de tiro, devidamente registrados no Exército, a cuja categoria não se enquadra a paciente. Como se não bastasse, esses atos administrativos nem sequer estenderam o prazo para entrega de armas de uso permitido, e tampouco poderiam fazê-lo, já que não são leis em sentido formal, com força para alterar as disposições previstas na Lei n. 10.826/2003, decorrente do processo legislativo previsto na Constituição da República.

Igualmente, considerou a Corte local não haver ilegalidade na apreensão da arma em razão de cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido em nome da filha da recorrente, haja vista referida diligência ter sido cumprida dentro da legalidade. Consignou-se que "não restou configurada nenhuma ilegalidade na prisão em flagrante da paciente, na medida em que os policiais estavam cumprindo um mandado judicial de busca e apreensão, no qual consta expressamente o endereço situado na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, onde reside a paciente. O simples fato de constar o nome de Shanna, filha da paciente, no aludido mandado, não o torna ilegal ou irregular, sobretudo porque a moça residia com sua mãe no endereço onde a arma foi apreendida" (e-STJ fl. 103).

Por fim, concluiu o Tribunal de origem não ter ficado configurada hipótese de *abolitio criminis* temporária, nos seguintes termos (e-STJ fl. 102):

> Não assiste razão aos impetrantes. A conduta relacionada ao delito de posse de arma de fogo, de uso permitido ou restrito, somente é considerada atípica na hipótese de ser abrangida pela chamada *abolitio criminis* temporária, cujo período iniciou-se em 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005. Com

> a edição da Medida Provisória n. 417/2008, convertida na Lei n. 11.706/2008, apenas os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido tiveram o termo final prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2008. Em 13 de abril de 2009, os prazos de que tratam os artigos 5º, § 3º, e 30 do Estatuto do Desarmamento foram postergados para 31 de dezembro de 2009, a teor do artigo 20 da Lei n. 11.922/2009. No caso em tela, a arma foi apreendida na posse da paciente durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão em sua residência, no dia 20 de dezembro de 2011, após o período de abrangência da *abolitio criminis* temporária, o que torna, pois, inviável a concessão da ordem, tal qual requerida pelos impetrantes. Nesse sentido, convém trazer à colação o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça: (...).

As demais alegações, relativas à atipicidade com fundamento no art. 31 da Lei n. 10.826/2003, ao erro de tipo e à ausência de culpabilidade, em virtude da inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não era proprietária da arma, não foram apreciadas pelas Corte local. Com efeito, considerou-se que o fato de a recorrente ter aceitado o benefício da suspensão condicional do processo impediu o Juiz de origem de analisar o mérito da Ação Penal, impedindo, assim, a Corte local de analisar referidos temas, sob pena de indevida supressão de instância.

Verifico, portanto, que os temas não apreciados pelo Tribunal de origem não podem ser analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de dupla supressão de instância. Outrossim, no que concerne aos temas efetivamente analisados, não há como discordar das conclusões alcançadas pelas Corte local. De fato, não há se falar em *abolitio criminis* temporária, o que sequer foi alegado no presente recurso, nem se pode falar em ilegalidade da medida de busca e apreensão, a qual, ademais, não foi a forma pela qual se descobriu a existência da arma, a qual foi espontaneamente apresentada pela recorrente.

Ademais, relevante registrar que o Decreto n. 5.123/2004, o qual regulamenta a Lei n. 10.826/2003, disciplina a situação em tela, nos seguintes termos:

> Art. 67. No caso de falecimento ou interdição do proprietário de arma de fogo, o *administrador da herança ou curador*, conforme o caso, deverá providenciar a transferência da propriedade da arma mediante alvará judicial ou autorização firmada por todos os herdeiros, desde que maiores e capazes, aplicando-se ao herdeiro ou interessado na aquisição as disposições do art. 12.
>
> § 1º O *administrador da herança ou o curador comunicará à Polícia Federal* ou ao Comando do Exército, conforme o caso, a morte ou interdição do proprietário da arma de fogo.

> § 2º Nos casos previstos no *caput* deste artigo, a arma deverá permanecer sob a guarda e responsabilidade do administrador da herança ou curador, depositada em local seguro, até a expedição do Certificado de Registro e entrega ao novo proprietário.
>
> § 3º A inobservância do disposto no § 2º implicará a apreensão da arma pela autoridade competente, *aplicando-se ao administrador da herança ou ao curador as sanções penais cabíveis*.

Tem-se, portanto, que, embora a recorrente não seja herdeira nem administradora, se tornou curadora da arma, uma vez que esta permaneceu em sua posse. Contudo, entendo que a norma em tela deve ser aplicada com parcimônia, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que a arma com registro vencido não atrai o tipo penal em face do proprietário. Assim, nessa linha de raciocínio e com muito mais razão, deve ser abrandada a situação daquele que, com o falecimento do proprietário, passa a ter a posse do artefato, sem nem sequer possuir familiaridade com o objeto, deixando, assim, de observar a necessidade de regulamentação da arma que já se encontra registrada.

Com efeito, não se verifica, no caso em apreço, a vulneração do bem jurídico tutelado, mas sim um mero ilícito administrativo, conforme vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça nos casos em que o proprietário deixa de renovar o registro vencido. Isso se dá em razão de o primeiro registro da arma já possibilitar seu rastreamento. Dessa forma, tem se entendido ser desnecessária a atuação do Direito Penal, haja vista sua característica de *ultima ratio*, primando-se, assim, pela observância aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Registro, por oportuno, que no julgamento do *Habeas Corpus* n. 294.078/SP, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26.8.2014, a Quinta Turma assentou que:

> (...) a questão não pode extrapolar a esfera administrativa, uma vez que ausente a imprescindível tipicidade material, pois, constatado que o paciente detinha o devido registro da arma de fogo de uso permitido encontrada em sua residência - de forma que *o Poder Público tinha completo conhecimento da posse do artefato em questão, podendo rastreá-lo se necessário -, inexiste ofensividade na conduta*. A mera inobservância da exigência de recadastramento periódico não pode conduzir à estigmatizadora e automática incriminação penal. *Cabe ao Estado apreender a arma e aplicar a punição administrativa pertinente, não estando em consonância com o Direito Penal moderno deflagrar uma ação penal para a imposição de pena* tão somente porque o indivíduo - devidamente autorizado a

> possuir a arma pelo Poder Público, diga-se de passagem - deixou de ir de tempos em tempos efetuar o recadastramento do artefato. Portanto, até mesmo por questões de política criminal, não há como submeter o paciente às agruras de uma condenação penal por uma *conduta que não apresentou nenhuma lesividade relevante aos bens jurídicos tutelados pela Lei n. 10.826/2003, não incrementou o risco e pode ser resolvida na via administrativa*.

Referido entendimento foi confirmado pela Corte Especial, no julgamento da Ação Penal n. 686/AP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que consignou em seu voto que, "se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal".

Ao ensejo, transcrevo a ementa do mencionado julgado:

> *Penal. Art. 12 do Estatuto do Desarmamento. Guarda de arma em residência com registro vencido. Conduta atípica. Ausência de dolo. Art. 16 do mesmo Estatuto. Posse e guarda de munição de uso restrito. Conselheiro equiparado a Desembargador. Lei Orgânica da Magistratura e direito a porte de arma para defesa pessoal. Não discriminação na LOMAN entre munição de uso permitido e de uso restrito. Atipicidade reconhecida*. 1. Os objetos jurídicos dos tipos previstos nos arts. 12 (guarda de arma de uso permitido em residência) e 16 (posse de munição de uso restrito) da Lei n. 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento - são a administração pública e, reflexamente, a segurança, incolumidade e paz pública (crime de perigo abstrato). No primeiro caso, para se exercer controle rigoroso do trânsito de armas e permitir a atribuição de responsabilidade pelo artefato; no segundo, para evitar a existência de armas irregulares circulando livremente em mãos impróprias, colocando em risco a população. 2. Se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal. 3. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento é norma penal em branco que delega à autoridade executiva definir o que é arma de uso restrito. A norma infralegal não pode, contudo, revogar direito previsto no art. 33, V, da Lei Complementar n. 35/1979 - Lei Orgânica da Magistratura - e que implique ainda a criminalização da própria conduta. A referida prerrogativa não faz distinção do direito ao porte de arma e munições de uso permitido ou restrito, desde que com finalidade de defesa pessoal. 4. Não se trata de hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas de invasão de competência reservada àquela por força do art. 93 da Constituição de 1988, que prevê lei complementar para o Estatuto da Magistratura (art. 93). Conflito de normas que se resolve em favor da interpretação mais benéfica à abrangência da prerrogativa também em relação à munição de uso restrito. 5. A Portaria do Comando do Exército n. 209/2014

> autoriza membro do Ministério Público da União ou da magistratura a adquirir até duas armas de uso restrito (357 Magnum e ponto 40) sem mencionar armas e munições 9mm. É indiferente reconhecer abolitio criminis por analogia, diante de lei própria a conferir direito de porte aos magistrados. 6. Denúncia julgada improcedente com fundamento no art. 386, III, do CPP. (APn 686/AP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 21.10.2015, DJe 29.10.2015).

Destaco, ainda, por relevante, trechos do voto:

> O art. 12 do Estatuto do Desarmamento afirma que é *objetivamente* típico possuir ou manter sob guarda arma de fogo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de residência. Entretanto, relativamente ao elemento *subjetivo*, *não há dolo* do agente que procede ao registro e, depois de expirado prazo, é apanhado com a arma nessa circunstância. Trata-se de uma *irregularidade administrativa*; do contrário, todos aqueles que porventura tiverem deixado expirar prazo semelhante terão necessariamente de responder pelo crime, o que *é absolutamente desproporcional*. Avulta aqui o caráter subsidiário e de *ultima ratio* do direito penal. No caso concreto, além de se afastar da teleologia do objeto jurídico protegido, a saber, a administração e, reflexamente, a segurança e paz pública (crime de perigo abstrato), *banaliza-se a criminalização de uma conduta em que o agente já fez o mais importante, que é apor seu nome em um registro de armamento, possibilitando o controle de sua circulação*.

Diante dos argumentos expendidos acima, a Quinta Turma concedeu a ordem no *Habeas Corpus* n. 339.762/SP, de minha Relatoria, cuja ementa transcrevo a seguir:

> Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. *1*. Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. *2*. Posse de arma de fogo de uso permitido. Registro vencido. Mero ilícito administrativo. Atipicidade penal. Precedentes. *3*. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para trancar a ação penal.
>
> *1*. A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, 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*. Em recente acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Penal n. 686/AP, assentou-se que "se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal".
>
> *3*. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para trancar a Ação Penal n. 0016928-69.2013.8.26.0002.

No caso dos autos, o fato de a recorrente não ser a proprietária, mas apenas a curadora da arma, que estava devidamente registrada e com porte em nome de seu ex-marido falecido, não pode possuir lesividade maior do que a do proprietário que deixa de renovar seu registro. Com efeito, se o proprietário, que possui maior conhecimento das regras que regem a posse e o porte de arma de fogo, comete mero ilícito administrativo, não vejo como imputar o elemento subjetivo da posse ilegal de arma de fogo à pessoa que se torna curadora da arma em virtude da morte do proprietário, deixando de regularizá-la.

Nesse contexto, diante da existência do certificado de registro de arma e da autorização para porte de arma em nome do falecido ex-marido da recorrente (e-STJ fl. 120), possibilitando, assim, o controle de sua circulação, tem-se que o fato de a curadora da arma não tê-la regularizado após a morte do proprietário deve ser considerado igualmente mera irregularidade administrativa, porquanto não se vislumbra o elemento subjetivo do tipo nem a vulneração ao bem jurídico tutelado.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus*, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à recorrente e determinar o trancamento da Ação Penal n. 0068135-11.2013.8.19.0000.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 76.026-RS (2016/0244094-8)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Fernando Antonio Guimaraes Hourneaux de Moura
Advogados: Daniel Laufer - PR032484
Maria Francisca dos Santos Accioly - PR044119
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação "Lava-Jato". Prisão preventiva. Alegação de inidoneidade da fundamentação do decreto prisional. Quebra do acordo de colaboração

premiada e risco à aplicação da lei penal. Fundamentos válidos a amparar a segregação cautelar. Recurso desprovido.

I - Não há óbice em se decretar a prisão preventiva no ensejo da prolação de sentença condenatória, quando presentes os requisitos legais. Possibilidade que ressai evidente do art. 387, par. 1º, do Código de Processo Penal.

II - A existência de dados concretos, relacionados ao comportamento pretérito do acusado, somado à sua disponibilidade de recursos financeiros, são hábeis a revelar que a sua colocação em liberdade implicaria em riscos para a aplicação da lei penal, por isso que viabilizada a prisão preventiva sob este fundamento, máxime se decretada na sentença condenatória.

III - A quebra das obrigações assumidas pelo acusado-colaborador, em si mesma, não faz despontar os requisitos da prisão preventiva, quando estes, em nenhum momento precedente, fizeram-se presentes, nos casos em que o acordo celebrou-se com réu que ostentava a condição de liberdade.

IV - Hipótese diversa, em que a celebração do acordo de colaboração premiada houve de ensejar a concessão da liberdade provisória a acusado que se encontrava preso, fundada numa inequívoca expectativa de que dar-se-ia escorreito o cumprimento do acordado.

V - No âmbito do acordo de colaboração premiada, conforme delineado pela legislação brasileira, não é lícita a inclusão de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal, e, portanto, não é a partir dos termos do acordo que se cogitará da concessão ou não de liberdade provisória ao acusado que, ao celebrá-lo, encontre-se preso preventivamente. Segundo a dicção do art. 4º, da Lei n. 12.850/2013, a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo.

VI - Nos casos em que a liberação do acusado derivou da expectativa fundada de que, com o acordo, haveria de prestar a colaboração a que se incumbiu, não se exclui, verificadas as particularidades da situação, possa-se restabelecer a segregação cautelar.

VII - Será de avaliar-se, em cada caso, a extensão do olvido com que se houve o colaborador, frente aos termos do acordo, porquanto não é apenas a circunstância de seu descumprimento que determinará a retomada da prisão preventiva, quando essa foi afastada à conta de sua celebração.

VIII - Nos casos em que a intensidade do descumprimento do acordo de colaboração mostrar-se relevante, a frustração da expectativa gerada com o comportamento tíbio do colaborador permite o revigoramento da segregação cautelar, mormente quando seu precedente afastamento deu-se pelo só fato da promessa homologada de colaboração.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 11.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, interposto por *Fernando Antônio Guimarães Horneaux de Moura*, contra acórdão do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> "Operação Lava-Jato". *Habeas corpus*. Código de Processo Penal. Prisão preventiva. Momento. Art. 387, § 1º do CPP.
>
> Prova da materialidade e de autoria. Presença dos requisitos. Corrupção. Cartel de licitações. Sociedade de economia mista. Lavagem de dinheiro. Complexo envolvimento do criminoso. Acordo de colaboração premiada. Revogação. Restauração do *status quo ante*.

1. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto.

2. Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do *periculum libertatis*, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.

3. A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada "Operação Lava-Jato", os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.

4. Havendo prova da participação do paciente em crimes de "corrupção" e de "lavagem de capitais", todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC n. 302.604/RP, Rel. Ministro Newton Trisotto, Quinta Turma, julg. 24.11.2014).

5. As prisões preventivas podem ser decretadas em qualquer momento, na fase de inquérito, no curso ação penal ou, ainda, quando proferida sentença, a teor do art. 387, § 1º do Código de Processo Penal.

6. A liberdade concedida em razão de acordo de colaboração premiada não esvazia os requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, mas apenas os minimiza, diante da concordância expressa do colaborador de auxiliar na apuração dos ilícitos e de se submeter à jurisdição criminal.

7. Revogado o acordo de colaboração, extinguem-se os benefícios e as obrigações ajustadas entre as partes, podendo a prisão preventiva ser restabelecida quando ainda presentes os requisitos e pressupostos para tanto.

8. A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23.10.2014).

9. Ordem de *habeas corpus* denegada (fls. 743-744).

O recorrente alega, em síntese, que a decretação de sua prisão preventiva, no ensejo da sentença condenatória, não atendeu aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, bem como que não se afigura idôneo, para a segregação cautelar, o fundamento de quebra do acordo de delação premiada.

Pondera que: "*no artigo 312 do Código de Processo Penal nem tampouco em qualquer outra disposição normativa há a previsão legal de que eventual violação de acordo de delação premiada seja motivo suficiente e automático para a decretação de prisão preventiva. Da decisão guerreada, podemos extrair 3 conclusões: (i) o paciente foi preso por quebrar o acordo de delação premiada (o que a defesa não admite e já interpôs o recurso correto para ver restabelecer tal pacto), (ii) o paciente foi preso porque* ***supostamente*** *não teria pago a multa imposta no acordo e (iii) porque teria dito que teria fugido do Brasil por conta do processo do mensalão que sequer ele fora investigado. Em outras palavras, o paciente está com a sua liberdade segregada como uma vingança do Estado pois teria ele mentido e descumprido um pacto premiado. Assim, claramente se verificou que a segregação cautelar era indevida, ilegal e desproporcional e que merecia ser revista*" (fls. 773-774).

Ainda, aduz que durante os seis meses que permaneceu em liberdade não se envolveu em qualquer ato que justificasse a prisão preventiva, bem como que seria desproporcional vincular-se a virtual quebra do acordo de colaboração premiada com a imposição da segregação.

Em consequência, pede o recorrente o provimento do recurso, a fim de que seja colocado em liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares.

O recurso foi admitido (fls. 804-805).

O parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República é pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 976-991).

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Cuida-se de recurso em *habeas corpus*, no qual o recorrente alega, em resumo, que a decretação de sua prisão preventiva, *no ensejo da sentença condenatória*, não atendeu aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, bem como que não se afigura idôneo, para a segregação cautelar, o fundamento consistente na *quebra do acordo de delação premiada*.

A decisão profligada, ademais, invoca outro argumento, para efeito da determinação da prisão preventiva, qual seja o *asseguramento de aplicação da lei penal*.

De início, observa-se que *não há óbice em se decretar a prisão preventiva no ensejo da prolação da sentença condenatória*, quando presentes os requisitos legais.

Tal possibilidade ressai evidente do art. 387, par. 1º, do Código de Processo Penal, que estabelece:

"Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, *se for o caso, a imposição de prisão preventiva* ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta."

Na espécie, *há dois fundamentos autônomos* para a segregação cautelar. Inicio pelo exame daquele consistente no *asseguramento da aplicação da lei penal*.

O recorrente foi condenado a uma pena de *dezesseis anos e dois meses de reclusão*, e, ao proferir a sentença, a respeito deste ponto, aduziu o juiz de primeiro grau que:

"*[...] vislumbra-se risco à aplicação da lei penal. Houve no acordo promessa de devolução do produto do crime, de cerca de cinco milhões de reais, o que até o momento, apesar dos alegados esforços, não ocorreu. Mas, principalmente,* ***o próprio condenado, em seu interrogatório judicial, revelou que, em momento anterior, diante de seu receio em ser implicado no assim denominado escandâlo do Mensalão, deixou o Brasil, foragindo-se no exterior entre 2005 e 2013, conforme confessado nos itens 776 e 790, retro.***

927. Considerando o comportamento processual pretérito, há um risco concreto de que, diante da violação do acordo e pela negativa de benefícios, venha novamente refugiar-se no exterior, já que agora a perspectiva de sofrer sanção penal é muito mais concreta do que anteriormente*. Para tanto, dispõe o condenado dos meios necessários, pois o produto do crime sequer foi devolvido, além das conexões internacionais já estabelecidas na fuga anterior*" (fl. 339).

A referência não é desprovida de importância. Com a decretação da prisão preventiva realizada em sentença, e, portanto, afirmada a responsabilidade criminal do acusado, ainda que em decisão suscetível de recurso, devem-se levar em conta as suas particularidades para avaliar-se o risco de evasão, tendente a empecer a aplicação da lei penal. É que *a presunção de inocência se vê mitigada a partir da primeira decisão condenatória*, ainda que do juiz de primeiro grau.

Com efeito, *se a sentença condenatória de primeira instância não abalasse a presunção de inocência*, ou seja, se diante do ato jurídico sentença condenatória e o artigo 5º, LVII da Constituição Federal, o que se assentasse fosse a inocência,

e não a culpabilidade afirmada pelo juiz, *a ausência de recurso a essa mesma sentença não poderia ensejar a execução da pena*.

Prolatada que seja, entretanto, a sentença condenatória, se nada for feito pelo condenado, isto é, mantido o estado de inércia, o que se tem é a produção do efeito dessa mesma sentença, que afirmava a culpabilidade e determinava a execução da pena.

No caso concreto, as referências constantes da decisão, sobre ter *o recorrente refugiado-se no exterior em momento pretérito, quando tramitava outra ação penal em que poderia restar implicado*, adquire consistência e mostra-se *inequivocamente relevante* para delinear a necessidade da segregação cautelar.

Sobre este aspecto, portanto, *correta* a referência do v. acórdão recorrido, ao apontar que:

"***Há registro na ação penal de que o paciente admitiu ter se ausentado do país entre os anos de 2005 e 2013, pelo receio de ser implicado na Ação Penal n. 470/STF, como participante do grupo coordenado por José Dirceu de Oliveira e Silva.***

Reforça tal risco a constatação de que os valores recebidos pelo paciente, a título de propina, não terem sido recuperados ainda. Reconheceu o magistrado de origem, ao prolatar a sentença condenatória, que um total de R$ 5.311.026,80 foi então repassado, na forma de doações declaradas nos anos de 2009 e 2010, pelos irmãos Milton e José Adolfo Pascowitch a Fernando Antônio Guimarães Hourneaux de Moura e a Olavo Hourneaux de Moura Filho e seus parentes.

Ora, a não recuperação de tais valores põe em risco a aplicação da lei penal*, ainda que a revogação do acordo de colaboração tenha desobrigado o paciente da reparação do dano em razão daquele vínculo obrigacional*" (fl. 739).

No julgamento do recurso em *Habeas Corpus* n. 73.114/MG, realizado em setembro do ano em curso, da relatoria do em. Min. *Jorge Mussi*, ficou consignado que: "*não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada, bem como em razão do* ***efetivo risco de se furtar à futura aplicação da lei penal***".

É o que sucede nos autos, em que *dados concretos*, relacionados ao comportamento passado do recorrente, somado à sua disponibilidade de recursos financeiros, estão a revelar que a sua colocação em liberdade implicaria em riscos para a aplicação da lei penal.

Ademais, *há outro fundamento para a prisão preventiva do recorrente*.

O quadro fático subjacente à espécie é o seguinte: o recorrente, *até então preso preventivamente* no âmbito da designada Operação "Lava-Jato", *celebrou acordo de colaboração premiada*, em razão do qual *obteve a concessão de sua liberdade*. No ensejo da sentença, o magistrado de primeiro grau considerou ter havido *violação, pelo recorrente, do acordo de colaboração*, e, em consequência, *decretou a sua prisão preventiva*.

As seguintes passagens da sentença condenatória explicam a controvérsia, *verbis*:

"*924. **No caso presente, tendo sido solto Fernando Antônio Guimarães Hourneaux pelo esvaziamento do risco à ordem pública em decorrência da colaboração, com o reconhecimento, pelo MPF e na sentença, da violação, por ele, do acordo, deve ser restabelecido o status quo ante, ou seja renovada a prisão.***

925. Nessa fase, pela condenação por crimes de corrupção passiva, lavagem e pertinência a grupo criminoso, há certeza da prática dos crimes, ainda que a sentença esteja sujeita a recursos, não se tratando mais de conclusão com base em cognição sumária.

[...]

928. Assim sendo, Fernando Antônio Guimarães Hourneaux de Moura deverá responder preso cautelarmente em eventual fase recursal, motivo pelo qual com base nos arts. 312 e 387, § 1, do CPP, restabeleço e decreto a prisão preventiva dele" (fl. 339).

A questão sobre saber-se se o descumprimento do acordo de colaboração premiada, só por si, autorizaria a decretação da prisão preventiva, não é isenta de controvérsia.

Evidentemente, *há casos em que o acordo de colaboração celebrar-se-á com acusados que não estejam em situação de prisão preventiva*, ou sob a restrição de alguma medida cautelar e, *nessas hipóteses, parece idôneo supor que os corolários do descumprimento do acordo restringir-se-ão à não obtenção dos benefícios acertados quando de sua formulação*. Quer dizer, a quebra das obrigações assumidas pelo acusado-colaborador, em si mesma, não faz despontar os requisitos da prisão preventiva, quando estes, em nenhum momento precedente, fizeram-se presentes.

De outra parte, *em algumas situações, a realização do acordo de colaboração não infirmará os requisitos tendentes à manutenção da prisão preventiva*, estando o acusado recolhido, *de maneira que, não obstante sua celebração, haverá de subsistir*

a medida cautelar. Noutros termos, *não há uma relação necessária entre a celebração do acordo de colaboração e a colocação em liberdade do acusado*.

Segundo se depreende, todavia, nenhuma dessas hipóteses concerne ao que sucedeu no presente caso.

Na espécie, após a homologação do acordo de colaboração havido entre o Ministério Público Federal e o recorrente, houve, de parte do primeiro, isto é, do Ministério Público Federal, requerimento autônomo, em favor da *concessão de liberdade provisória* ao recorrente, o qual foi acatado pelo magistrado singular. A razão expressa foi a de que, em virtude do acordo, esvaziar-se-iam os requisitos, no caso, até então tidos como hábeis para fundamentar a segregação cautelar.

Sobre tal ponto específico, aludiu-se na sentença que:

"*923. Há quem, equivocadamente, interprete a decretação da preventiva seguida da revogação após o acordo um indicativo de que prisão cautelar estaria sendo utilizada para forçar confissão e colaboração. Nada mais errado. Decreta-se a prisão preventiva, a pedido, quando presentes os requisitos legais do art. 312 do CPP, boa prova de autoria e materialidade conjugada com algum risco, como de reiteração delitiva em um contexto de corrupção sistêmica. Não obstante,* ***a celebração, depois da prisão cautelar, tem o efeito prático de usualmente esvaziar os riscos que levaram à decretação da medida. Com efeito, por exemplo, se a prisão cautelar é decretada para evitar a risco à instrução, é difícil mantê-la após confissão e colaboração****.* ***Mesmo se decretada após risco à ordem pública, a colaboração pode eventualmente esvaziar o risco, já que representa o rompimento pelo preso de seu pacto com a associação criminosa, esvaziando ou diminuindo as chances de reiteração***" (fls. 338-339).

Realmente, *não se poderia conceber aceitável a pretérita decretação de prisão preventiva, com a finalidade de angariar a vontade do acusado para o acordo de colaboração*. Sobre isso, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 127.186/PR, sendo relator o Min. *Teori Zavascki* (DJe de 3.8.2015), assentou que: "*[...] seria extrema arbitrariedade* - ***que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça*** - *manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei n. 12.850/2013, art. 4º,* caput *e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada*".

Não é disso que se cuida neste caso.

Pois, de outra parte, *não se pode retirar do acusado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração, pela razão de que esteja preso*. Neste sentido, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 127.483, relatado pelo em. Min. *Dias Toffoli*:

"*requisito de validade do acordo é a liberdade* ***psíquica*** *do agente, e não a sua liberdade de* ***locomoção***.

A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha ***com*** *liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente* ***em*** *liberdade, no sentido de liberdade física.*

Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração.

Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia".

A celebração do acordo de colaboração premiada, nas particularidades da situação do recorrente, houve de ensejar, seja pelo Ministério Público Federal, que formulou o pedido, seja pelo magistrado singular, que o deferiu, *a concessão da liberdade provisória, fundada numa inequívoca expectativa de que se daria por escorreito o cumprimento do acordado*. A frustração da expectativa, como é evidente, decorreu da *conduta específica do recorrente*, bem enunciada no v. acórdão recorrido, *verbis*:

"*2.6. Nessa linha, não pode passar despercebido que* ***o acordo foi revogado por fato imputado ao próprio paciente, que faltou com a verdade em três oportunidades****, deixando dúvidas se pretende inclusive se submeter à condenação imposta na Ação Penal n. 5045241-84.2015.4.04.7000/PR.*

[...]

As sucessivas modificações nos depoimentos foram pormenorizadamente abordadas na sentença *(item 773 a 807), afirmando acertadamente a autoridade coatora que como um colaborador sem credibilidade nada de fato colabora, deve ser negado a ele, posição esta também do Ministério Público Federal, qualquer benefício de redução de pena. Agregue-se que sua colaboração consistia basicamente em seus depoimentos, pois ele não providenciou elementos probatórios materiais de suas alegações. Como seus depoimentos não servem como elemento probatório em*

decorrência de seu comportamento processual, não tem direito a qualquer benefício. Não faz diferença a prometida indenização do dano decorrente do crime, pois até o momento, trata-se de mera promessa, além do que ela, por si só, não autorizaria a concessão dos benefícios da colaboração premiada" (fls. 739-740).

Não é inusual, em nosso sistema processual, que o descumprimento de obrigações assumidas pelo acusado, que se encontrava preso e alcança a liberdade, impliquem no corolário da retomada de sua segregação. Nas hipóteses de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas, como, por exemplo, o mero comparecimento periódico perante o juízo do processo, será mesmo a ausência da presença do acusado, nas apresentações a que se comprometeu, que dará fundamento à retomada da cautelar mais grave, como seja a prisão, a teor do art. 312, par. único, do Código de Processo Penal. O inadimplemento de fiança, e, em certos casos, o mero afastamento do domicílio, num caso de fixação de prisão domiciliar, igualmente convergiriam para o restabelecimento da segregação preventiva, em cujo lugar tiverem-se fixados tais outras cautelares.

Tanto mais razoável se afigura o alvitre quando, em inequívoco *contempt of court*, viola, o acusado colaborador, o "*compromisso legal de dizer a verdade*", que lhe é imposto pelo art. 4º, par. 12, da Lei n. 12.850/2013.

Que o *acordo de colaboração premiada esteja habilitado a ensejar obrigações processuais ao colaborador* é algo reconhecido pela doutrina, que alude à necessidade de assegurar-se que, uma vez assumida a postura colaborativa com a autoridade judiciária, tenha-se por garantida "*sua seriedade e a manutenção dessa via ao longo do procedimento persecutório, disciplina indispensável não apenas para conferir responsabilidade ao sujeito que decidiu prévia e livremente, depois de ser advertido das obrigações resultantes, [...] mas também, para além disso, como forma de tutelar a confiabilidade do MP na manutenção da estratégia processual que irá desenvolver na persecução da organização criminosa*" (VALDEZ PEREIRA, Frederico. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**, 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 142).

Reitere-se que, *no âmbito do acordo de colaboração, no modo como delineado pela legislação brasileira, não é lícita a inclusão de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal, e, portanto, não é a partir dos termos do acordo que se cogitará da concessão ou não de liberdade provisória ao acusado que, ao celebrá-lo, encontre-se preso preventivamente*. A razão disso é que, na dicção do art. 4º, da Lei n. 12.850/2013, *a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos*

relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo.

Isto não obstante, parece induvidoso inferir que tem razão **RUGA RIVA**, que tratou *ex professo* sobre o tema da delação premiada, ao aduzir que *a expectativa de revogação da custódia cautelar tem se apresentado, na prática judiciária, como um fator importante a incentivar numerosos acusados a declararem fatos cometidos por outros*, ainda que disso decorram críticas, que são, cabe dizer, de todos conhecidas ("*[...] l'aspettativa di revoca della custodia cautelare in carcere hanno rivestito nella prassi un ruolo importante nell'incentivare (o, secondo i critici, nell'indurre indebitamente) numerosi coimputati a rendere dichiarazoni sul fatto altrui*". RUGA RIVA, Carlo. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 258-259).

Segundo o seu ponto de vista, que dá conta da evolução da legislação italiana a este respeito, deve-se evitar que a colaboração, ou a ausência de colaboração, sejam, em si, consideradas como efeito automático, incidente sobre o *status libertatis* do acusado (RUGA RIVA, Carlo. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 260-263), e é por isso que *não se mostraria idônea uma disciplina normativa que determinasse*, tout court, *após a celebração do acordo de colaboração, a concessão de liberdade provisória ao réu*.

Seja como for, *nos casos em que a liberação do acusado derivou da expectativa fundada de que, com o acordo, haveria de prestar a colaboração a que se incumbiu, não se exclui, verificadas as particularidades da situação, possa-se restabelecer a segregação cautelar*, máxime porque a assunção de obrigações pelo réu, no acordo, está a indicar que depois de ter adotado uma conduta reprovável, propenderá a uma conduta conforme ao Direito, a qual, mostrando-se idônea, permitir-lhe-á uma redução de pena ou mesmo a sua elisão ("*dopo aver tenuto una condotta riprovata (difforme), pone in essere una contro-condotta (conforme), che in base a criteri diversi viene giudicata idonea a diminuire o eventualmente elidere la pena prevista per il male commesso*") (RUGA RIVA, Carlo. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 07-08).

Será de cogitar-se, *em cada caso*, a *extensão do olvido com que se houve o colaborador, frente aos termos do acordo*, em ordem a afirmar-se que *não é apenas a circunstância de seu descumprimento que determinará a retomada da prisão preventiva, quando essa foi afastada à conta de sua celebração*. Nos casos, porém, em que a *intensidade do descumprimento mostrar-se relevante*, como sucedeu na

espécie, *a frustração da expectativa gerada com o comportamento tíbio do colaborador permite o revigoramento da segregação cautelar*, mormente quando seu precedente afastamento deu-se pelo só fato da promessa homologada de colaboração.

Em conclusão, *mostrando-se idôneos, no caso, os dois fundamentos erigidos como tendentes à decretação da prisão preventiva*, quais sejam, o *asseguramento da aplicação da lei penal e a revitalização da prisão preventiva, à guisa do descumprimento dos termos do acordo de colaboração premiada*, não se há de cogitar de constrangimento ilegal ou abusividade na decretação da segregação cautelar.

Do mesmo modo, *mostram-se insuficientes as medidas cautelares diversas*, previstas no art. 319 do Código de Processo, seja pelas razões evidenciadas no v. acórdão combatido, seja em razão da particular peculiaridade de que, no caso, contra o recorrente já foi proferida sentença condenatória.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso*.

É o *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.556.874-RJ (2015/0225632-9)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Fabio Raposo Barbosa
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Caio Silva de Souza
Advogados: Wallace Martins e outro(s) - RJ121422
Antonio Pedro Melchior - RJ154653

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processual Penal. Homicídio triplamente qualificado. Sumário de culpa. Pronúncia. Desclassificação para delito diverso de doloso contra a vida. Existência de indícios da atuação dos recorridos com dolo eventual. Fase procedimental na

qual vige o princípio *in dubio pro societate*. Competência do Tribunal do Júri. Configurada ofensa ao artigo 18, inciso I, parte final, do CP e dos artigos 413 e seu § 1º, 416 e 482, todos do CPP. Manifesta improcedência das qualificadoras previstas no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do CP. Constrangimento ilegal caracterizado. Recurso parcialmente provido. Concessão de *habeas corpus* de ofício.

1. Na primeira fase do procedimento dos delitos dolosos contra a vida vige o princípio *in dubio pro societate*, segundo o qual, havendo prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, deve o acusado ser pronunciado, devendo eventuais dúvidas ser resolvidas em observância à competência constitucional do Tribunal do Júri.

2. De acordo com os fatos incontroversos nos autos e do acervo probatório utilizado pelas instâncias ordinárias, não há falar em absoluta inexistência de indícios da prática delitiva a título de dolo eventual apta a subtrair do órgão constitucionalmente competente o julgamento dos fatos em apreço, cuja configuração ou não deve ser objeto de deliberação no Plenário do Tribunal do Júri e votação pelo respectivo Conselho de Sentença, restando configurada, a um só tempo, a violação aos artigos 18, inciso I, parte final, do Código Penal e dos artigos 413 e seu § 1º, 419 e 482, todos do Código de Processo Penal.

3. Quando atua imbuído em dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, apenas assume o risco de produzi-lo. Em tais hipóteses, revela-se manifestamente improcedente a incidência da qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, destinada a agravar a reprimenda em razão do modo de execução sorrateiro eleito pelo agente, a qual exige o dolo direto de ceifar a vida da vítima.

4. Na tentativa de corromper a legitimidade de uma manifestação popular, motivação atribuída à conduta dos recorridos, não se verifica a intensidade que levou o legislador ordinário a tornar mais grave a pena do delito de homicídio quando motivado por aspirações repugnantes, comumente relacionadas à contraprestação pecuniária ou de qualquer outro bem material ou imaterial, o que torna manifestamente improcedente a qualificadora descrita no inciso I do § 2º do artigo 121 do Código Penal.

5. Recurso especial parcialmente provido para reformar o acórdão objurgado e restabelecer a decisão de pronúncia, *concedendo-se* habeas corpus, *de ofício*, para excluir as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal, devendo os recorridos ser submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri pela prática da conduta prevista no artigo 121, § 2º, inciso III, do Estatuto Repressor.

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, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento 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.

Sustentaram oralmente: Dr. Eduardo Morais Martins (p/recte), Dr. Wallace Martins (p/recdo: Caio Silva de Souza) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 3.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0045813-57.2014.8.19.0001.

De acordo com os autos, os recorridos Fabio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza foram pronunciados como incursos nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, na forma do artigo 29, ambos do Código Penal, pois acusados de deflagrar um artefato explosivo em meio a um grande número de pessoas que atingiu a vítima Santiago Ilídio de Andrade, causando-lhe a morte.

A decisão de pronúncia foi objeto de recurso em sentido estrito por parte das respectivas defesas técnicas, ao qual a Oitava Câmara Criminal do Tribunal

de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, deu provimento para desclassificar as condutas para delito diverso de doloso contra a vida, determinando o deslocamento da competência da ação penal para juízo criminal comum.

Neste recurso especial, sustenta o *parquet* estadual que o acórdão objurgado teria negado vigência ao artigo 18, inciso I, parte final, do Código Penal ao concluir que os recorridos não detinham o domínio do curso causal do fato, quando tal elemento seria exigível apenas nas hipóteses de dolo direto, não aplicável ao caso em análise, no qual a denúncia lhes atribui o resultado lesivo a título de dolo eventual.

Defende que, caso os recorridos soubessem de antemão o local exato onde o rojão por eles deflagrado iria explodir - conforme exigido pelo acórdão recorrido para a caracterização do elemento subjetivo -, a hipótese seria de dolo direto, e não eventual.

Assere que o domínio do fato imputado aos recorridos se refere à consciência e vontade de acenderem um artefato explosivo em meio a um grande número de pessoas, cientes do risco de causar lesões ou até mesmo a morte, como ocorreu, revelando indiferença ao resultado e prosseguindo na realização da conduta.

Sustenta, assim, que o domínio sobre a trajetória do artefato se revelaria irrelevante para a caracterização do dolo eventual imputado, para o qual bastaria a consciência da possibilidade/probabilidade daquele atingir alguém, aliada ao assentimento do risco pelos recorridos.

Alega o *parquet* estadual, ainda, que o acórdão objurgado teria negado vigência aos artigos 413 e seu § 1º, 419 e 482, todos do Código de Processo Penal, pois teria usurpado a competência do Conselho de Sentença, mediante incursão aprofundada no conjunto probatório, ao concluir pela inexistência de prova acerca do elemento subjetivo imputado aos recorridos.

Pondera que na fase de admissibilidade da acusação o juízo de impronúncia ou de desclassificação seria possível apenas diante da inexistência de elemento probatório acerca da autoria delitiva de crime doloso contra a vida, o que não ocorreria na hipótese, na qual a materialidade e o nexo causal entre este e a conduta dos recorridos são incontroversos nos autos.

Assevera que, cingindo-se a discussão apenas acerca do elemento subjetivo das condutas atribuídas aos recorridos, as próprias circunstâncias

objetivamente reconhecidas como existentes pelas instâncias ordinárias - "colocação e acionamento de um artefato explosivo móvel (rojão) em meio a uma manifestação, a qual reunia considerável número de pessoas" (fl. 1.289) - seriam suficientes para indicar a possibilidade de que tenham assumido o risco do resultado morte, habilitando, assim, o julgamento perante o Tribunal do Júri.

Observando o princípio da eventualidade, defende o recorrente que o acórdão objurgado negou vigência ao artigo 564, inciso III, alínea "f", e inciso IV; e ao artigo 573, ambos do Código de Processo Penal, pois ao considerar carente de fundamentação a decisão de pronúncia no que diz respeito aos indícios do dolo eventual atribuído aos recorridos, deveria o Tribunal de origem anular o referido ato jurisdicional e determinar a prolação de outro, ao invés de avançar diretamente ao mérito.

Requer o conhecimento e provimento do recurso especial para que seja reformado o acórdão objurgado e restabelecida a decisão de pronúncia proferida em desfavor dos recorridos. Subsidiariamente, pretende a anulação do acórdão e da decisão de pronúncia para que outra seja proferida. Postula, ainda, pela vedação de leitura em Plenário do acórdão objurgado.

Contra-arrazoada a insurgência (fls. 1.332/1.357 e 1.471/1.480), após o juízo positivo de admissibilidade (fl. 1.380/1.391) os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo o Ministério Público Federal se manifestado pelo parcial provimento do recurso especial para que seja restabelecida a pronúncia dos recorridos por homicídio qualificado (inciso III do § 2º do artigo 121), determinando-se o retorno dos autos ao TJRJ para que delibere acerca das demais qualificadoras (motivo torpe e utilização de recurso que impediu ou dificultou a defesa da vítima).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso especial pretende o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em síntese, a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, no qual se operou a desclassificação da conduta atribuída aos recorridos para delito diverso de doloso contra a vida.

Conforme narrado na incoativa, aos recorridos é atribuída a responsabilidade pela morte do cinegrafista Santiago Ilídio de Andrade por

ocasião de manifestação popular ocorrida aos 6.2.2014 no Centro do Rio de Janeiro/RJ, oportunidade na qual "*colocaram um artefato explosivo conhecido como rojão de vara no chão, junto a um canteiro e em meio a um grande número de pessoas, e o acenderam, assumindo assim o risco da ocorrência do resultado morte*" (fl. 3).

Cuida-se, portanto, de imputação submetida ao procedimento bifásico dos delitos dolosos contra a vida, previsto nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal. No caso em julgamento, interessa a análise apenas das regras e institutos próprios da primeira fase, chamada de *iudicium accusationis* ou sumário de culpa.

A previsão legal de um procedimento específico para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida decorre da atribuição pela Constituição Federal da sua competência ao Tribunal do Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d"), cuja jurisdição sobre os fatos é excepcionalmente atribuída a juízes leigos, integrantes do corpo social.

Tal peculiaridade levou o legislador ordinário a estabelecer um verdadeiro filtro das imputações pela prática de delitos dolosos contra a vida, a ser exercido pelo Poder Judiciário na fase de admissibilidade da acusação, pelo qual se permite o prosseguimento do julgamento perante o Tribunal do Júri apenas quando comprovada a materialidade do fato e existentes "*indícios suficientes de autoria ou de participação*", conforme preceitua o artigo 413 do Código de Processo Penal.

Afora as hipóteses de absolvição sumária previstas no artigo 415 do aludido diploma legal, as quais não interessam para o deslinde da questão posta nestes autos, outro destino que pode ser dado à acusação se verifica quando o magistrado se convencer da configuração de delito diverso daqueles estabelecidos para a competência do Tribunal do Júri, oportunidade em que deverá remeter os autos ao juízo competente para o julgamento dos fatos, caso não o seja, conforme previsão do artigo 419, *caput*, do Código de Processo Penal.

Este foi o destino dado à acusação em tela pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, restando perquirir, à luz das razões recursais declinadas pelo recorrente, se as premissas fáticas incontroversas e os institutos jurídicos invocados se coadunam com a conclusão exarada.

Da leitura do seu inteiro teor, infere-se que o acórdão objurgado destaca os trechos extraídos da decisão de pronúncia nos quais entende ter o magistrado singular se referido a aspectos fático-probatórios do caso em julgamento, concluindo que em nenhum deles haveria referência aos indícios do dolo

eventual imputado aos recorridos na incoativa (fls. 1.144/1.147), fundamento pelo qual se decidiu, ao final, pela desclassificação das condutas.

Retornando à decisão de pronúncia, entretanto, não se constata o vício de fundamentação apontado no acórdão recorrido, mormente em razão das peculiaridades da fase em que se encontra o procedimento, na qual o próprio legislador recomenda prudência ao julgador para que não invada a competência constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri.

Com efeito, após externar os elementos probatórios nos quais considerou comprovada a materialidade delitiva, consignou o magistrado singular:

> Os fatos, como exteriorizados na vida de relação, estão registrados em múltiplas imagens, fotografias e vídeos. E, no mesmo sentido, reavivados pelos depoimentos granjeados durante a instrução criminal.
>
> E, nesse compasso, não se identifica qualquer divergência entre as partes. (fl. 859.)

Após pontuar que a tônica da discussão residiria na definição do elemento subjetivo das condutas atribuídas aos recorridos e discorrer sobre o princípio *in dubio pro societate* aplicável no sumário de culpa, retoma o julgador:

> A maneira de agir dos acusados, exteriorizada em atos, e que projeta o elemento moral do fato típico, de sorte a dar-lhes ou não a indispensável dolosidade e se responderão pelas consequências agindo tendo presente ao espírito a probabilidade de um resultado lesivo e a aceitação dessa consequência, isso representa o conteúdo que deve ser resolvido pelo Júri Popular, o Juízo Natural da causa.
>
> (...)
>
> Pelo perímetro da admissibilidade da acusação os elementos arregimentados autorizam a sua recepção, pois o fato e as condutas estão estruturadas em elementos granjeados aos autos. (fls. 865/867.)

Da leitura dos excertos colacionados, infere-se que a dinâmica dos fatos narrados na incoativa se revelaram incontroversos no decorrer da instrução probatória, da qual é possível extrair, ao contrário do afirmado no acórdão objurgado, que ao menos indícios da atuação dolosa dos recorridos se encontram demonstrados de forma suficiente e apta a sua submissão a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Com efeito, e sem que seja necessário recorrer ao revolvimento de qualquer elemento probatório produzido nos autos, a dinâmica dos fatos narrados na denúncia, a qual, frise-se, restou incontroversa no decorrer da instrução probatória, demonstra que os recorridos acenderam um rojão de vara em meio a um grande número de pessoas, em local no qual ocorria uma manifestação popular, o qual, por sua vez, atingiu a vítima levando-a a óbito.

Ora, a potencialidade lesiva do objeto utilizado pelos recorridos é atestada por laudo técnico acostado aos autos, cujas conclusões foram transcritas na denúncia, *verbis*:

> Pelas Normas de Segurança este material de natureza e característica Explosiva e Incendiária, não pode ser armazenado em residências ou próximo destas, pois são passivos de causar Explosão e Incêndios inesperados, pondo em risco a vida, a integridade física de pessoas e o patrimônio destas, devendo ficar a mais de 500 (quinhentos) metros de conjuntos habitacionais, comércios e outros locais de risco. (fl. 5.)

Se os peritos atestam existir restrições ao próprio armazenamento do artefato em razão da sua potencialidade lesiva, a sua utilização em meio a um grande número de pessoas é indicativo de que os recorridos ao menos assumiram o risco de causar danos à integridade física de outrem.

Ademais, o acórdão objurgado consigna que os recorridos utilizaram o rojão sem a vara que lhe dá direção, circunstância que, antes de afastar o dolo eventual em suas condutas, indica que podem ter assumido o risco da causação da lesão, já que o artefato poderia tomar qualquer direção em meio a um grande número de pessoas, circunstância que objetivamente eleva a probabilidade de um resultado danoso.

Com efeito, uma coisa seria a utilização normal do artefato explosivo, de acordo com as especificações para as quais foi projetado segundo convenções de segurança, e desta prática resultar danos à integridade física ou ao patrimônio de outrem. Outra completamente diferente, e que evidencia a assunção do risco à que alude o artigo 18, inciso I, parte final, do Código Penal, é o seu emprego anômalo, com a retirada da vara que lhe dá direção, transformando-se em instrumento lesivo apto a não só causar tumulto, mas provocar o resultado danoso a título de dolo eventual, conforme imputado na incoativa.

Como se vê, não há falar em absoluta inexistência de indícios da prática delitiva a título de dolo eventual apta a subtrair do órgão constitucionalmente

competente o julgamento dos fatos em apreço, cuja configuração ou não deve ser objeto de deliberação no Plenário do Tribunal do Júri e votação pelo respectivo Conselho de Sentença, restando configurada, a um só tempo, a violação aos artigos 18, inciso I, parte final, do Código Penal e dos artigos 413 e seu § 1º, 419 e 482, todos do Código de Processo Penal.

Acerca da impossibilidade do Poder Judiciário, na fase do *iudictium accusationis*, exaurir o conjunto probatório acerca do elemento subjetivo do tipo, confiram-se os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus*. Homicídio. Direção de veículo automotor. Acusado sem habilitação para dirigir, em velocidade excessiva e supostamente embriagado. Desclassificação para homicídio culposo. Aferição da existência de culpa consciente. Usurpação da competência do Tribunal do Júri. Necessidade de análise do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. *Habeas corpus* denegado.
>
> 1. A jurisprudência assente nesta Corte é no sentido de que só se admite a desclassificação da conduta criminosa para delito estranho à competência do Tribunal do Júri, sem usurpação da competência do Conselho de Sentença, se o Juízo da Pronúncia se deparar com provas que evidenciem, sem qualquer esforço de análise das circunstâncias fáticas ou subjetivas, a ausência de dolo caracterizador de crime contra a vida, o que não ocorreu nos presentes autos.
>
> 2. Havendo elementos indiciários conflitantes que subsidiem, com razoabilidade, as versões conflitantes acerca da existência de dolo, a divergência deve ser deslindada pelo veredicto dos jurados, porquanto é o Conselho de Sentença o juiz natural da causa, nos termos da Carta Constitucional de 1988.
>
> 3. Dessa forma, correto o entendimento do acórdão de recurso em sentido estrito impugnado, no sentido de que inferir se o pronunciado agiu ou não com dolo eventual usurparia a competência do Tribunal do Júri.
>
> 4. Ademais, se o Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, ao reexaminar o conjunto probatório dos autos, corroborou o entendimento firmado na sentença de pronúncia, inferir de modo diverso, pela inexistência do elemento subjetivo consubstanciado no dolo eventual, certamente demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via estreita do *habeas corpus*.
>
> 5. Ordem de *habeas corpus* denegada.
>
> (HC 238.440/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.9.2013, DJe 25.9.2013)

> Penal e Processual Penal. Agravos regimentais nos recursos especiais. Réus pronunciados pela prática de homicídio triplamente qualificado. Materialidade e indícios suficientes da autoria reconhecidos pelas instâncias ordinárias. Inversão

> do julgado, para acolher as teses de ausência de nexo causal e de dolo (*animus necandi*). Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Impossibilidade, na estreita via do recurso especial. Incidência do Enunciado Sumular 7/STJ. Invasão de competência do Tribunal do Júri. Precedentes. Pronúncia. Ausência de indicação do dispositivo de lei violado. Súmula 284/STF. Excesso de linguagem. Interposição pela alínea *c* do permissivo constitucional. Necessidade de indicação do dispositivo de lei violado. Deficiência de fundamentação. Exame de alegada violação a dispositivos constitucionais. Impossibilidade, em sede de recurso especial.
>
> Competência do Supremo Tribunal Federal.
>
> (...)
>
> II. Consoante a jurisprudência, "se existir qualquer indício, por menor que seja, que aponte no sentido da possibilidade de existência do *animus necandi*, deve o acusado ser remetido ao Tribunal do Júri, não cabendo ao magistrado sopesar tal indício com o restante do conjunto probatório, mormente para considerá-lo como insuficiente para demonstrar a existência do dolo, pois nessa fase tem prevalência o princípio do *in dubio pro societate*" (STJ, REsp 1.245.836/RS, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, DJe de 27.2.2013).
>
> (...)
>
> VI. Agravos Regimentais improvidos.
>
> (AgRg no REsp 1.092.611/BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 27.8.2013, DJe 6.5.2014)

Desta forma, não se tratando a hipótese de absoluta ausência de indícios da assunção do resultado lesivo por parte dos recorridos, deve prevalecer nesta fase o princípio *in dubio pro societate*, garantindo-se ao órgão competente o juízo definitivo acerca da questão controvertida, respeitado o devido processo legal, razão pela qual deve ser restabelecida a decisão de pronúncia.

No tocante às qualificadoras do delito de homicídio admitidas na decisão ora revalidada, entretanto, constata-se a existência de flagrante ilegalidade, apta a ensejar a atuação de ofício desta Corte Superior de Justiça, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, é imperioso pontuar que sobre a admissão da qualificadora descrita no inciso III do § 2º do artigo 121 (emprego de explosivo) não reside qualquer controvérsia neste estágio do processo, já que sequer foi objeto de insurgência no recurso em sentido estrito.

Entretanto, em relação à qualificadora do emprego de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima (inciso IV), esta Corte

Superior de Justiça já se posicionou no sentido de considerá-la incompatível nas condutas imbuídas do dolo eventual, pois o agente não age visando o resultado danoso, assumindo apenas o risco de produzi-lo.

Se não visa o resultado, revela-se manifestamente improcedente a incidência de uma qualificadora destinada a agravar a reprimenda em razão do modo de execução sorrateiro eleito pelo agente, a qual exige o dolo direto de ceifar a vida da vítima.

Nesse sentido:

> Recurso especial. Homicídio. Dolo eventual. Qualificadora. Emprego de recurso que dificulta ou impossibilita a defesa da vítima. Modo de execução que pressupõe o dolo direto. Incompatibilidade. Exclusão. Recurso provido.
>
> 1. Quando atua imbuído em dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com o que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo.
>
> 2. Entretanto, a mera assunção do risco de produzir a morte de alguém não tem o condão de atrair a incidência da qualificadora que agrava a pena em razão do modo de execução da conduta, já que este não é voltado para a obtenção do resultado morte, mas para alguma outra finalidade, seja ela lícita ou não.
>
> 3. Não é admissível que se atribua ao agente tal qualificadora apenas em decorrência da assunção do risco própria da caracterização do dolo eventual, sob pena de se abonar a responsabilização objetiva repudiada no Estado Democrático de Direito.
>
> 4. Recurso especial provido para excluir da decisão de pronúncia a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.
>
> (REsp 1.277.036/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 2.10.2014, DJe 10.10.2014)

O mesmo entendimento é encontrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. 2. Homicídio de trânsito. Embriaguez. Alta velocidade. Sinal vermelho. 3. Pronúncia. Homicídio simples. 4. Dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação). 4. Ordem concedida para determinar o restabelecimento da sentença de pronúncia, com exclusão da qualificadora. (HC 111.442, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.8.2012, Processo Eletrônico DJe-182 divulg 14.9.2012 public 17.9.2012 RJTJRS v. 47, n. 286, 2012, p. 29-33)

> Ementa: *Habeas Corpus*. Homicídio qualificado pelo modo de execução e dolo eventual. Incompatibilidade. Ordem concedida. O dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, inc. IV, do CP ("traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido"). Precedentes. Ordem concedida. (HC 95.136, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe-060 divulg 29.3.2011 public 30.3.2011 Ement vol-02492-01 pp-00006 RB v. 23, n. 570, 2011, p. 53-55)

Tal conclusão também deve ser aplicada à hipótese em análise, já que da dinâmica dos fatos narrados na exordial acusatória não se verifica qualquer vantagem aos recorridos na deflagração do evento danoso pelo meio por eles empregado - o qual, por si só, já qualifica o delito de homicídio - pois o resultado, embora não querido, lhes é imputado a título de dolo eventual.

Assim, deve ser decotada da pronúncia a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

No tocante à qualificadora prevista no inciso I do § 2º do artigo 121 do Código Penal, ensina Guilherme de Souza Nucci que torpe "*é o motivo repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade*" (*Código Penal Comentado*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 638).

Embora seja certo que a parte final do dispositivo legal em análise permita o emprego da interpretação extensiva, expressamente admitida no artigo 3º do Código de Processo Penal, não há como concordar, no caso concreto, que a intenção de "*corromper a legitimidade de uma manifestação popular através de ações violentas com previsíveis resultados lesivos à integridade física dos participantes e danosos ao patrimônio público*" (fl. 4) possa ser enquadrada no conceito de motivação torpe.

Com efeito, não obstante a reprovabilidade de tal intenção, como é, aliás, qualquer outra que dê ensejo à ofensa a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, nela não se verifica a intensidade que levou o legislador ordinário a tornar mais grave a pena do delito de homicídio quando motivado por aspirações repugnantes, comumente relacionadas à contraprestação pecuniária ou de qualquer outro bem material ou imaterial.

Precisas, neste ponto, são as lições de Márcio Bártoli e André Panzeri:

> Homicídio por motivo torpe é aquele que causa repugnância geral, aversão, que atinge gravemente o sentido ético da sociedade. Nessa categoria incluem-se sentimentos como a cobiça, o egoísmo inconsiderado, a depravação dos instintos

> etc. Aníbal Bruno menciona algumas hipóteses de torpeza: "a ambição do lucro de quem pratica o homicídio para receber um prêmio de seguro ou apressar a posse da herança, ou eliminar um co-herdeiro, ou fazer desaparecer um credor inoportuno; o propósito de dar morte ao marido para abrir caminho aos amores com a esposa; o prazer de matar, a absurda satisfação que o agente encontra na destruição da vida de outrem e que vem muitas vezes associada a fatos de natureza sexual ou constitui expansão do sentimento monstruoso de ódio aos outros; o impulso mórbido de lascívia que conduz o agente a atos de necrofilia" (ob. cit., p. 77) (FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 631).

Veja-se que todos os exemplos citados na lição colacionada se aproximam de condutas que demonstram flagrante desproporção entre os valores encontrados na motivação da ação criminosa e na escolha abstrata de tutela penal do bem jurídico, no caso, a vida.

Tal desproporção, na hipótese, não alcança a intensidade encontrada nas situações que ordinariamente se enquadram no conceito de torpeza, pois na tentativa de corromper a legitimidade de uma manifestação popular não se vislumbra qualquer tipo de vantagem pessoal aos recorridos, seja de ordem moral ou material, não se podendo afirmar que, da forma como agiram, causaram na sociedade a mesma repugnância gerada pelo delito mercenário, por exemplo.

Por se revelar manifestamente improcedente, portanto, deve também ser decotada da pronúncia a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Nesse sentido:

> Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Pronúncia. Homicídio qualificado. Motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Qualificadoras manifestamente improcedentes. Exclusão. Possibilidade. Modificação do acórdão recorrido. Súmula 7/STJ.
>
> 1. É firme o entendimento desta Corte de que a exclusão de qualificadoras da pronúncia, quando manifestamente improcedentes, não constitui usurpação da competência do Tribunal do Júri.
>
> 2. Na hipótese, o Tribunal *a quo* justificou devidamente a exclusão das qualificadoras do motivo torpe e de emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, por serem manifestamente improcedentes, mantendo apenas a qualificadora do meio que resulte perigo comum.
>
> 3. O gosto por aventuras, embora injusto, não pode ser considerado torpe, conceito em que se incluem as condutas abjetas, desprezíveis, a exemplo do homicídio mediante paga, do qual se extrai a interpretação analógica.

4. O agente, ao assumir o risco de produzir o resultado lesivo, mediante embriaguez ao volante e direção na contramão, não praticou conduta que, por analogia, se assemelhe à traição, emboscada, ou dissimulação.

5. A revisão do conjunto fático probatório assentado no acórdão para concluir de forma diversa, incluindo-se as qualificadoras do motivo torpe e do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima na pronúncia, é vedada em recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.125.714/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 3.11.2015)

Por fim, não há como ser acolhido o pleito final formulado pelo recorrente, no sentido de se obstar a leitura em Plenário do acórdão ora objurgado, tendo em vista que se trata de atribuição do Juiz-Presidente, nos termos do artigo 497, inciso III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *dá-se parcial provimento* ao recurso especial para reformar o acórdão objurgado e restabelecer a decisão de pronúncia, *concedendo-se* habeas corpus, *de ofício*, para excluir as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal, devendo os recorridos ser submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri pela prática da conduta prevista no artigo 121, § 2º, inciso III, do Estatuto Repressor.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.585.781-RS (2016/0043842-7)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Construtora Queiroz Galvão S/A
Advogados: Maurício Zanoide de Moraes
Antônio Nabor Areias Bulhões
Renata Cestari Ferreira e outro(s)
Caroline Braun
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Recurso especial. Operação "Lava Jato". Constrição patrimonial determinada à guisa de medida cautelar. Denegação de seguimento ao recurso de apelação pela Corte Federal. Desnecessidade de vincular-se a interposição do apelo ao prévio manejo de irresignação perante o Juízo de primeiro grau que decretou a medida. Recurso provido.

I - Se o Código de Processo Penal estatui, para as cautelares patrimoniais, mecanismos de impugnação a serem veiculados perante o juízo de primeiro grau, que decretou a medida constritiva, e, não obstante, *a jurisprudência vem admitindo que se valha o interessado do recurso de apelação*, não há razão idônea conducente ao afastamento do mesmo alvitre *no âmbito específico da Lei de Lavagem de Dinheiro*.

II - Apesar da possibilidade conferida ao acusado, ou à interposta pessoa, sobre quem recaia a medida assecuratória de bens prevista na Lei n. 9.613/1998, de postularem diretamente ao juiz a liberação total ou parcial dos bens, direitos ou valores constritos, atendidos os demais pressupostos legais, *isto não elide a possibilidade de manejo de apelação, na forma do art. 593, II, do Código de Processo Penal*.

Recurso especial provido, para *determinar* que o eg. Tribunal Regional Federal *julgue* a apelação como for de direito; declarado o *prejuízo* quanto à pretensão de anulação do acórdão de desprovimento dos embargos declaratórios.

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 do recurso e lhe dar provimento, julgando prejudicado o pedido sucessivo da recorrente, de anulação do acórdão de desprovimento dos embargos declaratórios, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. João Henrique Campos Fonseca (p/recte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.8.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de recurso especial, interposto pela *Construtora Queiroz Galvão S.A.*, com base no art. 105, III, "a" e "c" da Constituição Federal, e art. 26 da Lei n. 8.038/1990, contra v. acórdãos de julgamento de *agravo regimental e dos correlatos embargos de declaração*, mediante os quais a eg. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região *confirmou decisão monocrática que negou seguimento a recurso de apelação*, que pretendia discutir determinação judicial de sequestro de ativos da recorrente.

A decisão proferida no agravo regimental está assim ementada:

> Agravo regimental. Processo Penal. Sequestro de alvará. Pedido de liberação. Matéria não enfrentada em primeiro grau. Apelação não conhecida.
>
> *1. Em se tratando de bloqueio judicial, é imprescindível o exame inicial pela autoridade judiciária que o determinou.*
>
> 2. Dado o grau de temporariedade da decisão, *deve-se aguardar a manifestação definitiva do juízo quanto à possibilidade, ou não, de restituição*. Hipótese em que se mostra imprescindível o pedido em primeiro grau na forma de restituição de coisa apreendida, sendo este o momento para o exercício do contraditório e a ampla defesa.
>
> 3. Agravo regimental improvido. Apelação criminal a que se nega seguimento (fl. 382).

Por sua vez, a decisão dos embargos de declaração possui a seguinte ementa:

> Penal. Embargos de declaração. Art. 619 do CPP. Requisitos. Omissão. Contradição. Obscuridade ou ambiguidade. Inexistência. Livre apreciação. Conclusões do órgão julgador. Inadequação dos aclaratórios. Utilização do meio recursal próprio. Prequestionamento.
>
> 1. Os embargos de declaração têm lugar exclusivamente nas hipóteses de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade da decisão recorrida, não

> se prestando para fazer prevalecer tese diferente daquela adotada pelo órgão julgador ou para reavaliação das conclusões surgidas da livre apreciação da prova.
>
> 2. Inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 619 do Código de Processo Penal, a modificação do julgamento deve ser buscada pelas vias recursais apropriadas.
>
> 3. Ainda quando ajuizados para efeito de prequestionamento, os embargos de declaração só têm cabimento nas restritas hipóteses elencadas no art. 619 do CPP, quais sejam, omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição.
>
> 4. "Para se ter prequestionada a matéria, não há necessidade de referência expressa ao artigo ofendido. Basta debate e decisões anteriores fulcrados na norma em questão" (STF, AI 616.427 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 9.9.2008).
>
> 5. Embargos de declaração improvidos (fl. 760).

Em suas razões, sinteticamente, aponta a recorrente que a negativa de seguimento à apelação, *sob o fundamento da exigibilidade de pedido incidental de restituição*, implicaria em violação, ou negativa de vigência, ao art. 593, II, do Código de Processo Penal, bem como estaria *em confronto com precedentes emanados deste Superior Tribunal de Justiça e do col. Supremo Tribunal Federal*. Ainda, sustenta que a decisão prolatada nos embargos de declaração culminou por afrontar o art. 619 do Código de Processo Penal.

Pede, assim, a recorrente, *a anulação do acórdão que decidiu os embargos declaratórios*, caso assentada a violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, ou, *se reconhecida a divergência jurisprudencial ou a negativa de vigência ao art. 593, II, do Código de Processo Penal, a anulação da decisão que negou seguimento ao recurso de apelação*, a fim de que se determine o retorno dos autos ao eg. Tribunal Regional Federal, para que aprecie o seu mérito.

Após as contrarrazões (fls. 806-818), o recurso especial foi admitido (fl. 821).

O em. Subprocurador-Geral da República manifestou-se pelo *não conhecimento e desprovimento* do recurso especial, em parecer assim ementado:

> Processo Penal. Recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF/1988. Operação Lava-Jato. Alegação de violação aos artigos 593, II e 619 do CPP. Decretação de sequestro de ativos. Precatório judicial. Medida constritiva determinada liminarmente. Impugnação da decisão por apelação ao TRF4. Necessidade de impugnação perante o Juízo de primeiro grau, através de embargos ou pedido de restituição de coisa apreendida. CPP artigos 120, 129

e 130. Prequestionamento não demonstrado. Súmula 211 do STJ. Ausência de omissão no acórdão recorrido.

1. Não é cabível a interposição direta de apelação contra decisão judicial que decretou o sequestro e arresto de bens, antes da impugnação perante o próprio juízo de primeiro grau, pela via processual adequada.

2. Considerada a natureza temporária da decisão, deve-se aguardar a decisão definitiva após a impugnação por meio de embargos ou pedido de restituição de coisas apreendidas (CPP artigos 120, 129 e 130).

3. Ausência de debate no TRF4 acerca da matéria deduzida no recurso ordinário, sobre alegada ofensa aos artigos 593, II e 619 do CPP. Aplicação da Súmula 211/STJ.

4. Inocorrência de violação aos artigos 593, II e 619 do CPP. Não há violação ao art. 619 do CPP, se o acórdão recorrido resolveu adequadamente a controvérsia.

5. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial e, se conhecido, pelo seu desprovimento (fl. 1.124).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial, interposto pela *Construtora Queiroz Galvão S.A.*, com base no art. 105, III, "a" e "c" da Constituição Federal, e art. 26 da Lei n. 8.038/1990, contra v. *acórdãos de julgamento de agravo regimental e dos respectivos embargos de declaração*, por meio dos quais a eg. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região *confirmou decisão monocrática*, proferida pelo em. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, que *negou seguimento a recurso de apelação*, a qual pretendia discutir determinação judicial de sequestro de ativos da recorrente.

A recorrente formulou, na espécie, *dois pedidos sucessivos*, quais sejam (i) a *anulação do acórdão que decidiu os embargos declaratórios*, caso assentada a violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, ou, (ii) se reconhecida a divergência jurisprudencial ou a negativa de vigência ao art. 593, II, do Código de Processo Penal, *a anulação da decisão que negou seguimento ao recurso de apelação*, a fim de que se determine o retorno dos autos ao eg. Tribunal Regional Federal, para que aprecie o seu mérito.

Como é evidente, *há maior amplitude na formulação tendente ao conhecimento da apelação, de maneira que cumpre enfrentar este tópico em primeiro lugar*.

Estão presentes, no ponto, os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, que, assim, *deve ser conhecido*.

É verdade que *o em. Subprocurador-Geral da República sustentou, em seu d. parecer, que o recurso não merece juízo positivo quanto ao conhecimento* (fl. 1.127). Fê-lo, sob o fundamento de que a matéria versada na espécie "*não foi expressamente debatida no acórdão recorrido*", o que faria incidir a Súmula 211 deste Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado aponta ser "*inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal* a quo".

Sucede, porém, que, *já no exame do agravo regimental, interposto frente a denegação monocrática do apelo, foi a questão central, concernente ao presente recurso, efetivamente apreciada pelo eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, tanto que, na ementa daquela decisão, consignou-se que:

> Agravo regimental. Processo Penal. Sequestro de alvará. Pedido de liberação. Matéria não enfrentada em primeiro grau. Apelação não conhecida.
>
> 1. *Em se tratando de bloqueio judicial, é imprescindível o exame inicial pela autoridade judiciária que o determinou*.
>
> 2. *Dado o grau de temporariedade da decisão, deve-se aguardar a manifestação definitiva do juízo quanto à possibilidade, ou não, de restituição. Hipótese em que se mostra imprescindível o pedido em primeiro grau na forma de restituição de coisa apreendida, sendo este o momento para o exercício do contraditório e a ampla defesa*.
>
> 3. Agravo regimental improvido. Apelação criminal a que se nega seguimento (fl. 382).

Realmente, no julgamento dos sucessivos embargos de declaração, o eg. Tribunal Regional Federal restringiu-se ao exame dos pressupostos de admissibilidade dos declaratórios (fls. 757-759), mas, na decisão, aludindo ao anterior julgamento do agravo regimental, deixou registrado que: "*os fundamentos contidos no voto são suficientes para a delimitação da matéria em eventual recurso perante os Tribunais Excepcionais*".

Por isso que se pode constatar, inequivocamente, a *ocorrência do devido prequestionamento da matéria*.

Em breve síntese, a discussão posta à apreciação neste recurso especial diz respeito a *saber-se de que maneira se há de manejar irresignação contra decisão penal que implique em constrição de bens, particularmente por intermédio das medidas assecuratórias de arresto e sequestro*.

As dificuldades de enquadramento teórico das medidas cautelares patrimoniais, no âmbito do processo penal, *são afirmadas pela doutrina*, que reconhece, como se vê em **TORNAGHI**, que "***o Código de Processo Penal não empregou a palavra seqüestro em seu sentido estrito e técnico; deu-lhe compreensão demasiadamente grande, fazendo entrar nela não apenas o que tradicionalmente se costuma denominar seqüestro, mas também outros institutos afins e, especialmente, o arresto***".

TORNAGHI ressalta que "*a confusão não foi apenas terminológica*", porquanto "***misturam-se, por vêzes, no mesmo instituto coisas que são próprias do seqüestro com outras que são peculiares ao arresto***" (TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**, vol 1, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 344-5).

Daí não ser surpreendente que, *na petição em que postulou a constrição patrimonial perante o juízo de primeiro grau*, tenha, o Ministério Público Federal, assinalado tratar-se de "*medida assecuratória de* ***arresto/sequestro***"(fl. 6).

Naquela ocasião, ainda, o Ministério Público Federal assentou que o grupo *Queiroz Galvão* teria auferido, mediante a prática de ilícitos, benefícios de ao menos R$ 372.223.885,64 (trezentos e setenta e dois milhões, duzentos e vinte e três mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), o que justificaria a constrição do Precatório n. 2005.002090-4, no valor de R$ 163.577.631,67 (cento e sessenta e três milhões, quinhentos e setenta e sete mil, seiscentos e trinta e um reais e sessenta e sete centavos), a ser recebido pela *Construtora Queiroz Galvão S.A.*, do Governo do Estado de Alagoas.

A decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau, por sua vez, acoimou de "***sequestro***" a medida postulada, e, asseverando a presença dos fundamentos legais, deferiu "*liminarmente o requerido*", para a finalidade de determinar "*o sequestro de R$ 163.577.631,67, no Precatório n. 2005.002090-4 a ser pago pelo Governo do Estado de Alagoas à Construtora Queiroz Galvão S.A*" (fls. 190-194).

Essa referência de ordem *nominal*, na espécie, *não é desprovida de importância*.

O *parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República*, por exemplo, afirma que a "*impugnação de decisão judicial que defere a medida assecuratória de sequestro possui previsão expressa no Código de Processo Penal*" e que o sequestro deve ser "*impugnado por meio de* ***embargos***" (fl. 1.131), ou "*através do* ***pedido de restituição de coisas apreendidas****, direcionado ao juiz que determinou a constrição*" (fl. 1.132).

A *decisão monocrática, por intermédio da qual se negou seguimento à apelação*, por sua vez assinalou que "*a petição apresentada como apelação criminal e os respectivos fundamentos do pedido deveriam servir para a* ***proposição do competente incidente de restituição****, nos moldes já adotados por outros investigados da mesma operação, cuja provocação ensejará a prolação de decisão pelo juízo competente e inaugurará a competência recursal deste Tribunal*" (fl. 336).

Cumpre dizer que *há diferenças significativas entre o designado incidente de restituição e os embargos ao sequestro*.

Em linhas gerais, *o incidente de restituição concerne às coisas e objetos apreendidos por força da expedição de mandado de busca e apreensão, ou no ensejo da prisão do increpado*, ao passo que *os embargos dizem respeito à impugnação de medida cautelar determinada pelo juiz do processo*.

Ou seja, *na pressuposição do incidente de restituição está a apreensão*, que, nas palavras de TORNAGHI, sucede apenas em relação *(i)* aos *instrumenta sceleris*, *(ii)* ao produto do crime e *(iii)* às coisas destinadas à prova (TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**, vol. 1, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 322-323), e este, *à toda evidência*, não é o caso dos autos.

De modo que o precedente invocado pelo em. representante do Ministério Público Federal não se amolda à hipótese vertente.

Com efeito, como revelado no RMS 27.554/DF, da *Quinta Turma* deste Tribunal, sob a relatoria da em. Ministra *Laurita Vaz*, e citado às fls. 1.133-1.134 *pelo recorrido*: "*A decisão judicial que resolve questão incidental de* ***restituição de coisa apreendida*** *tem natureza definitiva (decisão definitiva em sentido estrito ou terminativa de mérito), sujeitando-se, assim, ao reexame da matéria por meio de recurso de apelação, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal*".

Apenas que *no caso presente não se cuida de restituição*, uma vez que *a medida constritiva que recaiu sobre a recorrente é derivada de providência cautelar*, cujo objeto, aliás, não é de interesse para a prova do processo, e sim tendente a resguardar os eventuais corolários de ordem pecuniária advindos do julgamento.

É sabido que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, nos quais haja *teratologia ou ausência de fundamentação* da decisão que *determinar o arresto ou o sequestro*, tem admitido o uso de mandado de segurança por parte daquele cujos bens foram foram constritos. Neste sentido, de *minha relatoria*, o *RMS 43.231/RJ* (DJe de 6.3.2015).

Igualmente em *situações extremadas*, tem este Superior Tribunal de Justiça admitido a impetração de mandado de segurança contra decisão que, ostentando os mesmos vícios, *tenha determinado a busca e apreensão*. É o que se depreende do *AgRg no RMS n. 27.675*, relatado pelo em. Min. *Nefi Cordeiro* (DJe de 3.11.2015).

Essa similaridade, quanto à admissão de impetração de mandado de segurança, para as situações extravagantes, não indica sejam equivalentes os meios de impugnação ordinários, no tangente às decisões proferidas em *buscas e apreensões* ou no *sequestro e arresto de bens*.

Dito isso, e afastada a situação em análise daquelas em que a teratologia faria permissível o mandado de segurança, *cumpre tratar o caso a partir das premissas que lhe são próprias, isto é, as relacionadas com as cautelares patrimoniais penais*, ou, como quer que seja, tomando-se em linha de conta as *balizas alusivas ao sequestro ou arresto de bens*.

Também aqui, contudo, *a matéria não está pacificada na doutrina*.

BADARÓ, ao cuidar dos meios de defesa contra o sequestro de bens, faz remissão aos arts. 129 e 130 do Código de Processo Penal, e, destarte, afirma a presença de três modalidades de embargos, quais sejam: "*(1) embargo do terceiro, estranho ao processo (CPP, art. 129); (2) embargo do acusado, para defesa de bens lícitos (CPP, art. 130, I); (3) embargo do terceiro de boa-fé, que adquiriu bem do acusado (CPP, art. 130, II)*" (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.055).

Para os dois últimos, isto é, para os embargos do acusado e para os embargos do terceiro de boa-fé, que tenha adquirido bem do acusado, assinala a inexistência de procedimento ditado pelo Código de Processo Penal, se bem que, nestes casos, o julgamento respectivo deva seguir o parágrafo único do art. 130 do Código de Processo Penal, ou seja, somente dar-se-ia *após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. No caso dos embargos de terceiro, estranho ao processo, o procedimento adstringir-se-ia àquele fixado pelo Código de Processo Civil para os embargos de terceiro.

Seja como for, **BADARÓ** reconhece que "***há corrente que defende o cabimento da apelação, contra decisão que decreta o sequestro, por entender tratar-se de decisão com força de definitiva***", não obstante deixe consignado que *discorda deste ponto de vista*, uma vez que a decisão que decreta o sequestro se cuida "*de decisão interlocutória, de natureza processual, que concede uma tutela cautelar com base em cognição sumária*", e, com isso, o provimento é provisório, tanto assim

que "*se o acusado que teve seus bens sequestrados não impugnar tal decisão, não haverá coisa julgada (...) se ao final do processo ele for absolvido, o sequestro deverá ser levantado (CPP, art. 130, III)*" (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.058).

Essa *provisoriedade da decisão, que induziria à inviabilidade do recurso de apelação*, também é referida por **TORNAGHI**, que, *ao tratar do sequestro e do arresto*, assim se manifesta: "*o que realmente caracteriza as providências cautelares e as distingue das demais é o fato de elas serem provisórias e instrumentais.* ***Destinam-se a vigorar enquanto não se tornam providências definitivas e nisto reside sua provisoriedade***" (TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**, vol. 1, Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 339).

O fato, entretanto, é que a jurisprudência parece não ter encampado este alvitre.

A decisão emanada desta Corte, *trazida como paradigma do dissídio jurisprudencial pela recorrente*, é expressiva. Consta da ementa respectiva:

> Recurso especial. Processual Penal. Seqüestro e especialização. Medida liminar. Caráter definitivo. Possibilidade do uso do recurso de apelação - Art. 593, II, CPP.
>
> *A hipótese se amolda ao inciso II, art. 593 do Código de Processo Penal, levando-se em conta o caráter definitivo da medida concedida (seqüestro e especialização dos bens imóveis).*
>
> *Recurso provido com o retorno dos autos ao eg. TRF da 1ª Região para análise do mérito da apelação interposta* (REsp n. 258.167/MA; *Quinta Turma*; Rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*; DJe de 10.6.2002).

Em seu voto, ademais, o em. *relator* apontou: "*vislumbra-se, na hipótese,* ***não um caráter provisório, mas sim definitivo****, como considerado pelos recorrentes, pois vigora até a decisão da ação penal, uma vez que não teve mais qualquer andamento tal medida assecuratória, estando indisponível seu patrimônio*".

Julgamento antigo, *do col. Supremo Tribunal Federal*, e *igualmente referido pela recorrente*, houve de adotar posição semelhante. No *Recurso Extraordinário* 106.738/MT, relatado pelo em. Min. *Rafael Mayer*, em 17 de junho de 1986, aduziu-se que *o mecanismo de defesa consistente nos embargos mostrar-se-ia uma faculdade do acusado ou dos terceiros*, num caráter premonitório a uma eventual sentença condenatória e a apuração dos seus efeitos que couberem na instância civil. Sem prejuízo disso, ou seja, a par da faculdade de manejo dos embargos, segundo o precedente, a "*decretação do seqüestro por decisão do juízo criminal, incidente no processo-crime, constitui ato judicial certamente recorrível, pois se trata*

de decisão que não condenatória, mas com força de definitiva, pois vigente por todo o curso do processo, subsumindo-se a espécie na previsão do art. 593, II, do Código de Processo Penal".

Em *decisão de minha relatoria*, ademais, proferida embora no bojo de recurso em mandado de segurança, consta da ementa o que segue:

> Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Alegada ofensa a princípios constitucionais. Inocorrência. Incidência do Enunciado n. 267, da Súmula do STF. Não interposição do recurso cabível. Matéria deduzida que exige dllação probatória, inviável na via eleita. Agravo regimental desprovido.
>
> I - A possibilidade de proferir-se decisão monocrática terminativa no processo encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, tanto na Lei n. 8.038/1990, quanto no Regimento Interno do Superior Tribunal dc Justiça, sendo descabidas as alegações de ofensa a postulados constitucionais.
>
> II - *É cediço que, para impugnar decisão que decreta o seqüestro de bem, cabível é o recurso de apelação, previsto no art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal. (Precedente)*. Portanto, incide para o caso o Enunciado n. 267, da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
>
> [...]
>
> Agravo regimental desprovido (AgRg no RMS n. 45.707/PR; *Quinta Turma*; de *minha relatoria*, DJe de 15.5.2015).

No corpo do voto, ficou assentado que: "*não obstante assista razão ao agravante quando afirma que a medida prevista no art. 130, inciso I, do Código de Processo Penal não é recurso para os fins da aplicação do Enunciado n. 267, da Súmula do STF,* ***é cediço que, para o caso, seria cabível o recurso de apelação, previsto no art. 593, inciso II, do Código do Processo Penal, uma vez que a decisão que determina o seqüestro é definitiva***".

Ainda que *de maneira lateral*, porquanto tratava-se de afastar o cabimento de mandado de segurança, no julgamento do recurso em mandado de segurança (RMS) n. 31.942/DF, a em. Min. *Maria Thereza de Assis Moura* aludiu, em seu voto, que: "*não era o mandado de segurança o instrumento processual cabível*, in casu, ***mas sim o recurso de apelação, haja vista a decisão prolatada acerca de bens apreendidos ter natureza definitiva***".

A decisão foi assim ementada:

> Processo Penal Recurso ordinário em mandado de segurança. Operação Aquarela. Bens e valores apreendidos 1mpet ração após 120 dias decadência.

> Incidência. Mandado de segurança. Via inadequada. Impossibilidade. Súmula 267 do STF. Recurso a que se nega provimento.
>
> 1. Inviável se mostra o *mandamus*, eis que verificado o transcurso do lapso decadencial de 120 (cento e vinte) dias, a teor do artigo 23 da Lei n. 12.016/2009.
>
> 2. [...]
>
> 3. In casu, *após o* decisum *que determinou o seqüestro dos bens e valores, a defesa não manejou o recurso cabível, sendo inviável a análise do requestado em sede de* mandamus *extraordinário*.
>
> 4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento (RMS n. 31.942/DF, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, DJe de 23.4.2013).

Este quadro *mostrar-se-ia habilitado a conferir alguma estabilidade ao tema controverso, sobre saber-se qual a via de impugnação idônea para combater as decisões que impliquem na concessão de cautelar patrimonial no processo penal*.

Ocorre que, *a partir da Lei n. 12.683/2012*, introduziram-se *alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998)*, entre as quais, de *relevante para a espécie*, a concernente *à previsão de um outro tipo de medida acauteladora, de ordem patrimonial*, e que conta com abrangência e requisitos específicos.

O art. 4º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, com efeito, ostenta a seguinte redação:

Art. 4º: O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, ***poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas****, que sejam* ***instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes****. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012).*

Conforme vem apontando a doutrina, essa alteração legislativa "***parece ampliar o conceito de sequestro para estendê-lo também a quaisquer valores e/ou direitos, desde que constituam proveito ou produto do crime*** *(...) E mais ainda. Tanto poderão ser apreendidos os bens produto do crime antecedente quanto o do delito de lavagem em apuração e/ou processo*".

E não é apenas em relação aos bens que constituam proveito ou produto da infração poderão recair as medidas constritivas, visto que se mostrarão cabíveis, ademais, para a "***reparação do dano causado pelo crime de lavagem e seu antecedente***

***e para o pagamento de prestação pecuniária (em caso de condenação)**, multa e custas processuais*" (PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 317).

Assim dispõe o par. 4º, do art. 4º, da Lei n. 9.613/1998:

"*Par. 4º: Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012).*

As alterações promovidas na Lei de Lavagem de Dinheiro por intermédio da Lei n. 12.683/2012 estão *associadas à mudanças significativas no Código Penal*, decorrentes da contemporânea *Lei n. 12.694/2012*. É que tal legislação afetou o capítulo relativo aos *efeitos da condenação*, passando a prever, no art. 91, par. 1º, do Código Penal, que: "*poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior*".

De notar-se que, a este corolário, veio inequívoca ampliação ao âmbito das medidas assecuratórias, porque, segundo o *par. 2º, do art. 91, do Código Penal*:

Par. 2º: Na hipótese do par. 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda".

Chamo a atenção para a circunstância de que a referência a tais dispositivos não é trivial.

Isto porque, *a decisão primitiva, proferida pelo magistrado federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, fundamentou-se exatamente no arcabouço normativo por último apontado*. Vejamos a parte final de sua decisão:

"*Ante o exposto e reportando-me aos fundamentos da referida decisão datada de 10.11.2014 no Processo n. 5073475-13.2014.404.7000 (evento 10), defiro liminarmente o requerido e decreto o sequestro,* ***com base no art. 91, §§ 1º e 2º, do CP, no art. 125 do CPP, e no artigo 4º da Lei n. 9.613/1998****, o sequestro de R$ 163.577.631,67 no precatório 2005.002090-4 a ser pago pelo Governo do Estado de Alagoas à Construtora Queiroz Galvão S/A e que foi expedido no Processo n. 0000659-08.2005.8.02.0000 em trâmite na 17ª Vara Cível da Justiça Estadual de Maceió/AL*" (fl. 193).

Cada um destes dispositivos legais foi discutido pela recorrente, no ensejo em que interpôs o recurso de apelação, e, deveras, os fundamentos da irresignação não foram apreciados pela decisão monocrática que lhe negou seguimento.

Recapitulando, nessa decisão o em. relator asseverou que "*a petição apresentada como apelação criminal e os respectivos fundamentos do pedido deveriam servir para a proposição do competente incidente de restituição, nos moldes já adotados por outros investigados da mesma operação, cuja provocação ensejará a prolação de decisão pelo juízo competente e inaugurará a competência recursal deste Tribunal*" (fl. 336), ao que se seguiu a remissão a precedente daquele eg. Tribunal Regional Federal, alusivo, entretanto, a *restituição de coisa apreendida*. *Para documentação*, foi este o precedente indicado:

> Agravo regimental. Processo Penal. Bloqueio de ativos. Pedido de desbloqueio. Matéria não enfrentada em primeiro grau. Apelação não conhecida.
>
> 1. Em se tratando de bloqueio judicial, é imprescindível o exame inicial pela autoridade judiciária que o determinou.
>
> 2. Dado o grau de temporariedade da decisão, deve- se aguardar a manifestação definitiva do juízo quanto à possibilidade, ou não, de restituição. *Hipótese em que se mostra imprescindível o pedido em primeiro grau na forma de restituição de coisa apreendida*, mormente quando o próprio juízo indica a possibilidade de reexame, sendo este o momento para o exercício do contraditório e a ampla defesa.
>
> 3. Agravo regimental improvido. Apelação criminal a que se nega seguimento (TRF4, Agravo Legal em Apelação Criminal n. 5078957-39.2014.404.7000, *8ª Turma*, Juiz Federal *José Paulo Baltazar Junior*. Juntado aos autos em 9.2.2015).

A cautela recomendada pela doutrina, no sentido de que "*é preciso cuidado para não hiperintegrar o direito, usando um precedente como uma norma que vá além dos seus fatos e que extrapole o limite do seu campo gravitacional*" (RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130) intensifica-se quando se está a tratar de denegação de seguimento a recurso, porquanto a interdição de acesso aos tribunais, em certos casos, pode deixar a descoberto eventual direito da parte.

Haveria fundamentos, de resto não discutidos na origem, tendentes a, potencialmente, produzirem o mesmo efeito, qual seja o de eventual negativa de seguimento da apelação. É que parece inescondível que *a previsão dos parágrafos 2º e 3º da Lei n. 9.613/1998, com a redação que lhes foi dada pela Lei n. 12.683/2012, introduz questionamentos relevantes*, cujo exame revela-se importante para a espécie.

Tais dispositivos têm a seguinte redação:

"*Par. 2º:* ***O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem****, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)*"

"*Par. 3º:* ***Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa*** *a que se refere o* ***caput*** *deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)*".

Saber-se, portanto, *se o regime jurídico particular para a constrição patrimonial no âmbito dos crimes de lavagem de capitais estaria a exigir, por expressa disposição legal, que a matéria fosse antes levada ao conhecimento do juiz que decretou a medida, não se afigura secundário*.

A Lei n. 12.683/2012, que implicou nas alterações legislativas apontadas, é, evidentemente, posterior aos precedentes invocados pela parte recorrente, os quais, anote-se, remetem-se aos anos (i) *de 2002, no REsp n. 258.167/MA*, desta Corte, e (ii) *de 1986, no caso RExt n. 106.738-1*, da relatoria do em. Ministro *Rafael Mayer*, no col. Supremo Tribunal Federal. Já o *AgRg no RMS n. 45.707*, *de minha relatoria*, anteriormente apontado, aludia a crime de peculato, ou seja, situação não abrangida pelo escopo da Lei n. 9.613/1998.

Como era de se supor, já agora a respeito do modo de se *impugnar a decisão que tenha determinado a constrição de bens no campo particular da Lei de Lavagem de Dinheiro*, outrossim é oscilante a doutrina.

NUCCI, ao comentar especificamente o art. 4º da Lei n. 9.613/1998, assevera que o "***instrumento processual adequado para questionar o sequestro e a alienação de bens é o mandado de segurança***" (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 02. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 538).

LIMA, de sua parte, convoca para a mesma finalidade os variados tipos de *embargos*, ao modo como previstos no Código de Processo Penal (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPudvm, 2015, p. 410-416).

Finalmente, **BARROS** aduz a necessidade de formulação de um *pedido restitutório genérico*, o qual "*deverá ser examinado e decidido pelo juiz competente,*

que ouvirá o Ministério Público. Esse pedido será autuado em apartado (...) ***em caso de indeferimento do pedido, terá cabimento o recurso ordinário de apelação***" (BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 217).

Essa descontinuidade, divisada na ausência de uniformidade doutrinária sobre tema sensível, deita suas raízes numa normativa processual penal potencialmente carecedora de revisão.

Não se pode, entretanto, onerar-se a parte, com o descortinamento da medida necessária para fazer conhecidas as suas alegações.

Para a espécie, é sintomático que o magistrado de primeiro grau recebeu a apelação interposta, quando *lhe era dado, se assim entendesse, desde logo proferir juízo negativo de admissibilidade*, sendo certo, ainda, que determinou a tramitação do apelo em autos apartados, para o fim de não turbar o andamento do processo. O seguinte trecho da decisão proferida a este respeito é relevante:

"***Conquanto se possa cogitar do caráter de decisão definitiva da decisão em comento****, o fato é que não há como processar a apelação nestes autos, posto que já foi inclusive determinada a citação/intimação da empresa para apresentar resposta.*

Assim, deverá a Defesa apresentar a sua insurgência de forma apartada, a fim de não turbar a tramitação deste feito" (fl. 214).

Portanto, no caso, após a decisão que decretou o sequestro, houve a interposição de apelação, recebida pelo juízo de primeiro grau e, depois, não conhecida pelo eg. Tribunal Regional Federal. Como o sequestro, e também o arresto, não se confundem com a busca e apreensão, a eles não se aplica o incidente de restituição de bens, concernente ao regime da busca e apreensão, aliás, prevista no Título VII do Código de Processo Penal, denominado "Da Prova".

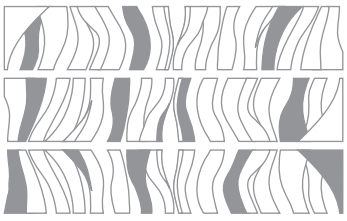
Se o Código de Processo Penal estatui, para as cautelares patrimoniais, como o sequestro e o arresto, mecanismos de impugnação a serem veiculados perante o juízo de primeiro grau, que decretou a medida constritiva, e, não obstante, a jurisprudência vem admitindo que se valha o interessado do recurso de apelação, parece não haver razão idônea conducente ao afastamento do mesmo alvitre no âmbito específico da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998).

Assim, *apesar da possibilidade* conferida ao acusado, ou à interposta pessoa, sobre quem recaia a medida assecuratória de bens prevista na Lei n. 9.613/1998, de *postularem diretamente ao juiz a liberação total ou parcial dos bens, direitos ou valores constritos*, atendidos os demais pressupostos legais, *isto não elide a*

possibilidade de manejo de recurso, no caso a apelação, na forma do art. 593, II, do Código de Processo Penal.

Em vista do exposto, *conheço do recurso especial, com base no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, e dou-lhe provimento*, para fins de *cassar a decisão que denegou seguimento à apelação* interposta pela recorrente, e, *julgando-a admissível*, *determinar* que o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região *a aprecie como for de direito*. O *pedido sucessivo* da recorrente, de anulação do acórdão de desprovimento dos embargos declaratórios, torna-se, à toda evidência, *prejudicado*.

É o voto.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 236.475-SP (2012/0055005-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Advogado: Ricardo Constante Soares
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Luiz Pedro Feitosa

EMENTA

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Falta de cabimento. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Pleito de nulidade por violação ao alistamento de jurados e à composição do Tribunal do Júri. Participação de dois jurados isentos. Nulidade. Prejuízo. Pretensão de nulidade por violação ao questionário quanto à inclusão da qualificadora. Cerceamento de defesa. Violação à ampla defesa.

1. De início, observo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Presente nulidade em júri onde o corpo de jurado foi integrado por dois servidores da polícia civil, isentos do serviço do júri nos termos do art. 437.

3. Prejuízo evidente tendo em vista que o paciente foi considerado culpado por 4 votos a 3.

4. Configurado o constrangimento ilegal, em razão da qualificadora, de recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que não poderia existir dúvida alguma nesse ponto quando da análise da ata, no julgamento pelo Tribunal local e, conforme motivação trazida no voto-vencido, a conduta referente à qualificadora foi revelada em "*conta-gotas", sempre após instigação da defesa*.

5. Na ata de julgamento, na fase final, consta ter havido reclamação por parte do Defensor, quanto a este quarto quesito, que

teria sido formulado genericamente, sem especificar a circunstância caracterizadora do recurso que teria dificultado a defesa da vítima.

6. *Habeas corpus* não conhecido. De ofício, ordem de *habeas corpus* concedida, nos termos do dispositivo.

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, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 8.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Luiz Pedro Feitosa* em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi denunciado e, posteriormente, pronunciado perante a 1ª Vara do Júri de São Paulo/SP como incurso nos arts. 121, § 2º, IV, c/c o 29, *caput*, do Código Penal (Processo n. 2.603/95).

Submetido a julgamento em 21.1.1997, foi absolvido, reconhecendo o Conselho de Sentença, por 5 votos contra 2, que não concorrera para a prática do crime (fl. 32).

No julgamento da Apelação Criminal n. 230.093-3/7, interposta pelo Ministério Público, o *Tribunal de Justiça de São Paulo anulou o veredicto absolutório* (fls. 36/39).

No novo julgamento – realizado em 4.4.2003 –, o Conselho de Sentença entendeu, por 4 votos contra 3, que o acusado participou do homicídio. Assim, o ora paciente foi condenado à pena de 15 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa apelou. Julgado em 19.1.2011, o recurso foi improvido (Apelação Criminal n. 993.03.052126-0) – fls. 91/101.

Alega a impetrante que o julgamento popular deve ser declarado nulo, em razão da inobservância das normas legais referentes ao alistamento de jurados e à composição do Tribunal do Júri. Assevera que entre os jurados sorteados para a composição do Conselho de Sentença, dois deles integravam os quadros da Polícia Civil de São Paulo, o que elide a imparcialidade do Conselho de Sentença.

Sobre o julgamento em si, sustenta ainda a ocorrência de nulidade absoluta, pois o questionário, especificamente no tocante à qualificadora, não descreveu em que consistiria o recurso que teria dificultado a defesa da vítima.

Requer, em suma, a nulidade do julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): De início, observo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

Assim, no presente caso, será feita a análise do alegado constrangimento, para que se verifique a existência ou não de flagrante ilegalidade, a ponto de ser devida a atuação de ofício desta Corte Superior.

A matéria abordada pela impetrante, a respeito dos jurados, foi assim analisada no julgamento em segundo grau, senão vejamos (fls. 95/96):

> [...]
>
> Embora a legislação processual, no tocante à forma de quesitação, tenha passado por profundas alterações, a pretensão recursal deve ser examinada à luz das regras vigentes ao tempo do julgamento.
>
> Fixada essa premissa, as alegações de irregularidades na composição do Conselho de Sentença não procedem. Ficou suficientemente esclarecido que houve retificação da relação dos jurados do Primeiro Tribunal do Júri.
>
> De outra parte, não se pode confundir isenção da obrigação de servir como jurado com impedimento para atuar nesta condição. Os integrantes do quadro da

> Secretaria da Segurança Pública são isentos, mas só se tornam impedidos quando atuam profissionalmente no caso concreto, na investigação do crime que será julgado. E isto não ocorreu na espécie. Do mesmo modo, a circunstância de um jurado ter servido como tal durante um ano, não o torna impedido de figurar no quadro de jurados do ano seguinte.
>
> [...]

Inicialmente esclareço que tal questão foi efetivamente suscitada no momento oportuno como consta da ata de fls. 52.

Ouso discordar da posição adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Como já afirmou Fernando da Costa Tourinho Filho, aquele indicado na lei (art. 437 do CPP) como isento do serviço do júri, dele não pode participar (in *Código de Processo Penal Comentado V. 2*, São Paulo: Saraiva, pág. 119). Não vejo como interpretar de outra forma a expressão *isento* já que se a lei facultar àqueles que lá estão relacionados a participação ou não no júri estaremos permitindo, por exemplo, que membros do ministério público (órgão acusador) ou servidores da polícia (entidade responsável pela apuração do crime que se irá julgar) integrem o corpo de jurados.

Pertinentes aqui os comentários de Pacelli e Fischer para quem a *premissa para o reconhecimento da isenção é procurar valorizar sobremaneira a presença de jurados leigos no Tribunal,* ***mas principalmente preservar a isenção dos julgadores. É que os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem ter contato (quando não acesso, dependendo do tipo de funções) aos autos do processo criminal que venha a ser por eles julgado***. (*in* Comentários, 7ª Edição, Atlas, fls. 952)

Ao meu ver, a intenção do legislador, em que pese o uso da palavra *isento* é a de proibir que participem do corpo de jurados as pessoas ali indicadas.

E no caso concreto é inconteste, como consta da ata de fls. 52, que participaram como jurados *dois funcionários públicos da polícia civil* (que poderiam, da mesma forma que membros do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ter contato com os autos do processo que os mesmos julgariam), categoria esta expressamente indicada no inciso VII do art. 437 do CPP.

Tal fato, ao meu ver, é causa de nulidade.

E não há nem que se falar que não se demonstrou prejuízo, já que, como consta da sentença de fls. 54, o paciente foi condenado por 4 votos a 3. Ou

seja, necessariamente os dois jurados foram fundamentais para a condenação imposta ao paciente.

Havendo vício por desobediência ao disposto no art. 437, VII, e prejuízo, não vejo como não se anular o júri em questão.

E não fico por aqui.

Também vejo causa de concessão da ordem em relação ao alegado defeito de questionário, quanto à qualificadora prevista no art. 121, IV, do Código Penal.

Em que pese, como alertado pelo douto Ministério Público, ter a denúncia descrito de forma clara a conduta dos agentes, de forma a demonstrar o recurso que dificultou a defesa da vítima, e que tal qualificadora teria sido debatida entre a defesa e a acusação, mostrando bem aos jurados o porquê de sua inclusão, *penso que se mostra coerente a fundamentação trazida no voto-vencido*, quando do julgamento do recurso de apelação. Nesse ponto, assim se pronunciou o voto vencido do Relator (fls. 96/97):

> [...] Quanto à alegação de defeito do questionário [...] não basta indagar aos jurados se na prática do crime foi empregado recurso que dificultou a defesa da vítima, sendo necessário dizer em que consistiu este comportamento, *sob pena de se impedir o exercício da ampla defesa, por não se saber qual a exata acusação*.
>
> E *da leitura da ata, constata-se que ficou nebulosa a acusação no tocante a qualificadora, só sendo revelada a conduta atribuída ao réu em conta-gotas, sempre após instigação da defesa, tanto que houve necessidade de se reproduzir a fita que continha os debates*.
>
> Tal fato que gerou dúvida para a defesa, para o relator sorteado certamente *contribuiu para incompleto esclarecimento do Conselho de Sentença*.
>
> É preciso ter em mente que nem denúncia, nem pronúncia, nem libelo e muito menos o questionário esclarecem completamente em que teria consistido o recurso que teria dificultado a defesa da vítima.
>
> [...]

A intenção do legislador com o art. 483 foi a de simplificar a quesitação. Se os quesitos são feitos para que os jurados os respondam de forma monossilábica, é óbvio que os mesmos devem ser feitos de modo simples, de modo a permitir fácil compreensão para uma resposta simples – sim ou não.

Não foi, como bem ressaltado no voto vencido acima transcrito, o que aconteceu. Não se pode admitir como claro um quesito cuja amplitude correta exige – conforme alegado pelo próprio Juiz do feito por ocasião da recusa à

impugnação apresentada pela defesa (fls. 51) – consulta ao libelo e à sentença de pronúncia. O quesito, por si só, tem que bastar.

Além do mais, analisando a denúncia, vejo que a qualificadora não ficou clara como dito: (fls. 24/25):

> [...] Segundo o apurado o irrogado *Luiz Pedro Feitosa*, vulgo "Tarzan" (qualificado a fls. 29) cometeu o crime acima descrito mediante o uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que dirigiu-se até a residência do vitimado *Joaquim Alves do Nascimento*, chamando-o no portão, quando então passaram a conversar.
>
> Passados alguns minutos, a vítima passou a chamar por sua esposa, quando então duas pessoas não identificadas se achegaram do irrogado, agora os três exibindo armas de fogo; a vítima por seu turno passou a implorar por sua vida, dizendo que tinha mulher e filhos para criar, momento em que o indiciado *Luiz Pedro Feitosa*, vulgo "Tarzan" (qualificado a fls. 29) disse "dane-se seus filhos" momento em que ordenou que seus acompanhantes fizessem fogo em direção da vítima, o que foi obedecido por indivíduo não identificado, com cerca de trinta e dois anos de idade, de cor branca, de estatura baixa, trajando calça tipo jeans e blusa azul e boné preto, que veio a atingir a vítima quando esta tentava fugir do local, adentrando sua residência [...].

Diante disso, vejo como configurado o constrangimento ilegal em razão desta qualificadora, uma vez que não poderia existir dúvida alguma quanto a sua amplitude. Lembro, mais uma vez, a conclusão que chegou o voto vencido para quem a qualificadora objeto do voto vencido [...] *ficou nebulosa a acusação no tocante a qualificadora,* ***só sendo revelada a conduta atribuída ao réu em conta-gotas, sempre após instigação da defesa*** [...].

Ademais, na ata de julgamento, na fase final (fls. 51/52), consta ter havido reclamação por parte do Defensor, *quanto a este quarto quesito, que teria sido formulado genericamente, sem especificar a circunstância caracterizadora do recurso que teria dificultado a defesa da vítima*. Assim, a reclamação foi feita também no momento oportuno.

Ante o exposto, *não conheço* da impetração, nos termos do art. 34, XVIII, *a*, do RISTJ. De ofício, *concedo* a ordem de *habeas corpus*, para anular o julgamento do Tribunal do Júri, tanto pela participação de jurados isentos nos termos do art. 437, VII, como por vício no que pertine ao questionário relativo à inclusão da qualificadora, prevista no art. 121, IV, do Código Penal. Se preso o paciente exclusivamente em razão da condenação que aqui se anula, ele deverá ser solto imediatamente, até porque, por ocasião do primeiro júri, foi absolvido.

HABEAS CORPUS N. 315.220-RS (2015/0019757-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Bruna Aspar Lima e outros
Advogado: Bruna Lima e outro(s)
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Marcelo Jose da Costa Petry

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus.* Operação Revelação. Corrupção ativa. Medidas cautelares determinadas. Afastamento de sigilo de correio eletrônico. Duração da constrição. Prazo: de 2004 a 2014. Fundamentação para a quebra do sigilo do e-mail no período. Ausência. Princípio da proporcionalidade. Não observância. Ofensa às garantias constitucionais. Flagrante ilegalidade. Existência. Ordem concedida.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. *In casu*, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida.

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: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo ordem, com extensão aos co-investigados, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Nefi Cordeiro, e o voto do Sr. Ministro Ericson Maranho não conhecendo do *habeas corpus*, a Turma, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, com extensão aos co-investigados Charles Valdir Hass e Luciano Poglia, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP).

Brasília (DF), 15 de setembro de 2015 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 9.10.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Marcelo Jose da Costa Petry*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Medida Cautelar n. 70059867093).

Colhe-se dos autos que, no âmago das investigações da Operação Revelação, o paciente, promotor de justiça, teve suas conversas telefônicas e telemáticas interceptadas a partir de representação formulada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, datada de 6.5.2014 (fls. 153/221). O propósito inaugural era apurar suposta prática dos crimes de falsidade ideológica, corrupção e peculato.

No dia 22.5.2014, o Desembargador Relator deferiu, nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093, dentre outras diligências, a quebra do sigilo dos correios eletrônicos relativos aos endereços: (...)@mp.rs.gov.br e (...)@hotmail.com.

Em 10.6.2014, o *Parquet* estadual apresentou nova representação, sustentando ainda a implicação do paciente com João Vianei Rubin, então

Prefeito do Município de Nonoai/RS, em suposta prática de crimes ambientais previstos dos arts. 44 e 67 da Lei n. 9.605/1998.

Na data de 11.6.2014, o Desembargador relator autorizou a interceptação telemática postulada para abarcar também o e-mail: ma(...)@hotmail.com.

Ambas as decisões autorizaram a interceptarão telemática dos três referidos endereços eletrônicos para englobar um período de janeiro de 2004 até a data da efetivação da medida (junho de 2014).

Posteriormente, em 15.12.2014, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do paciente, juntamente com outros três corréus, pela suposta prática de corrupção - artigo 333, parágrafo único, c.c. o artigo 62, inciso I, ambos do Código Penal. Na incoativa declina-se conversa de e-mail interceptada retroativamente no endereço eletrônico do increpado, ma(...)@hotmail.com.

Neste *mandamus*, alega o impetrante que os limites objetivos deste remédio heroico cingem-se à ilegalidade das decisões proferidas pelo Desembargador Relator da Medida Cautelar n. 70059867093 em 22.5.2014 e 11.6.2014, no que diz respeito à quebra do sigilo telemático do paciente por um prazo retroativo e ininterrupto de mais de 10 (dez) anos.

Consigna que a irresignação defensiva aqui vertida circunscreve-se ao material telemático do increpado, "sem prejuízo de outras ilegalidades a serem aferidas em medidas processuais vindouras" (fl. 3).

Sustenta que o lapso discriminado é excessivo e desarrazoado, a caracterizar indevida devassa na intimidade do acusado.

Menciona que o caso em exame denota "gravidade ímpar, quiçá inédita na jurisprudência brasileira: o magistrado coator acolheu o inusitado pedido do Ministério Público para interceptar as comunicações telemáticas do paciente de forma retroativa no período de 10 anos anteriores às respectivas autorizações, avalizando verdadeira devassa, uma abusiva bisbilhotice investigatória desprovida de justa causa" (fl. 6).

Esclarece, ainda, que "não se está a discutir a legitimidade, ou não, de renovações sucessivas de interceptações telefônicas e telemáticas", pois "o que se busca é ver reconhecida a ilegalidade de duas decisões que autorizaram, de uma única vez, a quebra do sigilo telemático do paciente desde janeiro de 2004 até junho de 2014" (fl. 6).

Enfatiza a irrazoabilidade e a desproporcionalidade da invasão judicial.

Requer o seguinte (fls. 7/8):

> (...)
>
> (a) *em sede de liminar*, seja determinado, à autoridade coatora
>
> (a.1) que se abstenha de permitir o uso de qualquer interceptação telemática autorizada na Medida Cautelar n. 70059867093;
>
> (a.2) que expeça ofício ao Ministério Público do Rio Grande do Sul a fim de que todas as comunicações telemáticas do paciente sejam lacradas e imediatamente encaminhadas ao TJRS, assim permanecendo até o julgamento do mérito do presente *writ*; e
>
> (a.3) que suspenda o andamento da ação penal proposta na denúncia oferecida em apenso aos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 até o julgamento do mérito do presente *writ*.
>
> (b) *no mérito*, a concessão do *habeas corpus* para que seja reconhecida a nulidade das decisões datadas de 22.5.2014 e de 11.6.2014 proferidas nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 no que se refere à quebra do sigilo telemático das contas de e-mail (...)@mp.rs.gov.br, (...)@hotmail.com e ma(...)@hotmail.com pelo prazo retroativo e ininterrupto de mais de dez anos, haja vista a flagrante ofensa ao que dispõe o artigo 5º, XII, da CF/1988, e os artigos 1º, parágrafo único, e 5º, *caput*, ambos da Lei n. 9.296/1996.
>
> (...)

O pedido liminar foi indeferido às fls. 2.221/2.223, sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, trazidas às fls. 2.228/2.266.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mário Pimentel Albuquerque, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão de ordem de ofício "tão somente para determinar que o Tribunal de origem apresente fundamentação idônea quanto à necessidade da quebra de sigilo telemático do paciente" (fls. 2.270/2.274).

Em petição de fls. 2.286/2.351, foi juntada aos autos manifestação da Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Subsequente, às fls. 2.355/2.359, a defesa acostou petição insurgindo-se contra a manifestação do Ministério Público estadual, requestando (fl. 2.359):

> (...)
>
> (i) determine o desentranhamento da promoção juntada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em 24.4.2015, bem como dos documentos que a acompanharam;

(ii) caso mantida a autuação da promoção e dos referidos documentos, seja concedida a oportunidade de a defesa juntar as respostas às acusações já formuladas nas ações penais originárias, bem como as provas que evidenciam serem elas ilegais e infundadas, a fim de que sirvam como elementos de convicção para o julgamento do mérito do *writ*;

(iii) alternativamente, sejam desacolhidos todos os argumentos apresentados pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul perante essa E. Corte, com a sucessiva concessão integral da ordem de *habeas corpus*, nos termos em que postulado.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): De proêmio, quanto ao pedido incidental defensivo acostado às fls. 2.355/2.359, insta salientar que não se descura do recente entendimento adotado pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, nos autos do EREsp n. 1.327.573/RJ, no sentido de que os Ministérios Públicos Estaduais têm legitimidade para atuar perante esta Corte Superior de Justiça. Ei-lo:

Embargos de divergência no recurso especial. Penal e Processo Penal. Legitimidade do Ministério Público Estadual. Atuação, como parte, para atuar diretamente no STJ. Possibilidade. Questão de ordem no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG. Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante o STF. Possibilidade. Embargos de divergência conhecidos e providos, para que, afastada a preliminar, a Sexta Turma prossiga no julgamento do agravo regimental.

1. O acórdão embargado e o acórdão indicado como paradigma discrepam a respeito da interpretação do art. 47, § 1º, da Lei Complementar n. 75, de 1993, um conhecendo de agravo regimental interposto por membro de Ministério Público, e o outro, não;

2. Cindindo em um processo o exercício das funções do Ministério Público (o Ministério Público Estadual sendo o autor da ação, e o Ministério Público Federal opinando acerca do recurso interposto nos respectivos autos), não há razão legal, nem qualquer outra ditada pelo interesse público, que autorize uma restrição ao Ministério Público enquanto autor da ação.

3. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público,

> decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte.
>
> 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para que, afastada a preliminar da ilegitimidade do Ministério Público Estadual, a Sexta Turma prossiga no julgamento do agravo regimental (AgRg na SLS 1.612/SP, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, *Corte Especial*, julgado em 29.8.2012, DJe 6.9.2012).
>
> (EREsp 1.327.573/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 17.12.2014, DJe 27.2.2015)

Contudo, nos autos deste remédio heroico, constata-se que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul não figura como parte, motivo pelo qual, sua manifestação de fls. 2.286/2.351 será desconsiderada.

Feita essa breve digressão, passa-se ao exame do mérito do remédio heroico.

A questão trazida a deslinde abarca a análise da fundamentação exarada para a quebra do sigilo do correio eletrônico do paciente, no período de 1º.1.2004 a 11.6.2014.

Para elucidar a *quaestio*, convém transcrever excertos do requerimento ministerial datado de 6.5.2014 (fls. 10/78):

> O *Ministério Público*, por seu Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais, com base nos documentos em anexo, extraídos dos Procedimentos Investigatórios Criminais n. 02/2012 (Portaria n. 1.521/2012) e 01/2014 (Portaria n. 01/2014) - *Documentos* 01 e 02 -, em que são investigados o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* por corrupção passiva, peculato e falsidade ideológica, o Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poglia* por falsidade ideológica e corrupção passiva, o comerciante *Charles Valdir Hass* por corrupção ativa e peculato, *Wilmar Gobbi* por corrupção ativa e os policiais militares *Arcildo Zuge* e *Gerson Corrêa de Mello* por peculato, requer o deferimento de *medidas cautelares* de *interceptação telefônica e telemática, afastamento do sigilo bancário, fiscal, bursátil, de dados telefônicos* e do *mercado segurador* e *busca e apreensão*, pelos motivos a seguir deduzidos.
>
> *Do Contexto Geral dos Acontecimentos*.
>
> Em razão da complexidade da presente apuração, toma-se obrigatório, para melhor compreender o conjunto de acontecimentos em que foi possível esclarecer e comprovar através dos autos, e que serão narrados amiúde no decorrer desta peça, fazer uma contextualização, tanto em relação ao grau de dificuldade deste trabalho, em razão, sobretudo, da função de um dos investigados, quanto à extrema gravidade dos fatos.

O fato é que o substrato dos autos não tem como ainda aferir, até o presente momento, a totalidade dos desvios de conduta do Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* e de seus parceiros de empreitada criminosa, que serão conhecidos no decorrer desse arrazoado.

Da Vida Pregressa segundo os Autos.

Marcelo José da Costa Petry foi aprovado em concurso para o cargo de Promotor de Justiça e assumiu as funções na Promotoria de Justiça de Nonoai, RS, em 12.7.1996 (fls. 261/267 do PIC 02/2012) - *Documento* 03.

O Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* chegou a um Município pobre, basicamente focado na agricultura e com muitas carências, e, segundo *Cláudio Roberto Olivaes Linhares*, Advogado Militante em Nonoai, RS (fls. 1.595v, do PIC 02/2012) - *Documento* 04 - mostrou-se, de início, operoso e dedicado à atividade profissional.

(...)

Falsidade Ideológica

Segundo consta dos autos, *entre os anos de 2005 e 2012*, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* e o Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poglia*, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental, alterando, assim, a verdade sobre fato juridicamente relevante, de que são exemplos os documentos extraídos do sistema informatizado do Ministério Público que registrou os Inquéritos Civis n. 00811.00010/2011, 00811.00016/2011 e 00811.00031/2012 (fls. 1.895/1.923) - *Documento* 13.

Para tal, policiais militares realizaram fiscalizações ambientais.

Identificados eventuais autores de infração contra o meio ambiente, *Luciano Poglia*, previamente concertado com *Marcelo José da Costa Petry*, te-los-ia notificado.

Nas datas aprazadas, *Luciano Poglia*, na Promotoria de Justiça de Nonoai, teria presidido, de fato, a audiência com as pessoas apontadas pelos órgãos responsáveis como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, proposto acordos, estabelecido condições e firmado Termo de Ajustamento de Conduta com os notificados sem a presença do Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, mas inserido nos documentos que este presidiu todos os atos.

Marcelo José da Costa Petry não teria participado dos atos formais, delegado essas tarefas a *Luciano Poglia*, apoiado a conduta do servidor e com ele estaria conluiado, teria conhecimento e, presume-se - face ao envio do procedimento para homologação do Conselho Superior do Ministério Público -, assinado os documentos com conteúdo falso.

(...)

Falsidade Ideológica e Corrupção no Expediente Instaurado contra Wilmar Gobbi.

Em 2011, em Nonoai, RS, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* e o Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poglia*, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expediente instaurado contra *Wilmar Gobbi* para apurar infração ambiental, alterando, assim, a verdade sobre fato juridicamente relevante, consoante se verifica dos documentos extraídos do sistema informatizado do Ministério Público que registrou o Inquérito Civil n. 00811.00016/2011 (fls. 1.909/1.915 do PIC 02/2012) - *Documento* 13 - e das declarações de *Pedro Luiz Zandavalü Winckler* (fls. 1.872/1.886 do PIC 02/2012) - *Documento 16 Milton Sérgio Brustolin* (fls. 1.855/1.865 do PIC 02/2012) - *Documento 15* - e *Karen Döering Brustolin Goun* (fls. 1.810/1.819 do PIC 02/2012) - *Documento* 14.

Depreende-se, ainda, do caderno investigatório que, na mesma época, *Marcelo José da Costa Petry* e *Luciano Poglia* teriam obtido vantagem indevida se valendo do expediente que deu azo à contratação, por valor significativo e superfaturado, de serviços de *Charles Valdir Hass*, sócio de fato do investigado *Marcelo José da Costa Petry*, por *Wilmar Gobbi*.

Segundo o procedimento administrativo em curso, *Wilmar Gobbi* foi chamado à Promotoria de Justiça porque apontado como autor de infração ambiental.

E, conforme as testemunhas adiante referidas, na data aprazada para a audiência, *Charles Valdir Hass*, sócio de fato de *Marcelo José da Costa Petry* e que tinha livre trânsito na Promotoria de Justiça, compareceu ao local e apresentou a *Wilmar Gobbi* proposta de prestação de serviços para recuperar a área degradada.

(...)

O Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poglia*, a seu turno, presidindo de fato a audiência e o procedimento administrativo, previamente concertado com *Marcelo José da Costa Petry*, que não se fazia presente no ato, teria proposto a *Wilmar Gobbi* termo de ajustamento de conduta mediante apresentação de projeto de recuperação da área nos exatos termos do formulado por *Charles Valdir Hass*, que tinha franco acesso è sala onde atuava servidor do Ministério Público.

Charles Valdir Hass, então, teria firmado contrato de prestação de serviços com *Wilmar Gobbi* por R$ 50.000,00, valor exorbitante e desarrazoado à luz da lógica e se for considerado o trabalho realizado.

Ora, além dos comportamentos que teriam sido adotados por *Marcelo José da Costa Petry*, *Luciano Poglia* e *Charles Valdir Hass* contrariarem os procedimentos formais instituídos e fugirem da razoabilidade, há outros indicativos da prática de atos de corrupção que podem ser agregados.

(...)

4. A discrepância entre a quantia paga no ajustamento de conduta (R$ 5.000,00) e a que teria sido alcançada ao sócio de fato de *Marcelo José da Costa Petry* (R$ 50.000,00).

5. Por fim, após a contratação de *Charles Valdir Hass*. não há noticias oficiais de novas investidas fiscalizatórias, ou ações restritivas por parte dos órgãos ambientais, contra *Wilmar Gobbi* e que tenham ensejado a instauração de procedimento no Ministério Público, consoante o documento extraído do sistema informatizado do Ministério Público (fls. 1.906/1.908 do PIC 02/2012) - *Documento* 13.

Fiscalizações e Expedientes Administrativos Instaurados para Apurar Infrações contra o Meio Ambiente como Meio para Obtenção de Vantagem Ilícita.

Retomando a análise, ainda pelo que se depreende dos elementos carreados ao feito, a notificação das pessoas apontadas como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, a fim de que comparecessem à Promotoria de Justiça de Nonoai, serviria de mote e encobriria a intenção de *Marcelo José da Costa Petry*, *Luciano Poglia* e *Charles Valdir Hass* de obter vantagem ilícita.

Esses indicativos, è medida em que são examinados os documentos acostados e as declarações das pessoas, podem ser identificados pelo *modus operandi* dos investigados nesse período e o contexto em que os fatos se davam.

Vejamos.

Charles Valdir Hass, que tinha livre acesso a todas dependências do prédio do Ministério Público de Nonoai, RS, saberia antecipadamente e compareceria ao local no dia da audiência aprazada para que fossem ouvidos os supostos autores de infração ambiental.

No saguão do prédio da Promotoria de Justiça de Nonoai, RS, com o conhecimento de *Marcelo José da Costa Petry* e de *Luciano Poglia*, *Charles Valdir Hass* abordaria pessoas e se disporia a apresentar e executar, mediante contraprestação pecuniária, exatamente o mesmo projeto de recuperação de área degradada que seria exigido pelo servidor do Ministério Público, que teria previamente ajustado com o então ausente Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, para que fosse celebrado Termo de Ajustamento de Conduta.

Nas ocasiões em que não teria havido a abordagem por *Charles Valdir Hass* às pessoas notificadas, ainda na sede do Ministério Público de Nonoai, RS, *Luciano Poglia*, previamente concertado com *Marcelo José da Costa Petry*, direcionaria os supostos autores de infrações ambientais para *Charles Valdir Hass* ou para pessoas vinculadas a ele, dentre essas *Marcos Cezar Carabagialle*, com vistas à elaboração e execução de projeto de recuperação de área afetada que viabilizasse fosse firmado Termo de Ajustamento de Conduta entre as partes.

(...)

Os valores cobrados por *Charles Valdir Hass* para prestação de serviços seriam sempre elevados é desproporcionais à complexidade da obra.

(...)

A quantia acordada nos Termos de Ajustamento de Conduta seria normalmente destinada ao CONSEPRO, que por um período de tempo foi dirigido pelo investigado *Charles Valdir Hass*.

Enfim, nesse contexto, o ajustamento de conduta teria se tornado um negócio rentável para *Charles Valdir Hass*, sócio de fato de *Marcelo José da Costa Petry*, e irrigava as contas do CONSEPRO.

Por conseguinte, nesse quadro de condutas e situações que se entrelaçam, o benefício de *Marcelo José da Costa Petry*, no mínimo, seria indireto, pois os investimentos empresariais deste e de *Charles Valdir Hass* em outras áreas teriam sido incrementados e se tornado maiores e robustos.

Por fim, naturalmente que o projeto criminoso teria a contribuição de *Luciano Poglia*, pois este último, presidindo de fato os expedientes administrativos instaurados para apurar infração ambiental, em acordo de vontades com *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, condicionaria a realização de Termo de Ajustamento de Conduta à apresentação e execução de projeto a ser realizado pelo segundo investigado, ou por pessoas vinculadas a ele, e estabeleceria o patamar dos valores a serem pagos no acordo.

O esquema criminoso fecharia, pois, o ciclo, e cada investigado cumpriria o seu papel.

Outros Fatos Envolvendo os Investigados.

Note-se que no histórico de *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, consoante o caderno investigatório, há registro de outros fatos envolvendo os investigados.

Para ilustrar.

Da Apropriação de Projeto de Terceiro.

No ano de 2003, segundo o empresário ***Hélio Endeler***, *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* procuraram-no e manifestaram suposto interesse em firmar parceria para a construção de pequenas centrais hidrelétricas, haja vista *Hélio Endeler* possuir projetos e haver firmado, através da sua empresa, com os senhores *Paulo dos Santos Machado* e *Maria da Luz Marcondes Machado* contrato para a implementação de um empreendimento nessa área.

Marcelo José da Costa Petry e *Charles Valdir Hass* teriam ilaqueado a boa-fé de *Hélio Endeler* e recebido os projetos, apropriando-se dos documentos e do *know how*.

(...)

Em janeiro de 2004, *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, de posse dos projetos obtidos ilegalmente, teriam visitado o casal *Paulo dos Santos Machado* e *Maria da Luz Marcondes Machado* e anunciado que *Hélio Endeler* não possuía condições de construir a pequena central hidrelétrica nas terras das citadas pessoas. E, mediante artifício, ardil, fraude, além de discurso de que pretendiam defender os Interesses das vítimas e construir a usina, os dois primeiros investigados teriam conseguido, sem que os idosos percebessem a manobra, a assinatura de *Paulo dos Santos Machado* e de *Maria da Luz Marcondes Machado* em procuração conferindo poderes ao irmão de *Marcelo José da Costa Petry*, de nome *Marco Aurélio da Costa Petry*, advogado militante em Nonoai, RS.

(...)

Com o instrumento de mandato obtido ilicitamente (fl. 744 do PIC 02/2012) - *Documento* 19 -, *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, sócios informais, teriam conseguido, através de Interpostas pessoas, afastar definitivamente *Hélio Endeler* da construção da usina hidrelétrica e tentado excluir *Paulo dos Santos Machado* e *Maria da Luz Marcondes Machado* do empreendimento, especialmente no tocante à participação nos lucros, situação revertida pela intervenção de um advogado da família que demonstrou haviam os idosos sido lesados pelos dois primeiros investigados.

(...)

Falsidade Ideológica. Sócios Ocultos.

Em 2004, *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, apesar de não conseguirem afastar definitivamente os senhores *Paulo dos Santos Machado* e *Maria da Luz Marcondes Machado* do empreendimento, teriam obtido êxito no objetivo de figurarem como sócios da Pequena Central Hidrelétrica Rio dos Lobos, que seria instalada na propriedade destas pessoas, e, com o material de que dispunham, teriam passado também a integrar a sociedade denominada *Casa de Pedra Energia Ltda.*, responsável pelo projeto, construção e exploração comercial da Pequena Central Hidrelétrica *Rio dos Índios* em Nonoai, RS.

Marcelo José da Costa Petry e *Charles Valdir Hass*, sócios de fato, contudo, teriam optado por ficar ocultos nos empreendimentos e usado do meio ilícito de colocar no contrato social das empresas o nome de *Marco Aurélio da Costa Petry*, advogado, ex-padre e irmão do primeiro investigado, como sócio de direito ("laranja") de ambos.

(...)

Dos Fatos ainda Objeto de Investigação.

I - *Indícios de Corrupção*.

Em 2003, *Marcelo José da Costa Petry*, que tivera a empresa da família da mulher, a firma *Planaterra Terraplenagem e Pavimentação Ltda.*, contratada pelo consórcio - de que fazia parte a empresa ENGEVIX - responsável pela construção

da usina hidrelétrica de *Ítá*, teria passado a defender os interesses do consórcio de que também participava a ENGEVIX, o grupo *Monel - Monjounho Energética S/A.*, responsável pela construção de uma Hidrelétrica no Rio Passo Fundo com capacidade de produção de energia de 74 MW, consoante relato de fls. 772/779 - *Documento* 20.

Isso porque a FEPAM concedeu licença prévia, mas apresentou uma série de condicionantes, e estas não foram cumpridas pela empresa.

Então, *Marcelo José da Costa Petry*, ante a resistência da FEPAM em conceder a licença de instalação para a construção da *Hidrelétrica Monjolinho*, pertencente ao grupo MONEL, e do qual fazia parte a ENGEVIX, teria passado a pressionar de forma incisiva o órgão estatal para atenuar as exigências ambientais para a concessão do documento liberatório.

A FEPAM resistiu em conceder a licença de instalação sem que todos os requisitos e as exigências fossem atendidos pelo empreendedor.

Aliás, o empenho de *Marcelo José da Costa Petry* na defesa da empresa MONEL teria sido de tal forma desmedido e contundente que o técnico *Mauro Gomes de Moura* decidiu gravar uma das reuniões.

(...)

Marcelo José da Costa Petry, então, depois de muitas investidas contra a FEPAM em reuniões em que teria havido defesa explicita dos interesses da MONEL, aforou, em 27.7.2006, ação civil pública de improbidade administrativa contra o ente estatal e contra o Diretor Técnico do órgão, *Mauro Gomes de Moura*.

Cumpre registrar, por oportuno, que a ação civil pública de improbidade administrativa aforada contra a FEPAM e *Mauro Gomes de Moura* foi julgada improcedente, por não caracterizados atos atentatórios ao artigo 37 da Constituição Federal, conforme documentos de fls. 1.541/1.549 do PIC 02/2012. *Documento* 22.

E, na instrução dessa ação, que foi tombada sob o n. 001/1.07.0238753-7, as testemunhas relataram da pressão de *Marcelo José da Costa Petry* contra os técnicos da FEPAM para a concessão de licença em favor da *Monel Monjolinho Energética S/A*.

(...)

Há de se anotar, igualmente, que informações anônimas acostadas aos autos apontam ter sido *Marcelo José da Costa Petry* beneficiado economicamente pela defesa dos interesses da MONEL, inclusive com recebimento de pecúnia (fls. 529/532 do PIC 02/2012) - *Documento* 24.

II - *Peculato e Corrupção*.

Entre 2003 e 2007, *Marcelo José da Costa Petry* teria ajustado com *Arcildo Zuge* que usariam o posto da policia rodoviária estadual onde este último trabalhava

para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos.

Marcelo José da Costa Petry ainda teria acordado com *Gerson Corrêa de Mello*, comandante da unidade local da Brigada Militar, e com *Charles Valdir Hass*, sócio do primeiro investigado e dirigente do CONSEPRO, de participarem das abordagens e das apreensões das mercadorias.

Da Parte Operacional.

Marcelo José da Costa Petry, *Arcildo Zuge*, *Gerson Corrêa de Mello* e *Charles Valdir Hass*, este inclusive usando colete do Ministério Público e arma, teriam realizado diversas abordagens de veículos no posto policial rodoviário estadual nesse período e apreendido mercadorias.

As mercadorias apreendidas teriam sido levadas para depósitos pertencentes a *Charles Valdir Hass* e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio.

(...)

Da Parte Jurídica.

Marcelo José da Costa Petry, de posse dos documentos produzidos a partir da apreensão, ajustou com os infratores transação penal na Promotoría de Justiça de Nonoai, destinando os valores transacionados para o CONSEPRO, dirigido pelo amigo, sócio de fato e "apreensor" *Charles Valdir Hass*.

Marcelo José da Costa Petry levou, nesse período, a "transação penal" feita na Promotoria de Justiça apenas à homologação judicial.

(...)

Marcelo José da Costa Petry, ao ser instado posteriormente desse proceder, justificou que assim agia porque não havia Juiz de Direito titular na Comarca de Nonoai e buscava dar celeridade aos procedimentos.

Ocorre que há indicativos de que, na destinação de valores substanciais ao CONSEPRO, acertados na transação penal, *Marcelo José da Costa Petry* teria agido com o escopo de beneficiar o sócio de fato *Charles Valdir Hass* e a si próprio e obter o apoio operacional da Brigada Militar, posto que também agraciada com suporte financeiro para as suas atividades, nas áreas de seu interesse.

Dos Sinais Exteriores de Riqueza sem Lastro Formal. Da Mudança Patrimonial de Charles Valdir Hass com a chegada do Promotor de Justiça Marcelo José da Costa Petry em Nonoai e a Aproximação dos Dois Investigados.

Os sinais exteriores de riqueza de *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* no período em análise respaldariam os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita em função do exercício do cargo de Promotor de Justiça pelo primeiro.

Com efeito, nesse período *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* teriam tido aparente evolução patrimonial rápida e incompatível com os rendimentos ordinários e formais.

A final, *Charles Valdir Hass* era pessoa de parcos recursos, de origem familiar humilde e sem condições econômicas até conhecer o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*.

(...)

Charles Valdir Hass, contudo, ao se aproximar e estabelecer vínculos de amizade com *Marcelo José da Costa Petry*, teria experimentado aumento patrimonial visível, inclusive permitindo-se a um comportamento considerado inusitado, e até extravagante, de adquirir um veículo esportivo Mustang para andar na pequena cidade de Nonoai no período em que *Marcelo José da Costa Petry* trafegava com automotor da mesma marca, apenas de outra cor.

Note-se que o carro Mustang é usado por pouquíssimas pessoas, face ao seu preço elevado, traz evidente *status* ao seu proprietário e é cunhado como automotor de família abastada ou adjetivado como símbolo de ostentação do "novo rico".

(...)

Registre-se que a transformação de um homem pobre em uma pessoa com muitos bens e investidora em diversos empreendimentos teria acontecido no mesmo período em que *Charles Valdir Hass* e *Marcelo José da Costa Petry* teriam adquirido Posto de Combustível (propriedade em nome de terceiros), investido em Pequenas Centrais Hidrelétricas - sociedade negada por ambos -, realizado apreensões de mercadorias irregulares e operações de fiscalização na área ambiental, e o segundo investigado assumido a Presidência do CONSEPRO, entidade recebedora de vultosas quantias havidas em Transações Penais e Termos de Ajustamento de Conduta firmadas com o Ministério Público.

Das Dificuldades na Apuração dos Fatos de Corrupção Ativa e Passiva, Peculato e Falsidade Ideológica. Necessidade da Utilização de Outras Ferramentas de Investigação. Necessidade de Sigilo na Investigação.

A coleta da prova com efetividade, porém, esbarra objetivamente em diversos obstáculos:

a) os Termos de Audiência e de Ajustamento de Conduta em que *Luciano Poglia*, por orientação e acordado com *Marcelo José da Costa Petry*, teria apresentado propostas e logrado destinar valores ao CONSEPRO, estão armazenados na Promotoria de Justiça de Nonoai, local onde *Luciano Poglia* ainda trabalha e, por conseguinte, aos documentos tem acesso;

b) os procedimentos criminais decorrentes de apreensão de mercadorias transportadas irregularmente, e em que houve Transação Penal, estão depositados no prédio do Foro de Nonoai, RS, o que implica dizer que a presença

ou qualquer solicitação dos investigadores em uma comunidade pequena como aquela ensejará sérios riscos de que os investigados tomem ciência antecipada da apuração e prejudiquem a coleta dos elementos de convicção;

c) documentos de prestação de contas do CONSEPRO, outros dados relevantes e informações sobre a destinação dos recursos recebidos pela Entidade, geralmente são acautelados, de forma provisória, com o Presidente, face à inexistência de sede própria e ao rodízio na Presidência;

d) *Charles Valdir Hass* foi presidente do CONSEPRO, e qualquer solicitação dos documentos de prestação de contas da entidade, de outros dados relevantes, que eventualmente ficaram sob a guarda do investigado, e de informações sobre a destinação dos recursos recebidos, para apurar eventual desvio e atuação previamente concertada entre os requeridos, também o alertará da investigação e lhe permitirá a oportunidade de eliminar os elementos de convicção que o comprometam;

e) a mesma situação do item 'c' se aplica a *Marcelo José da Costa Petry* e a *Luciano Poglia*, no caso de eventualmente possuírem algum material que os comprometa penalmente a partir das suas atuações nos procedimentos administrativos que tramitaram na Promotoria de Justiça de Nonoai;

f) a utilização por *Charles Valdir Hass* de interposta pessoa - no caso *Marcos Cezar Carabagialle* e sua empresa *Naturallts - Consultoria Ambiental Ltda.*, que, diga-se de passagem, coincidentemente, em trabalho realizado, forneceu o mesmo endereço e telefone da empresa de *Charles Valdir Hass* (fls. 1.707-1.719 do PIC 02/2012) - *Documento* 25 - para apresentar projetos e executá-los nos procedimentos administrativos instaurados pelo sócio *Marcelo José da Costa Petry* a fim de apurar infração ambiental.

(...)

g) documentos e outros elementos de convicção que provariam as infrações penais investigadas podem estar guardados na residência e/ou escritório de *Marco Aurélio da Costa Petry*, face ao fato de que este último teria, no passado, figurado como sócio de direito em empreendimentos cujos sócios de fato seriam *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, consoante depoimento de *Hélio Endeler - Documento* 10.

(...)

h) *Gerson Corrêa de Mello* e *Arcildo Zuge* dificilmente confessariam os delitos e muito provavelmente não forneceriam os dados bancários, fiscais e telefônicos daquele período para análise;

i) por fim, *Wilmar Gobbi* dificilmente admitirá o cometimento de corrupção e tenderá a avisar os demais se for notificado a prestar esclarecimentos, inclusive com a possibilidade de tentar combinar os termos das declarações a serem dadas.

Da Imprescindibilidade das Medidas Cautelares.

Por tudo que foi exposto, fundamental que medidas cautelares sejam utilizadas de forma concatenada.

A busca e apreensão é necessária para fazer prova das infrações penais relatadas pelas pessoas ouvidas no procedimento investigatório criminal.

Entretanto, para que haja efetividade e se evite que provas, documentos e outros elementos de convicção possam ser eventualmente destruídos, as medidas cautelares de interceptação telefônica e telemática deverão preceder a busca e apreensão.

Além disso, as interceptações telefônica e telemática ainda se tornam extremamente relevantes para o momento em que forem notificados *Wilmar Gobbi* e outras pessoas que eventualmente possam ter alcançado vantagem indevida para *Marcelo José da Costa Petry*, *Luciano Poglia* e *Charles Valdir Hass*, e das diligências ostensivas na busca de provas, face à possibilidade real de que os envolvidos se comuniquem e tracem estratégias de autoproteção para frustrar os atos de investigação.

De resto, como cediço, atos de corrupção são perpetrados às sombras, sem fornecimento de recibos ou comprovantes do suborno e com o uso de subterfúgios pelos autores para não serem alcançados, mostrando-se, até o presente momento, as interceptações telefônica e telemática instrumentos valiosos e eficazes na comprovação desse tipo de infração penal.

Some-se a isso que o afastamento do sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador são imprescindíveis para apuração da verdade real e, no momento, capazes de elucidar os fatos em sua plenitude e estabelecer os vínculos entre os requeridos *Marcelo José da Costa Petry*, *Charles Valdir Hass*, *Luciano Poglia* e *Wilmar Gobbi* e provar os crimes atribuídos aos investigados.

Ainda é importante estabelecer os vínculos entre *Luciano Poglia*, *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* com terceiras pessoas envolvidas em ilícitos e, especialmente, provar que, nos dias das audiências na Promotoria de Justiça de Nonoai, o Promotor de Justiça sequer estava na cidade ou no prédio da Instituição e os atos formais foram presididos e conduzidos pelo servidor do Ministério Público, com o apoio e colaboração criminosa de *Charles Valdir Hass* e *Marcelo José da Costa Petry*, constituindo a quebra de sigilo de dados telefônicos em o instrumento adequado para esse desiderato.

As mesmas providências mostram-se relevantes para analisar como e de que forma *Gerson Corrêa de Mello* e *Arcildo Zuge* estavam articulados com *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* nas abordagens e apreensão de mercadorias irregulares e/ou ilícitas.

Enfim, a utilização excepcional dessas medidas e ferramentas de investigação (busca e apreensão, interceptação telefônica e telemática, afastamento do

sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador) viabilizará a coleta e a preservação da prova, análise de vínculos entre as partes, a contextualização de diálogos e textos com atuações processuais e administrativas, a compreensão da movimentação financeira dos investigados e do CONSEPRO, do acréscimo patrimonial sem lastro e eventualmente do uso de bolsa de valores para aplicação de dinheiro mal havido.

Portanto, as medidas postuladas revelam-se imprescindíveis à investigação, principalmente quando se busca apurar a práticas dos delitos de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e falsidade ideológica - todos apenados com pena de reclusão.

Do Pedido

Ante o exposto, o Ministério Público requer:

(...)

Afastamento de Sigilo Telemático.

1) seja deferida a quebra de sigilo telemático dos investigados Marcelo José da Costa Petry, Charles Valdir Hass e Luciano Poglia;

2) seja deferida a interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado: Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

Investigado: Charles Valdir Hass

E-mail: (...)@hotmail.com;

E-mail: ch(...)@hotmail.com.

Investigado: Luciano Poglia

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

3) seja determinado ao respectivo Provedor de e-mail que - no prazo máximo de 10 (dez) dias - encaminhe o conteúdo das comunicações *ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida* (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo

> e e-mails apagados, bem como os Ips de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs,mp.br;
>
> 4) sejam expedidos os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias.
>
> (...)

A medida constritiva restou assim deferida pelo Desembargador relator do feito (fls. 80/97):

> Vistos
>
> Requer o Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições, o deferimento de medidas cautelares de *interceptação telefônica e telemática*, *afastamento do sigilo bancário*, *fiscal*, *bursátil*, *de dados telefônicos e do Mercado Segurador*, além de *busca e apreensão* em diversos locais.
>
> São investigados no procedimento, pela suposta prática de diversos crimes, todos punidos com pena de reclusão, *Marcelo José da Costa Petry* (Promotor de Justiça), *Luciano Poglia* (Assistente da Promotoria de Justiça), *Charles Valdir Hass* (Comerciante), *Wilmar Gobbi*, *Arcildo Zuge* e *Gérson Corrêa de Mello* (os dois últimos Policiais Militares).
>
> O pleito ministerial, da lavra do insigne Procurador-Geral de Justiça, é muito bem fundamentado e narra de forma minuciosa os fatos, com a participação de cada um dos agentes, tendo sido instruído com diversos documentos e oitiva de testemunhas, que confirmam a possível ocorrência da prática de crimes gravíssimos (corrupção passiva e ativa, peculato e falsidade ideológica), havendo razoáveis indícios de autoria ou participação de todos os investigados nas infrações penais.
>
> Segundo consta da inicial e demais documentos, em que se baseia a fundamentação da presente decisão, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, exercendo as funções na Comarca de Nonoai, teria estabelecido relações próximas com *Charles Valdir Hass* pequeno comerciante e Presidente da CONSEPRO. *Arcil Zuge*, Policial Militar Rodoviário Estadual, *Gerson Corrêa de Mello*, Policial Militar então Comandante da Unidade da Brigada Militar no município, e *Luciano Poglia* servidor do Ministério Público, dando inicio a uma série de possíveis infrações penais, dentre as quais destaco
>
> Primeiramente, Marcelo teria se associado a Charles Hass, tornando-se sócio de fato em diversos empreendimentos. Posteriormente, teria passado a desenvolver a atividade empresarial se valendo do cargo de Promotor de Justiça, inclusive, iludindo e convencendo pessoas a ceder aos seus propósitos comerciais Vários

depoimentos, colhidos no procedimento investigatóno e destacados na inicial, dão indícios dessa prática (fls. 4 a 9).

Há fortes indícios, também, da prática do crime de falsidade ideológica, porquanto, segundo a investigação, o promotor *Marcelo* e *Luciano Poglia*, assistente da Promotoria, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam, diversas vezes, inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental. Para tal, policiais militares realizavam fiscalizações ambientais Após a identificação de eventuais infratores *Luciano Poglia*, com a anuência de *Marcelo* os notificava. Nas datas aprazadas, *Luciano Poglia*, na Promotoria Justiça de Nonoai, teria presidido, de fato, as audiências com as apontadas pelos órgãos responsáveis como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, proposto acordos, estabelecido condições e filiado Termo de Ajustamento de Conduta com os notificados sem a presença do Promotor de Justiça *Marcelo*, mas inserido nos documentos que este presidiu todos os atos. A declarações de fls. 10 a 15 revelam indícios suficientes dessa prática.

As quantias acordadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) seriam sempre destinadas ao CONSEPRO, que era dirigido pelo investigado *Charles Hass* Nesse aspecto, os TAC's beneficiariam *Charles* e *Marcelo*, irrigando as contas da CONSEPRO.

Fato que chama a atenção, é o expediente instaurado contra *Wilmar Gobbi*, havendo fortes indícios da ocorrência dos crimes de falsidade ideológica e corrupção. Segundo aponta o Ministério Público: (...)

(...)

Outros fatos envolvendo a possível prática dos crimes de peculato e corrupção (fls. 49), dizem respeito ao ajuste que Marcelo teria feito com Arcildo Zuge (policial), ocasião que teriam usado, por várias vezes, o posto da Policia Rodoviária Estadual, onde este último trabalhava, para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos. *Marcelo* ainda teria acordado com *Gerson Corrêa de Mello*, comandante da unidade local da Brigada Militar, e com *Charles Valdir Hass*, seu sócio de fato e dirigente do CONSEPRO, de participarem das abordagens e das apreensões das mercadorias. *Marcelo*, *Arcildo Zuge*, *Gerson Corrêa de Mello* e *Charles Valdir Hass*, este inclusive usando colete do Ministério Público e arma, teriam realizado diversas abordagens de veículos no posto policial rodoviário estadual e apreendido mercadorias, que teriam sido levadas para depósitos pertencentes a *Charles Valdir Hass* e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio.

Menciona o Procurador-Geral de Justiça, que os sinais exteriores de riqueza de *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* no período em análise respaldariam os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita em função do exercício do cargo de Promotor de Justiça pelo

primeiro, pois teria havido aparente evolução patrimonial, de forma rápida e incompatível com os rendimentos ordinários e formais dos investigados.

Como se vê, os fatos investigados são gravíssimos, apontando o Procurador-Geral de Justiça dificuldades para apuração dos supostos crimes, o que toma, ao meu ver, imprescindível o deferimento das medidas cautelares requeridas. Assim mencionou:

(...)

Portanto, com base nas informações e documentos trazidos, tenho que as medidas postuladas revelam-se imprescindíveis à investigação principalmente quando se busca apurar a práticas dos delitos de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e falsidade ideológica - todos apenados com pena de reclusão.

Assim, defiro o pedido, nos moldes postulados:

(...)

Afastamento de Sigilo Telemático

1) Defiro a quebra de sigilo telemático dos investigados Marcelo José da Costa Petry, Charles Valdir Hass e Luciano Poglia;

2) Defiro a interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

Investigado: Charles Valdir Hass

E-mail (...)@hotmail com;

E-mail: ch(...)@hotmail.com:

Investigado: Luciano Poglia

E-mail: (...)@mp rs gov br.

E-mail: (...)@hotmail.com

3) Determino que o respectivo Provedor de e-mail - no prazo máximo de 10 (dez) dias - *encaminhe o conteúdo das comunicações ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida* (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados

cadastrais do usuário da respectiva conta a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br.

4) Expeçam-se os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias.

(...)

Em posterior requerimento, o *Parquet* assim pautou a quebra do sigilo dos correios eletrônicos (fls. 107/124):

(...)

Assim que a prorrogação da interceptação telefônica e telemática, e a inclusão da novos terminais telefônicos, atinentes aos investigados *Marcelo Jose da Costa Petry*, *Charles Valdir Hass* e *Luciano Poglia* não só é necessária como se revela de enorme e evidente interesse para o sucesso da investigação, com a devida apuração dos fatos sindicados.

E, no que pertine à *prorrogação da interceptação dos e-mails e a interceptação de novo e-mail*, ambos utilizados pelo investigado *Marcelo José da Costa Petry*, podem ser utilizados os mesmos fundamentos do pedido de prorrogação e inclusão de novos terminais telefônicos. Afinal, as mensagens anotadas em relatório anexo apontam para comportamentos dos investigados em que se vislumbra a prática, em tese de ilícitos penais e a utilização de outro e-mail.

Inclusive, deve ser pontuado que, em e-mail trocado com terceiro não identificado, o ínvestigado *Marcelo José da Costa Petry* declarou ter vendido participação em "usina", propriedade sempre negada pelo primeiro investigado quando instado em expedientes que tramitaram nas instâncias do Ministério Público.

Por fim, necessário que novas ferramentas de investigação sejam utilizadas para provar os fatos objeto da apuração, haja vista revelarem os procedimentos investigatórios, as interceptações telefônicas e telemáticas encontros entre os investigados e terceiros para a consecução de negócios e outras atividades aparentemente de cunho ilícito. Ferramentas eficazes são a captação ambiental, acústica, de imagem e som, e o registro de localização, em relação as quais se pede a Vossa Excelência autorização para o uso.

Ante o exposto, o Ministério Público requer:

(...)

Interceptação Telemática (e-mail).

1. seja deferida a prorrogação da interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo

respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

2. seja defenda a interceptação do e-mail abaixo referido pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: ma(...)@hotmail.com.

3. seja determinado ao respectivo Provedor de e-mail que - no prazo máximo de 10 (dez) dias - encaminhe o conteúdo das comunicações do e-mail: ma(...)@ hotmail.com, *ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida* (replicação). da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br;

4. sejam expedidos os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias.

(...)

Por sua vez, o Desembargador relator deferiu o requestado nestes termos (fls. 126/134):

Vistos

O Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições, requer a prorrogação da interceptação telefônica e telemática em relação aos investigados *Marcelo José da Costa Petry*, *Luciano Poglia*, *Charles Valdir Hass*, *Arcildo Zuge*, *Gerson Corrêa de Mello* e *Wilmar Gobbi*, a inclusão de novos terminais a serem interceptados, bem como autorização de captação ambiental. Defiro todos os pedidos, nos exatos termos em que postulados.

Fundamentação

O pleito ministerial está devidamente fundamentado e satisfaz os requisitos previstos na Lei n. 9.296/1996. De acordo com os relatórios parciais de

interceptação telefônica em anexo os diálogos interceptados revelam razoáveis indícios de autoria dos investigados na prática de crimes graves tais como falsidade ideológica, uso de documento falso peculato e outros de natureza ambiental. Portanto, nas circunstâncias, tanto pelas razões já expostas na decisão anterior, como pelos fundamentos ora exibidos pelo *Parquet* tenho que indispensável para investigação a renovação das interceptações telefônica e telemática.

Da mesma forma, impõe-se a interceptação dos novos terminais citados pelo Ministério Público, porquanto, no decorrer da investigação, restou clara a presença de outro colaborador - (...) (Negão) - não identificado anteriormente. Também restou apurado que o investigado *Charles Valdir Hass* faz uso de outros terminais - (...) - os quais devem ser incluídos na interceptação. Da mesma forma, deve proceder-se em relação ao terminal (...) informado pelo investigado *Marcelo José da Costa Petry*.

Quanto ao pleito de captação ambiental, acústica, de imagem e som, e registro de localização, entendo que são medidas adequadas e podem contribuir em muito para a apuração dos fatos investigados.

Assim, defiro:

(...)

Interceptação Telemática (e-mail).

1. Defiro a prorrogação da interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmal.com.

2. Defiro a interceptação do e-mail abaixo referido pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado peto respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: ma(...)@hotmaíl.com.

3. Determino ao respectivo Provedor de e-mail que - no prazo máximo de 10 (dez) dias - encaminhe o conteúdo das comunicações do e-mail ma(...)@ hotmail.com, *ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida*

> (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br:
>
> 4. Expeçam-se os respectivos oficios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade á implementação das medidas investigatórias.
>
> (...)

Do esmiuçar dos autos, apura-se que, para a decretação de medida constritiva, o órgão ministerial pontuou ser a investigação relativa a crimes punidos com reclusão e declinou o *fumus comissi delicti* como fundamento de cautelaridade para a restrição, com suporte inaugural em declarações e documentos obtidos.

No que tange à correspondência eletrônica do investigado, pertinente trazer a lição de Alexandre de Moraes, em comentário ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, ao externar que, "apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta", sendo "possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179).

Portanto, o sigilo das diversas comunicações não é absoluto, gozando de proteção relativa, cujos limites são traçados na própria Carta Magna. E enalteça-se que, dado o correio eletrônico como forma de comunicação intersubjetiva do indivíduo, a relativização da presunção do sigilo também ocorre desde que diante da falta de outras medidas menos invasivas.

De fato, a providência cautelar de obtenção do teor dos e-mails é uma medida extrema, da qual se lança mão apenas quando outros meios se mostram infrutíferos, ou seja, sua determinação judicial não figura como regra, a ser empregada ao talante do magistrado, mas sim como último recurso, mediante o preenchimento de prévias condições legais e inafastáveis.

No caso em apreço, quanto aos correios eletrônicos do paciente, não se apresentou evidenciado o quadro de imprescindibilidade da providência, cujo efeito pretérito abrangeu lapso temporal superior a 10 (dez) anos - a partir de 1º.1.2004.

Para se afastar a arbitrariedade da constrição, considerando-se que a Lei n. 9.296/1996 não dispôs prazo máximo limite para a providência, apresenta-se clarividente a subordinação do *decisum* judicial à necessidade e à proporção da medida.

Portanto, apenas dispõe-se do método constritivo, entendido como *ultima ratio*, apenas pelo prazo razoável e indispensável para a consecução do arcabouço probatório na persecução penal, nos estreitos limites delineados pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira de intelecção, consoante o sufragado pela jurisprudência, o prazo deve ser regrado essencialmente pelo princípio da proporcionalidade (*vide* Inq n. 2.424/RJ; Relator(a): Min. Cezar Peluso; Julgamento: 26.11.2008; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJe-055 divulg 25.3.2010 public 26.3.2010), mostrando-se inviável a presente busca invasiva absolutamente desarrazoada - pelo ancho prazo de 10 (dez) anos -, pelo o que faz prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública, já que não explicitados e delimitados os motivos da constrição.

Com efeito, na decisão constritiva - ou mesmo na representação do *Parquet estadual* - não se depurou qual o motivo para a devassa no correio eletrônico do paciente pelo exorbitante período, nem mesmo o suporte para a data inaugural, a saber, 1º.1.2004.

Dessa maneira, tenho por extrapolado o marco de razoabilidade fixado por esta colenda Sexta Turma no seguinte julgado:

> Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação).
>
> 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".
>
> 2. A Lei n. 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, 'uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'.
>
> 3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei n. 9.296/1996 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.

> 4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.
>
> (HC 142.045/PR, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 15.4.2010, DJe 28.6.2010)

Não se descura que uma denúncia pode reportar-se a fatos longevos, cujo arcabouço probatório somente se aperfeiçoou em data atual. Entretanto, no tocante à providência cautelar prévia, ao necessitar o Estado de dispor do método constritivo dos direitos individuais, deve-se ter em voga a razoabilidade do período de constrição, atribuindo-se racionalidade ao próprio Estado Democrático de Direito, ao albergar valores subjacentes da justiça, obstando-se, desse modo, o arbítrio descomedido.

E não se pode conceber que a determinação de interceptação telefônica já pressuponha a quebra do sigilo também do correio eletrônico, pois há a necessidade de se demonstrar a imprescindibilidade da extensão da constrição inclusive para a modalidade de comunicação dada pelo e-mail, sempre delimitando período temporal sob o manto do brocardo da proporcionalidade, evocando a primazia do moderado, justo e racionalmente compreensivo, a expurgar excessos.

Nessa toada, na hipótese dos autos cuido que se decretou a quebra do sigilo das comunicações eletrônicas sem se delinear a pertinência com a pretensa conduta delitiva ou a exata motivação do prazo inaugural, de forma a legitimar a medida extrema.

É de ver, portanto, que a quebra violou o comando constitucional de motivação das decisões judiciais, conforme dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ao tratar do direito à prova, assim leciona:

> (...) é no pronunciamento judicial relativo à *admissão* das provas que se encontra o *núcleo* do direito aqui examinado: é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia. (*Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1997, p. 88).

Nesse panorama, entendo que mostra-se, em verdade, equivocado o drástico afastamento do sigilo dos correios eletrônicos do paciente, para a apuração de supostos comportamentos contrários à lei.

À título ilustrativo, confiram-se estes precedentes:

> *Habeas corpus*. Interceptações telefônicas. Realização de diligências outras anteriores à quebra do sigilo. Quebra inicial válida. Novas medidas. Inúmeras prorrogações. Duração. Idêntica fundamentação. Empate verificado na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente.
>
> 1. Inexiste constrangimento ilegal se a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é precedida de investigação prévia, como na espécie - quebra anterior de sigilos fiscal e bancário, informações de instituições financeiras e análise de documentos -, que evidencia a necessidade de se recorrer a tal meio probatório, por ser adequado e proporcional.
>
> 2. Como, no âmbito do inquérito policial, não há contraditório, o juiz, sem perder a imparcialidade, deve agir como fiscal único, sendo sua obrigação não o simples endosso de requerimentos feitos pelo Ministério Público ou pela Polícia, mas a análise cuidadosa da pertinência da medida, ainda mais diante da quebra de uma garantia constitucional.
>
> 3. Segundo a atual jurisprudência, é possível a renovação da interceptação telefônica por mais de um período de 15 dias (art. 5º da Lei n. 9.296/1996), especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua.
>
> 4. As sucessivas prorrogações de prazo devem ser concretamente fundamentadas. Quanto mais graves as imputações, maior deve ser o cuidado do julgador na observância das normas instrumentais que viabilizam o exercício do direito de defesa (Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento do HC n. 83.515/RS, Relator Ministro Nelson Jobim, Pleno, DJ 4.3.2005).
>
> 5. A simples referência a decisões anteriores para autorizar, além da prorrogação, novos monitoramentos não serve como fundamento a autorizar inúmeras prorrogações.
>
> 6. Quando são solicitadas novas quebras é porque fatos novos surgiram, novas suspeitas, novos indícios; fatos, suspeitas e indícios evidentemente não existentes por ocasião da primeira decisão ou da decisão anterior. Diante de um novo quadro, uma nova decisão deve ser proferida, expondo claramente como os novos fatos, as novas suspeitas, as novas denúncias autorizam as seguintes diligências. Ante um novo contexto, inviável se considerar a prévia decisão vinculada a outra realidade como suficiente para justificar as quebras requeridas.
>
> 7. Na espécie, a decisão que determinou a primeira quebra do sigilo telefônico encontra-se devidamente fundamentada e legalmente amparada. Contudo nada de revelador foi encontrado nessa diligência.

Quando da seguinte decisão (23.7.2009), para autorizar novo monitoramento, o magistrado não utilizou como fundamento as razões presentes no pedido da autoridade policial nem mesmo na manifestação do Ministério Público Federal, a única motivação foi a decisão primeira, que autorizara a quebra inicial. E assim ocorreu sucessivamente, inclusive em relação a pessoas que não estavam sendo anteriormente investigadas.

8. Ordem parcialmente concedida.

(HC 200.059/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14.8.2012, DJe 2.10.2012)

Investigação criminal. Crime de evasão de divisas. Quebra de sigilo fiscal. Decisão sem motivação. Revogação.

1. Pedido e decretação de quebra de sigilo fiscal com o fim de colher mínimos elementos necessários à investigação.

2. Não foi declinado o *fumus commissi delicti*, pelo contrário, decretou-se a quebra a fim de buscá-lo.

3. Manifesta violação do art. 93, IX, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida.

(HC 59.257/RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 22.8.2006, DJ 19.11.2007, p. 296)

Habeas corpus. Sucedâneo do recurso ordinário. Inadmissibilidade. Interceptação telefônica. Inquérito civil público. Identificação de indícios razoáveis de prática delitiva. Inauguração de veio investigativo-criminal. Pleito da constrição direcionado ao Juízo criminal. Ilegalidade. Ausência. Fundamentação existente e suficiente. Quebra do sigilo das comunicações. Prazo superior a 15 dias. Possibilidade. Prorrogação automática. Inobservância do dever de motivar as decisões judiciais. Constrangimento ilegal caracterizado. Desentranhamento das provas ilícitas e daquelas delas derivadas.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, *a*, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Esta Corte, interpretando os dispositivos da Lei n. 9.296/1996, entende não ser imprescindível a prévia existência de inquérito policial ou formal, bastando que existam, anteriormente, indícios razoáveis de participação em crime, para lastrear o pedido de interceptação telefônica.

3. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial

que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada, conforme o inciso IX do art. 93. Hipótese presente no caso concreto.

4. Mostra-se motivada a decisão de interceptação telefônica, para perfeita elucidação dos crimes de peculato e quadrilha, em tese perpetrados por diversos vereadores, tendo-se apontado, no contexto, a imprescindibilidade da prova, que não poderia ser obtida por outros meios, dado o alto poderio das autoridades que delinquiriam justamente no seio da Câmara Municipal.

5. Dispõe o art. 5º da Lei n. 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, que a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

6. A despeito de contrariar a literalidade desse dispositivo legal, a limitação do prazo para a realização de interceptações telefônicas não constitui óbice ao deferimento da medida excepcional por período superior a 15 dias, desde que haja circunstanciada justificação. Precedentes.

7. A prorrogação da quebra de sigilo, não obstante a jurisprudência admitir tantas quantas necessárias, pode ocorrer, mas nunca automaticamente, dependendo sempre de decisão judicial fundamentada, com específica indicação da indispensabilidade da continuidade das diligências.

8. No caso, o magistrado, ao autorizar interceptações do fluxo de comunicações em sistema de telemática originadas e recebidas de determinados números de telefone pelo prazo de 15 dias, prorrogáveis automaticamente por mais 15 dias, e por 30 dias seguidos, não apresentou motivação concreta, caracterizando abusividade, a justificar a declaração de ilicitude de tais provas e daquelas delas derivadas.

9. *Habeas corpus* não conhecido e ordem concedida de ofício, nos termos do dispositivo.

(HC 242.590/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20.5.2014, DJe 21.8.2014)

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. Foi por meio da Lei n. 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

> 3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.
>
> 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).
>
> 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei n. 9.296/1996, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.
>
> 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.
>
> (HC 76.686/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 9.9.2008, DJe 10.11.2008)

Em boa hora, trago o dito pelo parecerista ministerial atuante perante esta Casa de Justiça (fl. 2.272):

> (...)
>
> Verificamos que a decisão de quebra do sigilo telemático não se lastreou nos requisitos de cautelaridade, sendo proferida com argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar amparo à quebra de sigilo telemático por um período tão extenso (2004 a 2014), configurando, inegavelmente, invasão da intimidade do ora paciente.
>
> (...)

Por fim, encontrando-se os co-investigados Charles Valdir Hass e Luciano Poglia em situação análoga à do paciente, cujos sigilos dos respectivos correios eletrônicos foram quebrados na decisão de 22.5.2014 pelo mesmo período constritivo (fls. 80/105), é possível a extensão dos efeitos da ordem.

Ante o exposto, *concedo* a ordem, com extensão a dois co-investigados, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante das decisões, datadas de 22.5.2014 e 11.6.2014, que determinaram o afastamento dos sigilos dos correios eletrônicos do paciente e dos dois co-investigados, nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado

do Rio Grande do Sul, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz:

I. Contextualização

Informam os autos que, no âmbito da Operação Revelação – cujo objetivo era apurar a prática dos crimes de falsidade ideológica, corrupção e peculato –, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul representou perante a Corte estadual pela interceptação das conversas telefônicas e telemáticas do paciente, Marcelo José da Costa Petry, que é promotor de justiça daquele órgão.

Em 22.5.2014, o Desembargador Relator da Medida Cautelar n. 70059867093, deferiu, entre outras diligências, a quebra do sigilo dos correios eletrônicos [...]@mp.rs.gov.br e [...]@hotmail.com. Em 10.6.2014, o *Parquet* estadual ajuizou nova representação, sustentando o conluio entre o paciente e João Vianei Rubin, então Prefeito do Município de Nonoai/RS, para praticar os crimes ambientais previstos nos arts. 44 e 67 da Lei n. 9.605/1998. E em 11.6.2014, o Desembargador relator autorizou a interceptação telemática postulada para abarcar também o e-mail [...]@hotmail.com.

As decisões autorizaram a interceptarão telemática dos três referidos endereços eletrônicos para englobar o período de janeiro de 2004 – ano em que teria havido o início das práticas ilícitas reportadas – até a data da efetivação da medida (junho de 2014).

Em 15.12.2014, o Ministério Público ofereceu *denúncia contra o paciente*, juntamente com outros três corréus, pela prática de *corrupção* – art. 333, parágrafo único, c.c. o art. 62, I, ambos do Código Penal.

Neste *mandamus*, o impetrante consigna que o lapso discriminado é excessivo e desarrazoado, a caracterizar indevida devassa na intimidade do acusado, *in verbis*: "o caso em exame denota gravidade ímpar, quiçá inédita na jurisprudência brasileira: o magistrado coator acolheu o inusitado pedido do Ministério Público para interceptar as comunicações telemáticas do paciente de forma retroativa no período de 10 anos anteriores às respectivas autorizações,

avalizando verdadeira devassa, uma abusiva bisbilhotice investigatória desprovida de justa causa" (fl. 6).

Pede seja "reconhecida a ilegalidade de duas decisões que autorizaram, de uma única vez, a quebra do sigilo telemático do paciente desde janeiro de 2004 até junho de 2014" (fl. 6). Confira-se:

> [...]
>
> (a) *em sede de liminar*, seja determinado, à autoridade coatora
>
> (a.1) que se abstenha de permitir o uso de qualquer interceptação telemática autorizada na Medida Cautelar n. 70059867093;
>
> (a.2) que expeça ofício ao Ministério Público do Rio Grande do Sul a fim de que todas as comunicações telemáticas do paciente sejam lacradas e imediatamente encaminhadas ao TJRS, assim permanecendo até o julgamento do mérito do presente *writ*; e
>
> (a.3) que suspenda o andamento da ação penal proposta na denúncia oferecida em apenso aos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 até o julgamento do mérito do presente *writ*.
>
> (b) *no mérito*, a concessão do *habeas corpus* para que seja reconhecida a nulidade das decisões datadas de 22.5.2014 e de 11.6.2014 proferidas nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 no que se refere à quebra do sigilo telemático das contas de e-mail [...] pelo prazo retroativo e ininterrupto de mais de dez anos, haja vista a flagrante ofensa ao que dispõe o artigo 5º, XII, da CF/1988, e os artigos 1º, parágrafo único, e 5º, *caput*, ambos da Lei n. 9.296/1996. [...]

Indeferida a liminar e prestadas as informações de fls. 2.228-2.266, foram os autos enviados ao Ministério Público Federal, que, em parecer do Subprocurador-Geral da República Mário Pimentel Albuquerque, oficiou pela concessão de ordem de ofício, "tão somente para determinar que o Tribunal de origem apresente fundamentação idônea quanto à necessidade da quebra de sigilo telemático do paciente" (fls. 2.270-2.274).

Manifestou-se a Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul às fls. 2.286-2.351, colhendo-se resposta da defesa às fls. 2.355/2.359.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora, considerando o fato de a constrição da comunicação eletrônica ter abrangido período superior a dez anos, de 2004 a 2014, "sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade", *concedeu a ordem*, "a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios

eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida".

Pedi vista dos autos, para sua melhor análise.

II. A discussão do caso nas instâncias ordinárias

O *Parquet* estadual, às fls. 10-78, *após discorrer minudentemente sobre os fatos imputados aos acusados*, requereu, perante a autoridade judiciária competente, o afastamento do sigilo de registros telefônicos (dados externos e de conteúdo), de dados telemáticos, bancário, fiscal, bursátil e do mercado segurador.

O Desembargador relator do feito deferiu o pedido nos seguintes termos:

> Vistos.
>
> Requer o Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições, o deferimento de medidas cautelares de *interceptação telefônica e telemática, afastamento do sigilo bancário, fiscal, bursátil, de dados telefônicos e do Mercado Segurador*, além de *busca e apreensão* em diversos locais.
>
> São investigados no procedimento, pela suposta prática de diversos crimes, todos punidos com pena de reclusão, *Marcelo José da Costa Petry* (Promotor de Justiça), *Luciano Poglia* (Assistente da Promotoria de Justiça), *Charles Valdir Hass* (Comerciante), *Wilmar Gobbi*, *Arcildo Zuge* e *Gérson Corrêa de Mello* (os dois últimos Policiais Militares).
>
> ***O pleito ministerial***, *da lavra do insigne Procurador-Geral de Justiça*, ***é muito bem fundamentado e narra de forma minuciosa os fatos, com a participação de cada um dos agentes, tendo sido instruído com diversos documentos e oitiva de testemunhas, que confirmam a possível ocorrência da prática de crimes gravíssimos (corrupção passiva e ativa, peculato e falsidade ideológica)***, *havendo razoáveis indícios de autoria ou participação de todos os investigados nas infrações penais*.
>
> Segundo consta da inicial e demais documentos, em que se baseia a fundamentação da presente decisão, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, exercendo as funções na Comarca de Nonoai, teria estabelecido relações próximas com *Charles Valdir Hass* pequeno comerciante e Presidente da CONSEPRO. *Arcil Zuge*, Policial Militar Rodoviário Estadual, *Gerson Corrêa de Mello*, Policial Militar então Comandante da Unidade da Brigada Militar no município, e *Luciano Poglia* servidor do Ministério Público, dando inicio a uma série de possíveis infrações penais, dentre as quais destaco
>
> Primeiramente, Marcelo teria se associado a Charles Hass, tornando-se sócio de fato em diversos empreendimentos. Posteriormente, *teria passado a desenvolver a atividade empresarial se valendo do cargo de Promotor de Justiça*, inclusive,

iludindo e convencendo pessoas a ceder aos seus propósitos comerciais. *Vários depoimentos, colhidos no procedimento investigatóno e destacados na inicial, dão indícios dessa prática* (fls. 4 a 9).

Há fortes indícios, também, da prática do crime de falsidade ideológica, porquanto, segundo a investigação, o promotor *Marcelo* e *Luciano Poglia*, assistente da Promotoria, em acordo de vontades e unidade de desígnios, *teriam, diversas vezes, inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta* produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental. Para tal, policiais militares realizavam fiscalizações ambientais *Após a identificação de eventuais infratores* ***Luciano Poglia***, *com a anuência de* ***Marcelo*** *os notificava. Nas datas aprazadas*, ***Luciano Poglia***, *na Promotoria Justiça de Nonoai, teria presidido, de fato, as audiências* com as apontadas pelos órgãos responsáveis como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, proposto acordos, estabelecido condições e filiado *Termo de Ajustamento de Conduta com os notificados sem a presença do Promotor de Justiça* ***Marcelo***, mas inserido nos documentos que este presidiu todos os atos. A declarações de fls. 10 a 15 revelam indícios suficientes dessa prática.

As quantias acordadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) seriam sempre destinadas ao CONSEPRO, que era dirigido pelo investigado *Charles Hass* Nesse aspecto, os TAC's *beneficiariam* ***Charles*** *e* ***Marcelo***, *irrigando as contas da CONSEPRO*.

Fato que chama a atenção, é o expediente instaurado contra *Wilmar Gobbi*, havendo fortes indícios da ocorrência dos crimes de falsidade ideológica e corrupção. Segundo aponta o Ministério Público: [...]

Outros fatos envolvendo a possível prática dos crimes de peculato e corrupção (fls. 49), dizem respeito ao ajuste que Marcelo teria feito com Arcildo Zuge (policial), ocasião que teriam usado, por várias vezes, o posto da Policia Rodoviária Estadual, onde este último trabalhava, para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos. *Marcelo* ainda teria acordado com *Gerson Corrêa de Mello*, comandante da unidade local da Brigada Militar, e com *Charles Valdir Hass*, seu sócio de fato e dirigente do CONSEPRO, de participarem das abordagens e das apreensões das mercadorias. *Marcelo*, *Arcildo Zuge*, *Gerson Corrêa de Mello* e *Charles Valdir Hass*, este inclusive usando colete do Ministério Público e arma, teriam *realizado diversas abordagens de veículos no posto policial rodoviário estadual e apreendido mercadorias, que teriam sido levadas para depósitos pertencentes a* ***Charles Valdir Hass*** *e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio*.

Menciona o Procurador-Geral de Justiça, que os *sinais exteriores de riqueza de* ***Marcelo José da Costa Petry*** *e* ***Charles Valdir Hass*** *no período em análise respaldariam os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita em função do exercício do cargo de Promotor de Justiça pelo primeiro*, pois teria havido aparente evolução patrimonial, de forma rápida e incompatível com os rendimentos ordinários e formais dos investigados.

Como se vê, ***os fatos investigados são gravíssimos, apontando o Procurador-Geral de Justiça dificuldades para apuração dos supostos crimes, o que toma, ao meu ver, imprescindível o deferimento das medidas cautelares requeridas***. *Assim mencionou*:

> *A coleta da prova com efetividade, porém, esbarra objetivamente em* ***diversos obstáculos***:
>
> *a)* ***os Termos de Audiência e de Ajustamento de Conduta*** *em que* ***Luciano Poglia***, *por orientação e acordado com* ***Marcelo José da Costa Petry***, *teria apresentado propostas e logrado destinar valores ao CONSEPRO*, ***estão armazenados na Promotoria de Justiça de Nonoai***, *local onde* ***Luciano Poglia*** *ainda trabalha e, por conseguinte, aos documentos tem acesso*;
>
> *b)* ***os procedimentos criminais decorrentes de apreensão de mercadorias transportadas irregularmente***, *e em que houve Transação Penal,* ***estão depositados no prédio do Foro de Nonoai,*** *RS, o que implica dizer que a presença ou qualquer solicitação dos investigadores em uma comunidade pequena como aquela ensejará sérios riscos de que os investigados tomem ciência antecipada da apuração e prejudiquem a coleta dos elementos de convicção*;
>
> *c)* ***documentos de prestação de contas do CONSEPRO, outros dados relevantes e informações*** *sobre a destinação dos recursos recebidos pela Entidade, geralmente* ***são acautelados de forma provisória***, *com o Presidente, face à inexistência de sede própria e ao rodízio na Presidência*;
>
> *d)* ***Charles Valdir Hass*** *foi presidente do CONSEPRO, e* ***qualquer solicitação dos documentos de prestação de contas da entidade***, *de outros dados relevantes, que eventualmente ficaram sob a guarda do investigado, e de informações sobre a destinação dos recursos recebidos para apurar eventual desvio e atuação previamente concertada, entre os requeridos,* ***também o alertará da investigação e lhe permitirá a oportunidade de eliminar os elementos de convicção*** *que o comprometam*;
>
> *e) a mesma situação do item "c" se aplica a* ***Marcelo José da Costa Petry*** *e a* ***Luciano Poglia***, *no caso de eventualmente possuírem algum material que os comprometa penalmente a partir das suas atuações nos procedimentos administrativos que tramitaram na Promotoria de Justiça de Nonoai*;
>
> *f) a utilização por* ***Charles Valdir Hass*** *de interposta pessoa – no caso* ***Marcos Cezar Carabaglialle*** *e sua empresa* ***Naturallis – Consultoria Ambiental Ltda*** *que, diga-se de passagem, coincidentemente, em trabalho reatado, forneceu o mesmo endereço e telefone da empresa de* ***Charles Valdir Hass*** *(fls. 1.707/1.719 do PIC 02/2012) -* ***Documento*** *25 - para apresentar projetos e executa-los nos procedimentos administrativos instaurados pelo sócio* ***Marcelo Josê da Costa Petry*** *a fim de apurar infração ambiental. [...]*

> Portanto, com base nas informações e documentos trazidos, tenho que as ***medidas postuladas revelam-se imprescindíveis à investigação*** principalmente quando se busca apurar a práticas dos delitos de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e falsidade ideológica - todos apenados com pena de reclusão.
>
> *Assim, defiro o pedido, nos moldes postulados*: [...]
>
> *Afastamento de Sigilo Telemático*
>
> 1) *Defiro a quebra de sigilo telemático* dos investigados Marcelo José da Costa Petry, Charles Valdir Hass e Luciano Poglia;
>
> 2) *Defiro a interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias* a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.
>
> Investigado Marcelo José da Costa Petry [...]
>
> 3) *Determino que o respectivo Provedor de e-mail - no prazo máximo de 10 (dez) dias -* ***encaminhe o conteúdo das comunicações ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida (replicação)****, da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br*.
>
> 4) Expeçam-se os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias. [...] (fls. 80-97) (Destaquei).

O *Parquet* estadual, posteriormente, postulou a quebra do sigilo de outros correios eletrônicos, no que foi atendido pelo Desembargador relator (fls. 126-134).

III. Proteção legal do sigilo das comunicações

O sigilo das comunicações é protegido constitucionalmente (art. 5º, XII, CF) e o sigilo das comunicações na internet, especificamente, no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que estabeleceu, como valor fundamental, entre outros, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas. A Lei n. 9.296/1996, nos termos do § 1º do art. 1º, prevê a sua aplicação à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Com a evolução das comunicações eletrônicas, a doutrina, nacional e estrangeira, questiona se "o correio eletrônico deve ser equiparado à

correspondência postal ou, diferentemente, deve ser equiparado às comunicações efectuadas por telefone" (RODRIGUES, Benjamim Silva. *A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 108). A importância do tema está no fato de que, "para sabermos qual o regime jurídico-processual penal a aplicar às comunicações eletrônicas, nomeadamente as levadas a cabo por correio eletrônico, urge delimitar a verdadeira natureza das comunicações eletrônicas" (RODRIGUES, Benjamim Silva. *op. cit.*, p. 108).

Essa dúvida quanto ao regime jurídico a aplicar decorre do fato de a internet permitir não só a comunicação escrita, como a oral, em tempo real. Por isso, vários são os autores, coo os retrocitados, que defendem a necessidade de criar, *ex novo*, um regime específico para as comunicações eletrônicas.

IV. Subsunção dos fatos descritos na impetração à Lei n. 9.296/1996: interceptação ou busca e apreensão?

No caso vertente, a defesa alega a ocorrência de constrangimento ilegal em decorrência de "interceptação telemática pelo prazo ininterrupto e retroativo de mais de dez anos" (fl. 2), esclarecendo que "o diploma legal estabelece o prazo para a adoção da medida de interceptação telefônica/telemática. A propósito, veja-se o disposto no artigo 5º da Lei: [...] 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" (fl. 4, destaques no original).

O verbo *interceptar* tem por sentido, segundo o Dicionário Houaiss, "interromper o curso de; captar ou apreender". Antônio Geraldo da Cunha (*Dicionário Etimológico da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982) esclarece que interceptar, de *intercepto*, cujo étimo é o latim *capere*, significa tomar, captar. O *Dicionário Brasileiro Globo* (44. ed. São Paulo: Globo, 1996, p. 358) define o seu significado como "interromper no seu curso, reter ou deter o que era destinado a outrem".

No mesmo sentido se alinham diversos juristas. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, entende que, no que se refere ao art. 10 da Lei n. 9.296/1996, a palavra interceptar tem o significado de "captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação *enquanto ela está acontecendo*" (GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296/1996. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 24).

Grinover, Fernandes e Gomes Filho também dão o mesmo sentido à referida palavra, *in verbis*:

> O que importa salientar, dado o diverso tratamento conferido às interceptações (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve; até porque, etimologicamente (de *inter capio*), *interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa* dos outros. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175)

À evidência, portanto, *não é de interceptação* de conversas telefônicas ou telemáticas *que cuidam os autos*.

O *Parquet* estadual pediu – no que foi atendido pelo Desembargador relator da Medida Cautelar n. 0179272-56.2014.8.21.7000 – fosse "determinado ao respectivo Provedor de e-mail que – no prazo máximo de 10 (dez) dias – [encaminhasse] o *conteúdo das comunicações ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida* (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br" (fl. 70).

De fato, *cuida-se de* ***quebra de sigilo*** de comunicações telemáticas, ***mas não de interceptação***, porque a sua ***captação não era atual*** – afinal, elas *não* foram colhidas durante o seu percurso –, e, sim, referente a *arquivos das mensagens existentes* no período de 1º.1.2004 até a data de efetivação da medida [junho de 2014]. Demonstra-o, aliás, o próprio ato decisório, em cujos itens 1 e 2 diferenciam a decisão de deferir a "*quebra de sigilo telemático*" da "*interceptação dos e-mails* abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias ..."

Ou seja, embora não se tenha assim nominado o pedido, quanto às mensagens armazenadas pelo provedor da web, a medida implementada judicialmente, e que ora se hostiliza neste *writ*, *muito mais se aproxima, na sua essência, à busca e apreensão* de documentos virtualmente armazenados em provedor de internet, devendo, pois, regular-se pelo disposto no art. 240 do Código de Processo Penal:

> Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
>
> § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

> [...] *f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato*; [...]

V. Idoneidade da fundamentação da medida

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, ao discorrerem sobre os requisitos da *busca e apreensão*, alertam que, dada a sua natureza de *providência cautelar*, são exigidos para sua perfeita efetivação os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, "com base em elementos concretos, justificadores da suspeita razoável de ser a medida necessária para a apreensão de fatos relevantes da causa" (*As nulidades no Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 163-164).

Decerto que a quebra do sigilo de comunicações de um cidadão importa em sacrifício à sua intimidade e que muitos estados têm usado esse meio de obtenção de provas de forma geral e irrestrita, em resposta à criminalidade mais sofisticada ou ao terrorismo. *Mas não me parece ser esse o caso dos autos, como será demonstrado adiante*.

O que demanda exame, ao escopo de aferir a legalidade da medida cautelar, é se a autoridade judicial fundamentou devidamente sua decisão, apontando *o periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, nos limites que a proporcionalidade e a razoabilidade impõem, ante as peculiaridades do caso.

V.1. Fundamentação e fatos concretos atribuídos ao paciente

A Ministra Relatora, ao apresentar seu substancioso voto, *aduz não ter havido fundamentação* quanto à *necessidade* da medida de quebra do sigilo telemático do paciente, asserindo, como já destacado, que a decisão judicial foi prolatada "sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade",

Com meu costumeiro respeito, *o conteúdo do processo mostra, neste particular*, ***realidade totalmente diferente à que foi traduzida no voto de Sua Excelência***. Em verdade, *a fundamentação no ato hostilizado se mostra induvidosamente presente*. Senão vejamos:

Vejamos.

O Desembargador relator, na decisão de fls. 80-105, especificamente nas fls. 80-84 *esmiuçou os fatos imputados ao paciente*.

Salientou que o pedido ministerial, da lavra do Procurador-Geral de Justiça, havia sido *muito bem fundamentado*, pois narrava "***de forma minuciosa os fatos, com a participação de cada um dos agentes***, tendo sido instruído com diversos documentos e oitiva de testemunhas, que confirmam a possível ocorrência da prática de crimes gravíssimos (corrupção passiva e ativa, peculato e falsidade ideológica), havendo razoáveis indícios de autoria ou participação de todos os investigados nas infrações penais".

Discorreu sobre as relações próximas entre o paciente e Charles Valdir Hass, Arcil Zuge, Gerson Corrêa de Mello e Luciano Poglia, destacando a associação com Charles Hass em diversos empreendimentos, se valendo do cargo de Promotor de Justiça, iludindo e convencendo pessoas a ceder aos seus propósitos comerciais, *tudo instruído com vários depoimentos*.

Relatou que o paciente e o assistente da Promotoria, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam, diversas vezes, inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental, *a fim de perceber, indiretamente, as quantias acordadas* nos Termos de Ajustamento de Conduta.

Narrou a prática dos crimes de peculato e corrupção do paciente com Arcildo Zuge, ocasião que teriam usado, por várias vezes, o posto da Policia Rodoviária Estadual, para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos, que "teriam sido levados para depósitos pertencentes a Charles Valdir Hass e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio".

Mencionou os sinais exteriores de riqueza do paciente e Charles Valdir Hass a respaldar os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita, de forma rápida e *incompatível com os rendimentos ordinários e formais dos investigados*.

V.2. Fundamentação quanto à imprescindibilidade da medida

Também não compartilho da opinião da Ministra Relatora, quando afirma não ter havido motivação do ato judicial sobre a *necessidade da medida* de quebra do sigilo das comunicações telemáticas do paciente.

A fundamentação, quanto a isso, é igualmente explícita e idônea.

Com efeito, o Desembargador relator, ***em decisão de 25 laudas*** (fls. 80-105), ***esclareceu, especificamente às fls. 84/85 – em que transcreveu e incorporou ao decisum o arrazoado ministerial –, o porquê de ser imprescindível o deferimento das medidas cautelares*** requeridas, *in verbis*:

> [...] *Como se vê, os fatos investigados são gravíssimos,* ***apontando o Procurador-Geral de Justiça dificuldades para apuração dos supostos crimes, o que toma****, ao meu ver,* ***imprescindível*** *o deferimento das medidas cautelares requeridas. Assim mencionou*:
>
> > A coleta da prova com efetividade, porém, esbarra objetivamente em diversos obstáculos:
> >
> > a) os Termos de Audiência e de Ajustamento de Conduta em que *Luciano Poglia*, por orientação e acordado com *Marcelo José da Costa Petry*, teria apresentado propostas e logrado destinar valores ao CONSEPRO, estão armazenados na Promotoria de Justiça de Nonoai, local onde *Luciano Poglia* ainda trabalha e, por conseguinte, aos documentos tem acesso;
> >
> > b) os procedimentos criminais decorrentes de apreensão de mercadorias transportadas irregularmente, e em que houve Transação Penal, estão depositados no prédio do Foro de Nonoai, RS, o que implica dizer que a presença ou qualquer solicitação dos investigadores em uma comunidade pequena como aquela ensejará sérios riscos de que os investigados tomem ciência antecipada da apuração e prejudiquem a coleta dos elementos de convicção;
> >
> > c) documentos de prestação de contas do CONSEPRO, outros dados relevantes e informações sobre a destinação dos recursos recebidos pela Entidade, geralmente são acautelados de forma provisória, com o Presidente, face à inexistência de sede própria e ao rodízio na Presidência;
> >
> > d) *Charles Valdir Hass* foi presidente do CONSEPRO, e qualquer solicitação dos documentos de prestação de contas da entidade, de outros dados relevantes, que eventualmente ficaram sob a guarda do investigado, e de informações sobre a destinação dos recursos recebidos para apurar eventual desvio e atuação previamente concertada, entre os requeridos, também o alertará da investigação e lhe permitirá a oportunidade de eliminaar os elementos de convicção que o comprometam;
> >
> > e) a mesma situação do item "c" se aplica a *Marcelo José da Costa Petry* e a *Luciano Poglia*, no caso de eventualmente possuírem algum material que os comprometa penalmente a partir das suas atuações nos procedimentos administrativos que tramitaram na Promotoria de Justiça de Nonoai;
> >
> > f) a utilização por *Charles Valdir Hass* de interposta pessoa – no caso *Marcos Cezar Carabaglialle* e sua empresa *Naturallis – Consultoria Ambiental*

> *Ltda* que, diga-se de passagem, coincidentemente, em trabalho reatado, forneceu o mesmo endereço e telefone da empresa de *Charles Valdir Hass* (fls. 1.707/1.719 do PIC 02/2012) - *Documento* 25 - para apresentar projetos e executa-los nos procedimentos administrativos instaurados pelo sócio *Marcelo José da Costa Petry* a fim de apurar infração ambiental. [...] (fls. 84-85)

Faço observar que esse longo e relevante trecho da decisão judicial não constou da transcrição do voto da Ministra Relatora, embora tenha integrado a transcrição da representação do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, linhas antes.

Saliento que, *a par da explícita fundamentação constante* – como visto – *do voto* do Desembargador-Relator da providência cautelar requerida pelo Ministério Público, *a representação a que a decisão judicial faz expressa alusão*, *contém 9 itens* (letras *a* a *i* - fls. 57-60), cada qual contendo, em detalhes, *os motivos pelos quais era indispensável a utilização de outros meios*, além dos que já haviam sido empregados – basicamente com o depoimento de diversas testemunhas – para a *obtenção de prova documental*, mais imune, portanto, a questionamentos, *acerca das inúmeras ilicitudes penais* atribuídas ao paciente.

Há, pois, *um capítulo inteiro da representação* do Ministério Público, intitulado *das dificuldades de apuração dos fatos de corrupção ativa e passiva, peculato e falsidade ideológica, necessidade de utilização de outras ferramentas de investigação, necessidade de sigilo da investigação*, de modo que ***soa absolutamente fora do contexto fático constante dos autos afirmar que a decisão judicial*** – *que, insisto, apoia-se expressamente na representação ministerial* – ***não indica os fundamentos*** *necessários para autorizar as providências cautelares* hostilizadas neste *writ*.

V.3. Proporcionalidade da medida cautelar

A proporcionalidade é intrínseca à própria narrativa da autoridade judicial, ao deferir *medida cautelar com o objetivo de carrear provas de crimes aparentemente cometidos em interregno que supera 10 anos*.

Forçoso concluir pela proporcionalidade da medida, haja vista que *os únicos dados* – de acordo com a justificativa judicial apresentada, com apoio no que asseriu o representante do Ministério Público – *que poderiam documentalmente comprovar crimes tão antigos, que se prolongaram por tempo demasiado,* ***eram os dados contemporâneos aos atos ilícitos****, i.e., os constantes de correspondências arquivadas por provedores de internet entre 2004 e 2014*.

A Ministra relatora afirmou que, "no tocante à providência cautelar prévia, ao necessitar o Estado de dispor do método constritivo dos direitos individuais, deve-se ter em voga a razoabilidade do período de constrição, atribuindo-se racionalidade ao próprio Estado Democrático de Direito, ao albergar valores subjacentes da justiça, obstando-se, desse modo, o arbítrio descomedido".

Perfeito o posicionamento, o qual subscrevo. E é precisamente a hipótese ora em exame, porquanto, *justamente pelos atos delitivos haverem se protraído ao longo de 10 anos*, não diviso outro modo de obter a prova documental desses atos que não por meio da questionada intervenção cautelar probatória, por todo o período que teria perdurado o comportamento criminoso imputado ao Promotor de Justiça.

Impõe não desconsiderar *as dificuldades de obtenção de provas* relativas a atos de *agente político que, em tese, possui todas as possibilidades* para, num piscar de olhos, eliminar qualquer vestígio de seus atos, *pelo ilimitado acesso e pela disponibilidade que naturalmente detém sobre o escritório da promotoria, conforme bem evidenciado nas razões do pedido ministerial, acolhidas expressamente pelo Desembargador estadual*.

Destaco, a propósito, específico trecho da representação – integralmente transcrita e *adotada* per relationem *na decisão* da autoridade judiciária competente – em que se afirma:

> Some-se a isso que o afastamentodo sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador são *imprescindíveis para apuração da verdade real e, no momento, capazes de elucidar os fatos em sua plenitude e estabelecer os vínculos* entre os requeridos *Marcelo José da Costa Petry*, *Charles Valdir Hass*, *Luciano Poglia* e *Wilmar Gobbi* e provar os crimes atribuídos aos investigados.
>
> Ainda *é importante estabelecer os vínculos entre* ***Luciano Poglia***, ***Marcelo José da Costa Petry*** *e* ***Charles Valdir Hass*** *com terceiras pessoas*, envolvidas em ilícitos e, especialmente, *provar que, nos dias das audiências na Promotoria de Justiça de Nonoai, o Promotor de Justiça sequer estava na cidade e no prédio da Instituição e os atos formais foram presididos e conduzidos pelo servidor do Ministério Público*, com apoio e colaboração criminosa de *Charles Valdir Hass* e *Marcelo José da Costa Petry*, constituindo a *quebra de sigilo de dados telefônicos em o instrumento adequado para esse desiderato.*
>
> As mesmas providências mostram-se relevantes para *analisar a como e de que forma* ***Gerson Correa de Mello*** *e* ***Arcildo Zuge*** *estavam articulados com* ***Marcelo José da Costa Petry*** *e* ***Charles Valdir Hass*** *nas abordagens e apreensão de mercadorias irregulares e/ou ilícitas.*

> Enfim, a utilização excepcional dessas medidas e ferramentas de investigação (busca e apreensão, interceptação telefônica e telemática, afastamento do sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador) viabilizará a coleta e a preservação da prova, análise de vínculos entre as partes, a *contextualização de diálogos e textos com atuações processuais e administrativas, a compreensão da movimentação financeira dos investigados e do CONSEPRO, do acréscimo patrimonial sem lastro* e eventualmente do uso de bolsa de valores para aplicação de dinheiro mal havido. (fls. 86/87)

Vejam, eminentes pares, o quão justificadas foram as medidas cautelares questionadas. Digo que *poucas vezes vi, em processos submetidos a julgamentos desta Corte, explicações tão convincentes acerca da necessidade das providências sob exame*. Amiúde nos deparamos, *v.g.*, com interceptações telefônicas em que quase nada se diz sobre a sua indispensabilidade e sobre a inexistência de outros meios menos invasivos a adotar. No caso presente, *fez-se toda uma análise inicial sobre os indícios de autoria delitiva*, reportando-se aos depoimentos colhidos durante a investigação *para, em seguida, apresentar os motivos pelos quais seria necessário a quebra dos sigilos* de dados telefônicos e telemáticos, sobretudo para estabelecer os vínculos subjetivos que comprovariam, definitivamente, as práticas ilícitas noticiadas.

V.4. Razoabilidade da apreensão de correspondências eletrônicas contemporâneas aos noticiados fatos ilícitos

Não se me afigura justificável que, em investigação de delitos de corrupção e peculato, a justiça criminal seja refratária à obtenção de provas mais confiáveis do que a testemunhal, sempre sujeita a subjetivismos e incertezas.

O que haveria de ilegal em se buscar e apreender o registro escrito de mensagens eletrônicas havidas no passado, se são elas, supostamente, a materialização dos vínculos e das condutas ilícitas investigadas?

É inusitado observar que *não se questiona a busca e apreensão de* "*documentos, livros contáveis, equipamentos de informática (desktops, notebooks, netbooks e tablets), mídias eletrônicas (CDs, DVDs, pndrives e HDs externos e internos) e outros elementos de convicção que possam ter vinculação com a presente investigação*" (fl. 87), mas se acoima de ilegal a obtenção das mensagens eletrônicas armazenadas nesses mesmos computadores e mídias.

Onde residiria, essencialmente, a diferença entre apreender correspondências ou mensagens copiadas em mídias eletrônicas e apreendê-las em caixas virtuais de servidor da internet?

E *o que é mais invasivo à intimidade de alguém: examinar todo o conteúdo de discos (HDs) de computadores, laptops, notebooks, tablets, pendrives*, de que pode resultar a visualização e coleta de fotografias, cartas, registros pessoais etc - bastando, para tanto, que se determine a busca e apreensão desses componentes de informática - *ou examinar apenas as correspondências eletrônicas* conservadas, tal qual se fosse um arquivo físico, nas caixas de mensagens (entrada, rascunho, lixeira, itens enviados e recebidos) do provedor de email?

Imagine-se, por hipótese, que todas essas correspondências houvessem sido impressas e guardadas em uma pasta. Não poderiam ser elas objeto de busca e apreensão, na forma legal prevista? Obviamente que poderiam. *Por que, então, reputar ilegal sua apreensão enquanto se encontram, virtualmente, armazenadas em um arquivo digital, em meio eletrônico*?

Se crimes objeto de qualquer investigação distam no tempo, onde haveria limitação - a não ser o prazo prescricional - para se buscarem as correspondentes evidências de seu cometimento? Na espécie, demonstrou-se, por depoimentos colhidos nos autos, que os *ilícitos poderiam ter sido perpetrados a partir do ano de 2004*, repetindo-se ao longo do tempo em que o referido promotor de justiça esteve lotado no município de Nonoai (RS). Logo, nada mais lógico e natural que se busquem provas contemporâneas às práticas delitivas.

Não vejo a decantada irrazoabilidade na pretensão de buscar-se, *em passado contemporâneo aos fatos criminosos imputados ao paciente* provas documentais consubstanciadas em correspondências virtuais. A esse respeito Benjamim Silva Rodrigues, ao analisar o *princípio da proibição de excesso em matéria de sigilo de correspondência*, lembra que a observância dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade da medida, que autoriza a sua apreensão, implica que o *direito fundamental ao segredo seja limitado de acordo com o necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*.

Aduz que, "no que respeita à necessidade da medida, no seguimento da *Jurisprudência do Tribunal Europeu, tem-se entendido, sobretudo em matéria de intervenção telefônica, mas com igual validade para as medidas de apreensão de correspondência*, que a ingerência pela autoridade pública tem de constituir uma medida adequada e tolerada numa sociedade democrática e, por outro lado, necessária para a defesa da segurança pública, ordem e prevenção dos crimes, para a protecção dos direitos e liberdades fundamentais" (SILVA RODRIGUES, Benjamim. *A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 60-61).

Enfatiza que "[se] deve entender que a apreensão e abertura da correspondência é o único meio para descobrir a existência do crime e os seus elementos constitutivos ou, no mínimo, porque se trata do meio de obtenção de prova menos lesivo e invasivo dos direitos fundamentais envolvidos. Por outro lado, é inerente à idéia de necessidade o facto de só esse meio dar garantias de se atingir o desiderato último da investigação criminal" (*Ibidem*, p. 61).

Por fim, entende – e aqui, certamente, *o correio eletrônico tem similaridade com a correspondência e não com a comunicação de voz* – que, em matéria da fixação do prazo, "*coloca-se de forma distinta daquilo que ocorre em matéria de intercepção e gravação de comunicações telefônicas e outras a elas equiparadas*. De facto, *importa distinguir as diligências que se esgotam com a simples apreensão ou captação da comunicação concreta, pois, relativamente a essas, tornar-se-á desnecessário fixar qualquer prazo*" (*Ibidem*, p. 62 - destaques não originais).

Tais conclusões afastam, a meu sentir, a incidência dos limites temporais estabelecidos na Lei n. 9.296/1996 para as conversas telefônicas, que, como salientado, *se diferenciam sobremodo das correspondências por email já realizadas*, nas quais não há mais "comunicação de voz", *diferenciando-se das correspondências em geral apenas porque chegam ao destinatário não por meio físico, mas virtual*.

V. 5. Direito à prova

Vejo, assim, com preocupação a *possível obstrução a que o titular da ação penal*, por meio do devido processo legal – decisão, suficientemente motivada, de autoridade judiciária competente – *produza prova sobre os fatos que legitimamente investiga. Como salientado por Pierobom de Ávila*,

> Assentado o pressuposto do princípio da busca da verdade, uma verdade processualmente limitada, mas teleologicamente dirigida a uma maior aproximação possível com a realidade dos fatos submetidos à apreciação judicial, decorre a consequência de que as partes envolvidas no litígio devem ter o direito de produzir as provas necessárias a influenciar a formação da convicção do juiz. (...) *O direito de acesso ao Poder Judiciário, expresso no direito de ação e de defesa, traz implícito em si o direito à prova como direito à prestação jurisdicional justa, adequada aos fatos objeto do litígio* (PIEROBOM DE ÁVILA, Tiago André. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87, destaquei)

Bem pontua referido autor, após destacar que a produção da prova pela defesa vem expressamente previsto no Pacto de São José da Costa Rica, que:

> *Além da defesa, não há dúvidas de que a acusação também possui um direito à produção da prova necessária à apuração dos fatos*. Segundo Magalhães Gomes Filho *[Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 84), não há razão para negar esse direito aos titulares da ação penal, pois [...] se a Constituição (art. 129, I) ou a lei (art. 30, CPP) lhes confere a iniciativa da persecução, obviamente também está lhes atribuindo os poderes de investigação em todas as atividades processuais, sobretudo aquelas destinadas à demonstração dos fatos em que se funda a acusação; outra coisa não se traduz dos princípios da igualdade e do contraditório (*op. cit*., p. 88, destaquei)

VI. Dever estatal de agir

O caso em exame diz respeito a acusações graves contra um membro do Ministério Público estadual. Uma autoridade a quem o sistema normativo nacional atribui poderes amplos de investigação, de promoção da ação penal pública, de postulação e de fiscalização sobre quase todos os setores da vida social, *máxime por se tratar de agente ministerial atuante em pequena cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul*, onde, notoriamente, sobrelevam a autoridade e o prestígio, perante a comunidade, de quem ostenta o honroso título de Promotor de Justiça.

As responsabilidades, em situação tal qual a narrada, são *diretamente proporcionais às prerrogativas e poderes que derivam do cargo*, quer por previsões legal (Lei Orgânica dos Ministérios Públicos estaduais) e constitucional (arts. 127 e seguintes da C.R. de 1988), quer pelas facilidades que uma autoridade dessa envergadura detém na condução de todas as questões de interesse da comunidade local.

Assim, é de compreender-se o empenho e a atenção dada ao caso pelos órgãos de cúpula do Ministério Público gaúcho. Acusações de corrupção, de peculato e de falsidade ideológica, supostamente praticadas no exercício do cargo e em razão dele, por quem jurou obediência às leis e à Constituição do país, atraem, naturalmente, todos os esforços tendentes a esclarecer os fatos, de modo a, se comprovados, punir os responsáveis, quer no âmbito funcional-disciplinar, quer no âmbito penal.

Agir de outro modo seria contraditório aos fins de uma República e frustraria as legítimas expectativas sociais em relação à Instituição justamente incumbida da persecução penal de autores de crimes em geral. Não esgotar todos os meios legais e legítimos de investigação quando o conjecturado autor

dos crimes é um fiscal da ordem jurídica é comprometer não apenas o nome da Instituição mas também a sua credibilidade.

Não condivido, assim, com o discurso que procura igualar uma determinação judicial expedida pela autoridade competente, exaustivamente motivada e apoiada em prévia investigação, a uma "devassa" ou a "bisbilhotice desprovida de justa causa", como, eloquentemente, asseveram os combativos e nobres impetrantes.

A bem da verdade, o STJ já assentou que, havendo a demonstração da necessidade da medida, deve ser autorizada a quebra do sigilo de dados armazenados em computador, como se depreende do REsp n. 625.214/SP, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 8.3.2007, no qual obtemperou, *in verbis*:

> [...]
>
> *In casu*, ao que se tem, a providência requerida pela Procuradoria da República, mostra-se imprescindível à devida elucidação dos fatos, mormente porque ante os elementos já coligidos nos autos estão presentes indícios da prática de crimes contra o sistema financeiro nacional.
>
> Com efeito, afora as irregularidades constatadas na ação falimentar - em que se declarou a falência da empresa Gallus Agropecuária Ltda, de propriedade dos ora recorridos, com a imputação, inclusive, de diversos crimes falimentares, tais como inexistência de livro obrigatório, escrituração atrasada, desvio de bens, omissão na escrituração e fraude falimentar -, a própria *notitia criminis* apresentada pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, apontando "*grande número de investidores lesados pelas atividades da sociedade gerida pelos apelados, havendo mais de 500 (quinhentos) protestos contra a Gallus Apropecuária Ltda.*" (fl. 729), *autorizam, por sem dúvida, a pleiteada quebra do sigilo dos dados insertos no computador dos investigados.*
>
> E não há falar, por outro lado, em ausência de fundamentação do requerimento de quebra de sigilo, que apontou existirem nos computadores apreendidos "*outras informações relevantes, às quais ainda não se teve acesso, por não ter sido efetuada a necessária perícia*" (fl. 391), sendo certo, ademais, que *não se pode furtar o* Parquet *de buscar os elementos de prova suficientes à formação de sua* opinio delicti, *ainda mais em casos tais como o dos autos*, em que se mostram fortes os indícios de crime contra o sistema financeiro nacional, tipificados nos artigos 1º e 16 da Lei n. 7.492/1986, consistentes na operação de instituição financeira sem a devida autorização do Banco Central, *sendo, pois, inadmissível que sob uma garantia individual prevista na Constituição da República permaneçam acobertados estes graves delitos*.

> *Gize-se, em remate, que não se está a pretender uma "devassa" na vida dos investigados, eis que se deixou bem certo na representação ministerial que a perícia está relacionada à apuração de crimes contra o sistema financeiro nacional*. [...] Destaquei.

Confira-se a sua ementa:

> Recurso especial. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Inquérito policial. Quebra de sigilos de dados em CPU de computador. Necessidade da medida demonstrada. Recurso parcialmente conhecido e provido.
>
> 1. A apreciação de violação de dispositivos constitucionais é matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial (artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal).
>
> 2. A proteção do sigilo de dados, ainda quando armazenados em computador, não tem caráter absoluto. Precedentes do STJ e do STF.
>
> 3. Havendo indícios da existência de crime, tanto quanto a demonstração da necessidade da medida, deve ser autorizada a quebra do sigilo de dados armazenados em computador.
>
> 4. Recurso parcialmente conhecido e provido.
>
> (*REsp n. 625.214/SP*, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, 6ª T., DJ 29.6.2007)

No mesmo sentido, o seguinte julgado do plenário do *Supremo Tribunal Federal*, exarado nos autos do RE n. 418.416 em 10.5.2006, em que o relator, Ministro *Sepúlveda Pertence*, *ressalta que "a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da* ***comunicação*** *'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador"*. Confira-se a sua ementa:

> (...)
>
> *IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso.*
>
> *1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.1994, Galvão, DJU 13.10.1995), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental.*
>
> *2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial.*

> *3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial".*
>
> *4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação "de dados" e não dos "dados em si mesmos", ainda quando armazenados em computador*. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.1995, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270).
>
> V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal).
>
> (*RE n. 418.416*, Rel. Ministro *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006)

V.6. Equilíbrio dos interesses subjacentes à persecução penal

Não implica isso afirmar que tudo o que se fizer ao propósito de apurar os fatos está legitimado. Não, *no processo penal os meios justificam os fins*, e não o contrário. É mister que o empenho acusatório e o controle jurisdicional se pautem, respectivamente, pela *objetividade da atuação do Ministério Público e pela imparcialidade judicial*, esta sindicável pela demonstração, em fundamentação idônea, de que a decisão judicial encontra lastro legal e que se compatibiliza com o juízo de proporcionalidade.

São, portanto, justos e legítimos os anseios por um *sistema de justiça criminal eficiente, célere*, que cumpra sua *função dúplice de proteção das liberdades públicas (de inocentes e culpados) e de responsabilização e punição apenas dos culpados*. Um sistema que consiga a conciliação entre eficiência e garantismo, sob a premissa de que é eficiente o sistema que, sem sacrificar o exercício dos direitos e garantias individuais, consiga atender aos interesses sociais reproduzidos em um processo penal. Em verdade, *no conflito entre o interesse estatal na punição dos culpados* (ius puniendi) *e o interesse individual na manutenção da liberdade* (ius libertatis), é o Estado mesmo que está obrigado a garantir ambas as metas apenas aparentemente opostas: assegurar a ordem e a segurança públicas e defender a liberdade (em sentido lato) do indivíduo.

É mister, nesse particular, pontuar que a *dimensão dos direitos fundamentais* inerentes à persecução penal *não se esgota no dever estatal de proteção do acusado*, em geral consubstanciado nos direitos e garantias individuais a que aludem vários dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal. Inserem-se nesse

preceito constitucional outros mandamentos endereçados ao Estado, que podem, eventualmente, resultar na restrição das liberdades públicas, em nome de bens e interesses também protegidos pelo poder estatal, por igualmente interessarem à comunidade.

Essa, aliás, seria a função mais importante do Direito Penal (*lato sensu*) no entender de Luigi FERRAJOLI (*Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 270), que identifica na proibição e na ameaça penais o meio legítimo para proteger os possíveis ofendidos contra os delitos, e no julgamento e inflição de pena, o instrumento de proteção dos réus (e dos inocentes suspeitos) contra vinganças e outras reações, formais ou não, mais severas.

Em igual direção se posiciona Claus ROXIN (*Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 76), ao asseverar que "o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo".

É dizer, quando o Estado adota medida coativa em desfavor do acusado, não se está a negar a proteção de que este goza como sujeito passivo da persecução penal. No dizer de V. GREVI (*Alla ricerca di un processo penale "giusto"*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13), a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo.

Daí o porquê de ter-se uma *perspectiva objetiva dos direitos fundamentais*, que não somente autoriza eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também implica a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – *preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito* – os quais passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146).

Por consequência, ao Estado-juiz, como órgão responsável pela jurisdição penal, caberá apreciar qual dos interesses aparentemente contrapostos, o poder punitivo ou o poder de coerção, de um lado, e o direito à liberdade, de outro, há de prevalecer na situação concreta que lhe é colocada a decidir. É dizer, *será tanto*

ilegítima a omissão estatal do dever de proteção da sociedade, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, quanto o excesso eventualmente cometido em desfavor do imputado, ao argumento de ser devida a proteção penal efetiva de toda a coletividade.

Em contraponto, dessarte, à *proibição de excesso* dos órgãos e agentes estatais em relação ao indivíduo a quem se imputa a prática de infração penal – releva também dar igual importância à *proibição de proteção insuficiente* de toda a coletividade, pelo mesmo Estado (STRECK. Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.* Revista da AJURIS, ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180), porquanto ainda na linha do constitucionalista gaúcho, que alude ao ensinamento de João Baptista Machado (*Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra Editora, 1998), "*a ideia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos*" (p. 180).

VI. Conclusão

À vista dessas considerações, Senhor Presidente e eminentes pares, por não identificar ilegalidade no ato judicial objeto da impetração, peço vênia para divergir do voto da Ministra Relatora e, por conseguinte, não conhecer do *writ*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: O cerne da questão diz respeito à possibilidade de a autoridade coatora ter determinado a quebra do sigilo telemático do paciente de forma retroativa, atingindo os últimos dez anos.

Não nego que o requerimento apresentado pelo Ministério Público estadual, acolhido pela autoridade coatora de forma expressa, inclusive com a reprodução de diversos trechos, apresentou indícios concretos de autoria e materialidade e razões suficientes para as quebras de sigilo autorizadas (telefônico, telemático, bancário, fiscal e outros), bem como para as buscas e apreensão.

Porém, chama a minha atenção a questão específica tratada na presente impetração: a quebra, ou no dizer do Ministro Schietti, a busca e apreensão de *e-mails* presentes na caixa postal do paciente nos últimos dez anos. Não vi – li e reli os pedidos formulados pelo Ministério Público estadual e a decisão impugnada – nenhuma justificativa para esse lapso temporal. Por que dez anos?

Por que não cinco? Por que não três? Tal explicitação parece-me importante, até porque vários dos fatos denunciados e em apuração são recentes, sendo desnecessário, aparentemente, que a investigação retroaja a dez anos atrás. A ausência de justificativa, tanto no pedido formulado pelo *Parquet* estadual quanto na decisão, para uma medida aparentemente desproporcional e incomum faz-me acompanhar a eminente Relatora.

Concedo a ordem, com extensão aos coinvestigados.

HABEAS CORPUS N. 354.789-PE (2016/0109896-2)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Impetrante: Pedro Avelino de Andrade e outros
Advogado: Pedro Avelino de Andrade e outro(s)
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Paciente: Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho

EMENTA

Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária. Dosimetria da pena. Redimensionamento. Possibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fundamentação inadequada. Continuidade delitiva. Aplicação de critério objetivo. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *writ*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

3. A culpabilidade analisada sob o vértice da (potencial) "consciência da ilicitude" encontra-se atrelada ao seu sentido estrito, quando associada ao conceito analítico de crime, não sendo, portanto, associada a qualquer valoração afeta às circunstâncias antevistas no art. 59 do Código Penal.

4. Revela-se patente o descompasso da fundamentação utilizada de forma a concluir pela conduta social desabonadora atribuída ao réu, tendo em vista que a intenção de obter lucro facilmente é inerente ao próprio tipo penal, como o próprio magistrado sentenciante, contraditoriamente, assinalou quando da análise dos motivos que conduziram o agente à prática do ilícito.

5. No tocante as ações penais em curso, ainda que sentenciados, porém, sem a cobertura do manto da coisa julgada, diversamente do que fora considerado pelo douto sentenciante, não podem ser consideradas a fim de macular a conduta social, sob pena de flagrante afronta ao corolário da segurança jurídica, bem como ao princípio da não culpabilidade, petrificado na Magna Carta.

6. Com supedâneo no Verbete n. 444 de Súmula desta Corte Superior, tem-se como firme o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para exasperar a pena-base, seja como maus antecedentes, ou como personalidade, voltada à prática de delitos, fundamento que foi utilizado para a valoração negativa da vetorial em comento.

7. Cumpre gizar que "é pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta" (AgRg no REsp 1.134.199/PR, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 28.11.2012).

8. Note-se a sutil diferença entre o fato de o Erário ainda não ser sido ressarcido e a relevância do prejuízo causado, sendo certo que apenas frente ao considerável sangramento dos cofres públicos poderá vir a ser considerado como conseqüência do fato típico que dê azo à majoração da pena-base, haja vista que, apenas inserto neste aspecto, caberia a análise da hipótese em concreto fugir do âmbito das raias ordinárias seqüelas do delito contra a ordem tributária.

9. Noutros termos, apenas frente ao importe desfalcado das finanças públicas poder-se-ia adentrar no plano das conseqüências do crime, o que não ocorreu no caso em tela, já que o juízo singular limitou-se a referir que o erário não foi restituído.

10. Não se pode olvidar que "na exasperação da pena pela continuidade delitiva predomina o critério objetivo, segundo o qual a fração de aumento varia de acordo com a quantidade de crimes praticados em continuidade" (AgRg no HC 249.012/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Quinta Turma*, julgado em 2.4.2013, DJe 09.4.2013).

11. *Writ* não conhecido. Ordem concedida *ex officio* para, redimensionar a pena do paciente, substituindo-a por duas restritivas de direitos.

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, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Adv. Célio Avelino de Andrade, pela parte paciente: Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 26.8.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 71 do Código de Penal, sob a narrativa de ter supostamente deixado de recolher ICMS no valor de R$ 54.304,37 (cinquenta e quatro mil, trezentos e quatro reais e trinta e sete centavos). Posteriormente, o juízo de origem prolatou sentença condenando o acusado, fixando a pena em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 235 (duzentos e trinta e cinco) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.

Em face deste *decisum*, o condenado interpôs recurso de apelação, vindo a ser julgado improcedente pela Segunda Câmara Criminal da Corte de Justiça do Estado de Pernambuco, nos termos da seguinte ementa, *ex vi*:

> Penal e Processo Penal. Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Pleito de absolvição. Ausência de dolo e do domínio do fato. Insuficiência de provas. Improcedência. Sócio administrador. Provas suficientes. Pleito absolutório que não encontra respaldo na prova dos autos. Depoimentos testemunhais. Prova documental. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.
>
> 1. Sendo devidamente comprovada a autoria e a materialidade do crime contra a ordem tributária, deve ser confirmada a condenação. Hipótese em que o réu, na condição de sócio administrador de uma empresa, deixou de recolher o ICMS, o que importou na redução do imposto devido, lendo omitido operações comerciais como compra e vende de combustíveis;
>
> 2. Não há que se falar em ausência de dolo - bem como em ausência de domínio do fato - se o réu, conforme depoimentos testemunhais e prova documental, era o proprietário da empresa à época da sonegação;
>
> 3. Recurso improvido. Decisão Unânime.

Ato contínuo, após a oposição de embargos de declaração manejados pelo condenado, a Egrégia Segunda Câmara Criminal Estadual determinou a expedição do mandado de prisão, justificando a medida em razão da modificação de entendimento pela Suprema Corte, nos autos de *Habeas Corpus* n. 126.292, no sentido da possibilidade de início da execução da pena condenatória após a

confirmação da sentença em segundo grau não ofende o principio constitucional da presunção da inocência.

Diante do que fora decidido pelo Tribunal Estadual, impetrou-se o presente *writ*, em que se extrai das narrativas inaugurais a insurgência quanto à dosimetria, pugnando pela fixação da pena-base no mínimo legal - 2 (dois) anos -, e, nesse contexto, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

Face a tais argumentos, pleiteia, pela a fixação da pena-base no mínimo legal com o consequente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 79/81).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (e-STJ fls. 86/89), opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (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 *writ*, 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.

Assim, em princípio, 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.

A presente impetração, em argumentação inicial, aduz que o paciente estaria sofrendo contrangimento ilegal, considerando não ter ocorrido fundamentação idônea na exasperação da pena-base, seja pela valoração negativa da circunstância de ***culpabilidade*** apenas na consciência da ilicitude, bem como pela má avaliação da ***conduta social*** pois teria considerado a existência de ações penais em curso contra o réu, o que vai de encontro ao entendimento firmado

no Enunciado n. 444 de Súmula do STJ. Ainda no âmbito do art. 59 do Código Penal, no tocante as ***consequências do crime***, o impetrante aduz que o fato de não ter havido ressarcimento ao erário é circunstância própria do tipo penal, daí o por que de não ser possível sua negativa valoração.

Em seguida, tergiversa que não houve justificativa legal para a imposição da fração advinda da continuidade delitiva em seu patamar máximo. Por derradeiro, como pleito sucessivo, requer, se a pena for reduzida para o mínimo legal, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Passo a analisar as circunstâncias judiciais desfavoráveis assinaladas pelo Juízo de Piso e confirmadas pela Corte Estadual, em face das quais se insurge o impetrante.

De início, vale rememorar o arcabouço fático-probatório que culminou com a condenação do ora paciente, destacando-se, evidentemente, a peça inaugural da ação penal, nas seguintes passagens *in verbis*:

> [...] que os denunciados, no período de 26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001, em caráter, preordenado, agindo com integração do domínio final dos fatos na gerência da empresa *JDJ Comercio Petroleo Ltda*, CNPJ n. 01.852.047/0001-46 e Inscrição Estadual n. 18.1.580.002477081, a época localizada na Rodovia BR 101-Sul, km 84,48, neste município, fraudaram a Fazenda Estadual, determinando a omissão de operações mercantis (entrada e saída de mercadorias) em livros e documentos fiscais obrigatórios, importando em redução do valor do ICMS, dando margem aos Autos de Infrações n. 005.01508/00-7 e 005.001647/01-5, anexados aos autos. Referem-se os autos de infrações aos seguintes fatos:
>
> *Auto de Infração n. 005.01508/00-7* - Os acusados deixaram de escriturar no Livro Registro Entrada, nos meses de janeiro a abril de 2002, 177.774 litros de álcool hidratado 44.209, litros de gasolina e 43.862 litros de óleo diesel comercializando-os sem comprovação se suas origens, e sem a devida escrituração nos livros fiscais próprios, deixando de recolher o ICMS devido no valor de cinqüenta e um mil novecentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centavos, tendo o Fisco aplicado a multa correspondente.
>
> *Auto de Infração n. 005.01647/9-5* - os acusados adquiriram e venderam 8.681 litros de álcool e 5.748 litros de óleo Diesel sem comprovação de suas

origens e sem escrituração nos livros fiscais próprios, e portanto não recolhido o ICMS devido no valor de dois mil, trezentos e sessenta reais e quinze centavos, aplicando o Fisco, a multa correspondente.

As fraudes foram observadas no levantamento analítico da movimentação física dos estoques de álcool hidratado, gasolina e óleo diesel, procedido pelo Fisco, cuja documentação comprobatória se encontra em anexo.

Agindo dessa os acusados omitiram informações à Fazenda e operações em livros fiscais de modo a suprimir tributo a ser devidamente pago, bem como não impetrou recurso administrativo nem atendeu a notificação do Ministério Público para prestar informações sobre os fatos embora devidamente intimados (fls. 152 a 157).

A prova da materialidade do crime contra a ordem tributária encontra-se nos autos, representada pelas cópias de folhas dos Livros fiscais Movimentação de Combustíveis (fls. 20 a 30 e 79 a 128), Notas Fiscais (fls. 129 a 138) Termos de Leitura dos Encerrantes e Estoques de Combustíveis (fls. 09 a 50 e 73 a 77) Extratos de Débitos (fls. 02, 66 e 146 a 150) Autos de Infração (fls. 07 e 71), Termos de Ocorrências (fls. 72/73) e, demonstrativos do crédito tributário (fls. 08 e 72).

O mesmo se dá em relação à autoria dos crimes de inserção de elementos inexatos e omissão de operações nos livros e documentos fiscais exigidos por lei, posto que, sendo os denunciados gerentes da empresa, e sócios de fato no período já descrito no item I desta Denúncia e de direito (conforme Contrato Social e suas alterações (fls. 53 a 59) a partir de então, detendo o "domínio do fato", o poder de determinar, de decidir e de fazer com que seus empregados e contratados executem o ato, sendo tanto autores intelectuais, como executores da conduta típica. Ressalte-se que o acusado *Savio Rogério de Souza Neiva Coelho*, consta no cadastro da Secretaria da Fazenda como sócio da empresa no ano de 2001 (fls. 139), fato a ser confirmado nas demais alterações do contrato a serem requeridas pelo *Parquet* nesta Denúncia.

Em assim procedendo, incorreram os denunciados nas penas do artigo 1º, incisos I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990 e ainda , c/c ainda com o art. 71 (em continuidade delitiva) do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público oferece a presente denúncia para que, recebida, seja instaurado o processo crime, requerendo as suas citações para os interrogatórios e demais atos da ação penal, intimando-se as testemunhas abaixo arroladas, para comparecer em Juízo em dia e hora a serem designados, prosseguindo-se o feito até prolação da sentença de mérito, de tudo ciente o *Ministério Público*. (grifos no original)

A pretensão punitiva Estatal foi julgada parcialmente procedente pelo juízo de piso, depreendendo com destaque as seguintes passagens do decreto condenatório, *in textus*:

Compulsando os autos, verifico documentação demonstrando que os acusados *Maury* e *Eduardo* eram frentistas, funcionários do acusado *Sávio* em dois postos de gasolina de sua propriedade. As assertivas dos acusados *Maury* e *Eduardo*, bem como as declarações da testemunha Maria Solange confirmam esse fato. Ademais, há sentença prolatada em processo movido na esfera cível desconstituindo a sociedade comercial existente entre os acusados, o que corrobora com a tese exposta de que apenas o acusado *Savio* era o único e legítimo proprietário do posto de gasolina mencionado na exordial acusatória, de modo que os demais acusados não tinham poder de decisão ou mesmo conhecimento sobre os tributos da empresa, não podendo ser responsabilizados pelos delitos que se apura no presente feito.

Assim, cabia ao acusado *Sávio* a responsabilidade sobre os livros fiscais de sua empresa e o devido recolhimento de tributo, tendo ele omitido informações à Fazenda e operações em livros fiscais, suprimindo tributos, deixando de recolher ICMS no valor de R$54.304,37 (cinqüenta e quatro mil, trezentos e quatro reais e trinta e sete centavos) à época dos fatos, por ter vendido 280.2741 (duzentos e oitenta mil e duzentos e setenta e quatro litros) de combustível sem comprovação de suas origens e sem escrituração nos livros fiscais devidos, delitos estes cometidos no período de 26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001. Ainda, o réu *Sávio* foi responsável pela inserção de elementos inexatos e omissão de operações nos documentos e livros fiscais.

Desse modo, é de se notar que pelos depoimentos das testemunhas, em compasso com a ampla documentação juntada aos autos, além dos demais elementos coligidos ao feito, como os autos de infração, cópia de documentação trabalhista e fotografias, foram parcialmente confirmados os fatos narrados na denúncia, amoldando-se perfeitamente a conduta do acusado *Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho* ao tipo penal do art. 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, c/c art. 71 do Código Penal.

Diante do exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, nos termos do art. 387 do Código do Processo Penal, *julgo* parcialmente *procedente* o pedido insito na denúncia e, por conseguinte, decido da seguinte forma:

a) absolvo os réus *Eduardo Absalão de Lima* e *Maury Agostinho da Silva* da imputação dos crimes do art. 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, c/c art. 71 do Código Penal, nos termos do artigo 386, IV, do Código de Processo Criminal, estar provado que os réus não concorreram para a infração penal;

b) ***condeno SÁVIO ROGÉRIO DE SOUZA NEIVA COELHO, já qualificado, nas penas do artigo 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, c/c art. 71 do Código Penal***. (grifei)

Com imprescindível relevância, acentua-se a dosimetria consubstancializada pelo Magistrado de Primeiro Grau, erigida *ex vi*:

Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em relação ao réu Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho, conforme a seguir:

A *culpabilidade* do réu pela prática do crime descrito no artigo 1º, incisos I e II da Lei n. 8.137/1990 manifestou-se intensa, pois o acusado ostenta alto grau de consciência da ilicitude por seu grau de escolaridade e condição social.

O réu não registra *antecedentes criminais*, pois não há contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

A *conduta social* do réu demonstrou intenção de ganho fácil, enriquecimento desmedido em detrimento do Estado, responsável pelo financiamento e implementação das políticas públicas. Ademais, o acusado demonstra ter *conduta social* extremamente negativa, vez que se vê envolvido em vários delitos, inclusive de homicídio e diversos contra a ordem tributária e econômica; se vê ainda condenado por sentença recorrível nos autos do Processo n. 0028628-12.2004.8.17.0001.

Não há elemento nos autos que possibilite a aferição dos traços psíquicos do acusado, parecendo, no entanto, tratar-se de pessoa com a personalidade do homem comum.

O *motivo* do crime está possivelmente relacionado ao desejo de obtenção de dinheiro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão dos delitos ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Não há *circunstância* a ser levada em especial consideração.

As *conseqüências* foram graves, já que o Erário não foi ressarcido.

Não há comportamento de *vítima* a ser valorado.

Assim sendo, considerando as circunstâncias do art. 59 do CP, *fixo a pena-base*, em desfavor do réu, pelo crime capitulado no *artigo 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15(quinze) dias de reclusão e multa de 141 (cento e quarenta e um) dias-multa*.

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Estando presente no caso a regra estatuída pelo art.71, parágrafo único, do CP, frente a existência de crimes distintos, cometidos no período de 26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001, aplico a causa de aumento de pena considerando a culpabilidade, a conduta social do agente e as conseqüências do delito, na razão de 2/3 (dois terços), conforme restou consignada no bojo desta decisão, motivo pelo qual fica o réu definitivamente condenado à pena de *05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e multa de 235 (duzentos e trinta e cinco) dias-multa*, cada dia-multa no valor de 1 (um) salário mínimo vigente a época do fato e corrigido monetariamente.

Em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto e na unidade penitenciária a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais.

Consoante se depreende da exasperação da pena-base, ao analisar as circunstâncias judicias do delito, o juízo de piso assinalou-a como "intensa", considerado seu "alto grau de consciência da ilicitude por seu grau de escolaridade e condição social."

Contudo, deve-se destacar que *ao* qualificar como "intensa" a culpabilidade, restringiu-se o Juiz de piso à menção de que o réu ostenta elevado nível intelectual e social. Contudo, no caminhar do entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, "tais aspectos são inerentes à culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime. Assim, o fato de o paciente ter condição de conhecer o caráter ilícito da sua conduta constitui um dos pressupostos para a categorização da conduta como criminosa, e não elemento valorativo da sanção contido no art. 59 do Código Penal." (AgRg no HC 186.097/MS, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Sexta Turma*, julgado em 13.3.2012, DJe 2.4.2012).

Noutros termos, tem-se que a culpabilidade analisada sob o vértice da (potencial) "consciência da ilicitude" encontra-se atrelada ao seu sentido estrito, quando associada ao conceito analítico de crime, não sendo, portanto, associada a qualquer valoração afeta às circunstâncias antevistas no art. 59 do Código Penal.

A propósito, analisando a culpabilidade como integrante do conceito analítico de crime e, nesse âmbito, definindo-a como fundamento e limite da pena, a doutrina leciona que "a culpabilidade, como elemento do crime, é um juízo de censura voltado ao fato criminoso (típico e antijurídico), realizado apenas quando o autor for imputável, agir com consciência potencial de ilicitude e com possibilidade e exigibilidade de atuar conforme determina o Direito." (Nucci, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 52).

Desta feita, no caso em apreço, razão não há para que o Magistrado Primeiro Grau valore negativamente a circunstância judicial atinente à culpabilidade.

No tocante à *conduta social* do apenado, o juízo de piso que fez menção à "intenção de ganho fácil" do réu e, em continuidade, apontou que seria "extremamente negativa, vez que se vê envolvido em vários delitos, inclusive de homicídio e diversos contra a ordem tributária e econômica; se vê ainda condenado por sentença recorrível nos autos do Processo n. 0028628-12.2004.8.17.0001."

Desse modo, revela-se patente o descompasso da fundamentação utilizada de forma a concluir pela *conduta social* desabonadora atribuída ao réu, tendo em vista que a *intenção de obter lucro facilmente é inerente ao próprio tipo*, porém, equivocadamente mencionada pelo magistrado de piso quando da análise dos *motivos* que conduziram o agente à prática do ilícito (e-STJ fl. 26).

Outrossim, no tocante as *ações penais em curso*, ainda que sentenciados, porém, sem a cobertura do manto da coisa julgada, diversamente do que fora considerado pelo douto sentenciante, *não podem ser consideradas a fim de macular a conduta social*, sob pena de flagrante afronta ao corolário da segurança jurídica, bem como ao princípio da não culpabilidade, petrificado na Magna Carta.

Não se desconhece aqui a corrente doutrinária que defende possibilidade de tais apontamentos serem objeto de valoração do *modus vivendi* do agente ou até mesmo do vetor atinente à ***personalidade*** (a ser apreciada *in concreto* se é, ou não, desajustada aos regramentos impostos pelo ordenamento jurídico), porém, não sob a ótica aplicada ao caso em apreço, especialmente pelo posicionamento deste Tribunal da Cidadania.

Na espécie, com supedâneo no Verbete n. 444 de Súmula desta Corte Superior, tem-se como firme o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para exasperar a pena-base, seja como maus antecedentes, ou como personalidade voltada à prática de delitos, fundamento que foi utilizado para a valoração negativa da vetorial em comento.

Ato contínuo, o douto sentenciante asseverou que "as *conseqüências do crime* foram graves, já que o Erário não foi ressarcido", momento em que, novamente, foge aos ditames estabelecidos pela jurisprudência desta Corte acerca das circunstâncias judiciais analisadas quando da fixação da pena base.

Nesse tópico, cumpre gizar que "é pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta" (AgRg no REsp 1.134.199/PR, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 28.11.2012).

Note-se a sutil diferença entre o fato de o Erário ainda não ser sido ressarcido e a relevância do prejuízo causado, sendo certo que apenas frente ao considerável sangramento dos cofres públicos poderá vir a ser considerado como *conseqüência do fato típico* que dê azo à majoração da pena-base, haja vista que, apenas inserto neste aspecto, caberia a análise da hipótese em concreto fugir do âmbito das raias ordinárias seqüelas do delito contra a ordem tributária.

Noutros termos, apenas frente ao importe desfalcado das finanças públicas poder-se-ia adentrar no plano das conseqüências do crime, o que não ocorreu no caso em tela, já que o juízo singular limitou-se a referir que o erário não foi restituído.

Em vista do exposto, reanalisando as circunstâncias que restaram valoradas negativamente pelo juízo de piso – *culpabilidade, conduta social e conseqüências do crime* –, verifico que a fundamentação encontra-se destoante do que já manifestado por esta Corte noutras oportunidades, padecendo, assim de ilegalidade passível de ser sanada na presente via.

Passo, pois, ao *redimensionamento da pena do paciente*.

Desde logo, mantém-se a condenação aos fatos típicos previstos no art. 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, *em 2 (dois) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa*, considerando a capacidade econômica do réu.

Não há circunstâncias que agravem ou atenuem a pena.

Na *terceira fase*, vislumbro que, malgrado deva ser mantida a continuidade delitiva, deve-se adequar aos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal, em razão dos distintos períodos em que praticados os delitos (26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001), aplicando-se a causa de aumento da pena, mas não pelos fundamentos utilizados pelo juízo sentenciante, atrelado tão somente aos requisitos subjetivos, pois revolveu as circunstâncias consideradas desfavoráveis ao réu, deixando de sopesar a quantidade de crimes praticados.

Desta feita, considerando a que, na primeira fase as circunstâncias foram restabelecidas ao parâmetro de normalidade, certo é que não influenciarão negativamente nesta etapa.

A orientação deste Colegiado no que pertine à causa de aumento da continuidade delitiva revela-se nos seguintes arestos:

> Recurso especial. Estupro de vulnerável. Continuidade delitiva. Patamar de aumento. Número de crimes cometidos. Súmula n. 7 do STJ. Afastamento. Fração de 2/3. Imposição. Recurso provido.
>
> 1. ***Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações***.

2. A Corte de origem, conquanto haja delineado e reconhecido a ocorrência de múltiplos (e incontáveis) crimes de estupro de vulnerável, entendeu por bem negar a realidade e, na dúvida, impor o patamar mais brando.

3. O julgador está autorizado a majorar a reprimenda na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso.

4. Na espécie, ficou incontroverso, pela moldura fática exposta, que se distanciaram para muito mais de sete o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, porquanto o próprio Tribunal de origem salientou a omissão dos familiares em revelar os fatos, tendo em vista a influência que ele exercia sobre eles, "o que permitiu que os crimes fossem praticados durante anos, por reiteradas vezes".

5. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer a violação do art. 71 do Código Penal e restabelecer a sentença condenatória.

(REsp 1.582.601/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26.4.2016, DJe 2.5.2016) (grifei)

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Atentado violento ao pudor. Infringência ao art. 212 do CPP. Nulidade relativa. Ausência de prejuízo. Pleito de redução da pena-base no mínimo legal. Impugnação genérica. Ausente flagrante ilegalidade. Continuidade delitiva específica. Violência presumida. Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 71 do CP. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP, gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo, o que inocorreu na espécie.

3. Em regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

4. Válida a exasperação da pena-base, porquanto o pleito de redução foi formulado de forma genérica, sem a indicação específica da ilegalidade, sobretudo se o Tribunal de origem assevera que foram atendidos os preceitos legais em sua fixação.

> 5. Não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes sexuais perpetrados mediante violência presumida, mas sim o disposto no art. 71, *caput*, do CP.
>
> 6. ***Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento pela continuidade delitiva deve-se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo 1/6 quando se tratarem de dois delitos***.
>
> 7. Pena privativa de liberdade reduzida para 9 anos, 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.
>
> 8. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir da pena imposta.
>
> (HC 159.476/TO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2.2.2016, DJe 15.2.2016) (grifei)

Ademais, não se pode olvidar que "na exasperação da pena pela continuidade delitiva predomina o critério objetivo, segundo o qual a fração de aumento varia de acordo com a quantidade de crimes praticados em continuidade" (AgRg no HC 249.012/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Quinta Turma*, julgado em 2.4.2013, DJe 9.4.2013).

Com efeito, nesta seara, aplico a causa de aumento em seu patamar mínimo de *1/6*, fixando a pena definitiva em *2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 116 dias-multa, mantido o* quantum *aplicado pelas instâncias ordinárias*.

Por conseguinte, em observância ao art. 33, § 2º, do Código Penal, fixo o *regime aberto*, para fins de cumprimento de pena.

Ao final, a teor do art. 44, § 2º, 2ª parte, do Código Penal, impõe-se a *substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direito*, as quais serão definidas pelo Juízo da Execução Penal.

Deve-se, por consequência, rechaçar a pretendida consumação da prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista que, com o novo redimensionamento da pena, atrai-se a observância do prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do que estebelece o art. 109, IV, do Código Penal.

Nessa *quaestio*, a despeito da redução da pena imposta, tem-se que a denúncia foi recebida em 20.1.2006, ao passo que a publicação da sentença condenatória ocorreu em maio de 2013, não se esgotando o aludido prazo prescricional de 8 (oito) anos.

De igual forma, também não se operou até a presente data, devendo ser ressaltado, ainda, para fins de projeções futuras pelas instâncias ordinárias,

que "é firme o entendimento desta Corte de que o acórdão que, ao dar parcial provimento a recurso defensivo, confirma a condenação e reduz a pena aplicada não constitui marco interruptivo da prescrição" (AgRg no REsp 1.336.897/RS, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, julgado em 3.2.2015, DJe 13.2.2015).

Portanto, analisando eventual prescrição penal retroativa, conclui-se que não se operou o prazo extintivo em nenhum dos marcos interruptivos.

Ante o exposto, *não conheço da impetração. Porém*, ex officio *concedo a ordem de* habeas corpus *para, redimensionando a pena do paciente, fixá-la em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, substituindo-a por duas restritivas de direito, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 356.027-CE (2016/0122923-0)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro
Impetrante: Marco Aurelio Pinto Florencio Filho e outros
Advogado: Marco Aurelio Florencio Filho e outro(s) - SP255871
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Paciente: Marcos Rogerio Machado de Morais

EMENTA

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo. Crimes de lavagem de dinheiro (arts. 1º, V e VII, § 1º, II e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998), formação de quadrilha (atual associação criminosa), uso de documento falso e furto qualificado. Crimes de lavagem de dinheiro. Organização criminosa como crime antecedente. Conduta não tipificada à época dos fatos. Conduta atípica. Crimes contra a administração pública como crimes antecedentes. Inexistência de imputação de crimes contra a administração pública. Conduta atípica. Dosimetria dos crimes remanescentes. Formação de quadrilha (atual

associação criminosa). Pena-base. Exasperada pela personalidade e conduta social. Ausência de fundamento concreto. Réu primário. Motivos do delito. Lucro ilícito. Possibilidade. Finalidade não inerente ao delito de formação de quadrilha, de cunho não patrimonial, cujo bem jurídico protegido é a paz pública. Consequências graves. Falta de fundamentação. Ofensa ao art. 93, IX, da CF/1988 caracterizada. Uso de documento falso. Mera citação da elementar do tipo. Motivação inidônea. Furto qualificado. Paciente experiente na seara do crime, responsável direto pelo sucesso da empreitada criminosa, que participou intensamente em todas as fases do crime. Especial reprovabilidade demonstrada. Exasperação devida. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O crime previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012, previa que os recursos ilícitos submetidos ao branqueamento poderiam ter como fonte quaisquer dos crimes constantes de seus incisos I a VIII.

3. A ausência à época de descrição normativa do conceito de organização criminosa impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade legal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP.

4. Inexistindo sequer menção na sentença condenatória e no acórdão impugnado de prática anterior de quaisquer crimes contra a Administração Pública – os quais se encontram previstos no Título XI do Código Penal, em seus arts. 312 a 359 –, não há afastar, outrossim, do crime de lavagem de dinheiro, previsto no inciso V do art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

5. Afirmações no sentido de que o réu ostenta *personalidade desvirtuada e voltada para o crime*, sendo reprovável sua *conduta social* não têm o condão de justificar a valoração negativa, à míngua de fundamentos concretos para tanto, sobretudo em se considerando tratar-se de réu primário.

6. Legítima a elevação da pena-base, quanto ao crime de formação de quadrilha (atual associação criminosa) pelos *motivos do delito*, em face do *lucro ilícito em detrimento do patrimônio público*, tendo em vista que tal motivação não constitui finalidade inerente ao delito de formação de quadrilha – delito não elencado como delito de cunho patrimonial, e cuja objetividade jurídica é a paz pública.

7. Outrossim, reputa-se indevida a valoração negativa das *consequências do delito*, indicadas simplesmente como socialmente graves, sem maiores esclarecimentos, sob pena de ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

8. A simples utilização de documentos público falsos não constitui motivação válida para ensejar o aumento da pena-base, por constituir elementar do tipo, de uso de documento falso.

9. Por outro lado, mostra-se legítima a exasperação da pena-base em virtude da participação intensa do paciente, experiente na seara criminosa, considerado como um dos responsáveis diretos pela consecução do delito, em todas as suas etapas, fatos que denotam especial reprovabilidade da conduta, ultrapassando as circunstâncias ínsitas ao delito de furto qualificado, sendo imprópria a via eleita, de todo modo, à revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias. Precedentes.

10. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para absolver o paciente dos delitos de lavagem de dinheiro, reduzindo as penas, quanto aos delitos remanescentes, a 11 anos e 6 meses de reclusão e 1.090 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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), 6 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 17.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Marcos Rogerio Machado de Morais*, em face do *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 1º, V e VII, § 1º, II e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 155, § 4º, I, II e IV c/c art. 288 e 304 do Código Penal – furto qualificado cometido contra o Banco Central, na Cidade de Fortaleza/CE, em agosto de 2005 – à pena de 49 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 3.160 dias-multa.

Interpostas apelações, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do paciente, e do corréu *Antonio Jussivan Alves dos Santos*, para excluir a agravante prevista no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998, reduzindo, consequentemente, as penas a 35 anos e 10 meses de reclusão, e 2.160 dias-multa (fl. 254).

O Tribunal *a quo*, por maioria, negou provimento aos embargos de declaração opostos pela defesa do paciente (fls. 297/312). Irresignada, a defesa do corréu *Antonio Jussivan Alves dos Santos* interpôs embargos infringentes, que foram providos, por maioria, e resultaram na diminuição da sua pena.

Alegam os impetrantes que o paciente sofre constrangimento ilegal, sob os seguintes argumentos:

i) a atipicidade do crime de lavagem de capitais, uma vez que não havia descrição do crime antecedente de organização criminosa à época dos fatos – 8 de agosto de 2005 – definido apenas com a edição da Lei n. 12.850/2013;

ii) a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão, não declinou qual o crime contra a administração pública, crime antecedente para a configuração do crime de lavagem de capitais, foi cometido pelo paciente, sendo que os crimes pelos quais foi condenado – furto qualificado, quadrilha ou bando e uso de documento falso – não estavam previstos no rol taxativo do art. 1º da Lei n. 9.613/1998;

iii) não foram estendidos ao paciente os efeitos do acórdão, proferido nos embargos infringentes, provido em favor do corréu *Antonio Jussivan Alves dos Santos* – que manteve a condenação em apenas um crime de lavagem de capitais, o que resultou na diminuição da sua pena – nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Ressalta, ainda, equívoco na dosimetria da pena, referente ao citado crime, realizada pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista o estabelecimento da pena para cada crime de lavagem de dinheiro em 10 anos de reclusão, apesar de a pena mínima para o delito ser de 3 anos de reclusão, sem qualquer motivação, principalmente em razão da exasperação indevida e desproporcional da pena-base;

iv) a pena-base do crime de quadrilha ou bando foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade, da conduta social e das consequências do delito sem fundamentação idônea;

v) a pena pelo crime de uso de documento falso foi aplicada sem qualquer fundamentação;

vi) a pena-base do crime de furto qualificado foi fixada no máximo legal, 8 anos de reclusão, sem fundamentação idônea, pois o motivo utilizado para justificar a exasperação não se enquadra em nenhuma das circunstâncias judiciais.

vii) a pena-base do crime de lavagem de dinheiro foi exasperada de forma desarrazoada sem fundamento idôneo.

Requer, liminarmente, *seja suspensa a execução da sanção penal, através do sobrestamento da Execução Criminal n. 0003982- 44.2010.4.05.8100, em trâmite perante a 12ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Ceará* (fl. 97) e, no mérito, a concessão da ordem para que seja: *ii.a) afastado do édito condenatório, em relação ao Paciente, o delito previsto no artigo 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998, por ausência de previsão legal, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal; nos artigos 1º e 2º, ambos, do Código Penal; no artigo 9º, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos; e, no artigo 11, da própria Convenção de Palermo; ii.b) afastado do édito condenatório, em relação ao Paciente, o delito previsto no artigo 1º, inciso V, da Lei n. 9.613/1998, por ausência de declinação do tipo penal referente ao crime antecedente contra a administração pública, em respeito ao artigo 5º, incisos XXXIX e LV, da Constituição Federal; ao artigo 1º, do Código Penal; ii.c) estendido o efeito da r. decisão dos Embargos Infringentes opostos pelo réu* ***Antônio Jussivan Alves dos Santos*** *ao Paciente, com fulcro no artigo 580, do*

Código de Processo Penal, mantendo-se a condenação em apenas um crime de lavagem de dinheiro, diminuindo, assim, a reprimenda aplicada ao Sr. ***Marcos Rogério Morais****, para 16 (dezesseis) anos e 7 (sete) meses de reclusão; iii)* ***na dosimetria da pena****, concedida a ordem para que seja fixada ao Paciente a sanção pelo: iii.a) crime de quadrilha ou bando em seu mínimo legal, qual seja, de 01 (um) ano, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal; iii.b) crime de uso de documento falso em seu mínimo legal, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal; iii.c) crime de furto qualificado em seu mínimo legal, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal; iii.d) crime de lavagem de dinheiro em seu mínimo legal, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal.*

Indeferida a liminar (fls. 412/414), foram prestadas informações (fls. 418/450), sendo ofertado parecer ministerial pela extinção sem resolução do mérito (fls. 453/461).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, DJe de 22.8.2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, DJe de 27.8.2012), assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra *Rosa Weber*, *Primeira Turma*, DJe de 6.9.2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 49 anos e 2 meses de reclusão e ao pagamento de 3.160 dias-multa, no regime fechado, como incurso nos arts. 1º, V e VII, § 1º, II e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 155, § 4º, I, II e IV c/c art. 288 e 304 do CP.

Em 15.6.2010, o Tribunal de Justiça, por maioria, deu parcial provimento ao apelo da defesa, no sentido de afastar o § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.643/1998, reduzindo as penas a 35 anos e 10 meses de reclusão e 2160 dias-multa, conforme acórdão assim ementado (fls. 258/260):

> Penal e Processual Penal. Delitos de furto qualificado (art. 155 § 4º I, II e IV), formação de quadrilha (art. 288/CP), lavagem de capitais (art. 1º, V e VII, § 1º, II, e § 2º, I e II, Lei n. 9.613/1998) e uso de documento falso (art. 304/CP) furto ao Banco Central do Brasil (Fortaleza-CE). Aventada nulidade da sentença. Afastamento. Magistrado que não é obrigado a apreciar todas as teses defensivas. Autoria e materialidade amplamente comprovadas por depoimentos de testemunhas e confissões extrajudiciais. Pretensão de que as condutas sejam crimes próprios de funcionário público e de desclassificação do crime de lavagem de capitais para o de receptação. Afastamento. Crimes de quadrilha e de uso de documento falso. Consumação. Utilização da circunstância atenuante de confissão na dosimetria da pena de um dos apelantes negativa, eis que completamente desnecessária na condenação do ora recorrente, diante da farta prova dos autos. *Bis in idem* na aplicação da pena do delito de lavagem de capitais. Rejeição, haja vista se tratarem de delitos de lavagem distintos. Exclusão da agravante insculpida no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998. Apelos criminais providos em parte.
>
> 1. Trata -se de Apelo Criminal, interposto pela Defesa contra a sentença *a quo*, que condenou os ora Apelantes pela prática dos crimes de furto qualificado, formação de quadrilha, ocultação de bens e valores (Lavagem de Capitais) e uso de documento falso, tipificados nos arts. 1º, incisos V e VII, § 1º, II, e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 155, § 4º, I, II e IV, c/c art. 288 e 304 do Código Penal, à pena de 49 (quarenta e nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, além de multa de 3.160 (três mil, cento e sessenta) dias-multa (fls. 1.103-1.120).
>
> 2. Trata-se da apuração do furto praticado contra o Banco Central do Brasil, em Fortaleza, no valor de R$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinqüenta e cinco mil, cento e cinqüenta reais), por uma quadrilha composta por mais de 30 (trinta) membros, dentre eles os ora Apelantes. Narrou o Ministério Público Federal na denúncia, em suma, que Antônio Jussivan foi reconhecido como parte integrante da quadrilha que ocupava a casa 1071 da

Rua 25 de Março, bem como sendo uma das pessoas que participou da aquisição dos veículos na Brilhe Car, assim como Marcos Rogério Machado de Morais, esclarecendo que os irmãos José Elizomarte Fernandes Vieira e Francisco Dermival Fernandes Vieira, proprietários da Bnlhe Car venderam os onze veículos a José Charles Machado de Morais em negociação suspeita, sendo também nebulosa as relações da Brilhe Car com transportadora de José Charles, a J.E Transportes de veículos, que já pertenceu aos irmãos Fernandes Vieira. Diz ainda a denúncia que José Elizomarte, José Charles e o indivíduo conhecido como Paulo Sérgio foram reconhecidos tentando alugar um avião no dia 2.8.2005 (fls. 456/457 do IPL). Diz o Parquet que Tadeu de Sousa Matos, residente em Boa Viagem e motorista de Márcio Ary Machado de Moarias, este irmão de Marcos Rogério e José Charles, foi visto em Madalena/CE com grande quantidade de notas de R$ 50.00 (cinqüenta reais).

3. A respeito da alegativa de nulidade da sentença, pelo fato de a mesma não haver apreciado todas as teses da Defesa, nada mais descabido, pois o magistrado pode se refutar apenas aquelas relevantes para a sua fundamentação. Precedente do STJ: HC 24.992/RJ. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. J. em 20.2.2003. DJ 22.4.2003, p. 244.

4. Materialidade e autoria delitivas amplamente comprovadas por depoimentos de testemunhas e confissões extrajudiciais. A condenação dos réus foi plenamente consentânea com a prova colhida nos autos Os Recorrentes, de fato, participaram diretamente do planejamento, preparação e execução do furto ao Banco Central do Brasil de Fortaleza-CE, bem assim das atividades posteriores de ocultação e divisão do produto do crime.

5. Descabe se pretender que a conduta prevista no art. 1º, V, da Lei n. 9.613/1998 configure crime próprio de funcionário público, posto ser crime comum e de mera atividade, dispensando a ocorrência de dano para sua configuração. Os delitos praticados que lhe foram antecedentes são crimes contra a Administração Pública e praticados por organização criminosa.

6. Esta Corte já decidiu, em rejeitando a desclassificação do crime de lavagem de capitais para o de receptação, que: "[...] Há, é certo, grande aproximação entre a receptação e a lavagem de capitais, pois ambas as figuras típicas têm uma mesma finalidade: assegurar a utilização de bens ou valores obtidos por meio de crime antecedente- A receptação visa, no entanto, assegurar a manutenção e a consolidação de bens advindos de crime contra o patrimônio praticado por terceiro, admitindo-se. ainda, que o crime antecedente atinja outros bens jurídicos, a exemplo do descaminho ou do peculato, desde que o seu produto seja coisa passível de valoração econômica, mas sempre ligada á idéia de patrimônio, público ou particular. É crime parasitário de um delito antecedente praticado, em geral, contra o patrimônio.- Ocorre que a atividade do receptador é periférica em relação aos agentes do crime patrimonial precedente. No caso do crime de ocultação de bens e valores da lei de lavagem de dinheiro, as atividades

tendentes a assegurar as vantagens materiais estão imbricadas à própria ação antecedente [...]" (TRF-5ª R. - ACr 2005.81.00.014586-0 - (5520/CE) - 2ª T. - Rel. Rogério Fialho Moreira - DJe 22.10.2008 - p. 207).

7. A alegativa de ausência de provas quanto á existência do crime de quadrilha também resvala no vazio, eis que somente uma organização criminosa altamente hierarquizada conseguiria ter levado a cabo empreitada ilícita tão sofisticada e complexa. As provas da associação criminosa entre os Apelantes saltam aos olhos, diante das confissões extrajudiciais e dos depoimentos de várias testemunhas.

8. O delito de uso de documento falso se perpetrou quando os Apelantes se utilizaram de documentos públicos falsos para adquirir bens com o produto do furto do BACEN e consumarem sua fuga.

9. Afasta-se a circunstância atenuante da confissão (art. 65, III, CP) do Apelante *Antonio Jussivan*, posto que a mesma nenhuma importância teve para a sua condenação haja vista as fartas provas já colhidas que o incriminavam.

10. Afasta-se o alegado bis in idem ou duplicidade na pena aplicada pelo delito de lavagem de capitais, haja vista se tratarem de crimes de lavagem distintos. No entanto, revela-se perfeitamente razoável a fixação da pena-base de dez anos de reclusão nessa espécie de crime sem necessidade de aplicação da agravante prevista no § 4º, do art. 1º da Lei 9.613/1998.

11. Afasta-se a Agravante insculpida no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998, que majorou a pena-base de 10 (dez) anos de reclusão, fixada com relação aos pelo menos dois crimes de lavagem de dinheiro, para cada um dos réus e relativo a cada um de tais crimes (acréscimo de 2/3 - dois terços), reduzindo-se a pena definitiva de 16 (dezesseis anos) e sete meses de reclusão para cada um dos crimes para 10 (dez) anos de reclusão, razão pela qual fixa-se, para cada réu, e tomate definitiva a pena total desse crime em 20 (vinte) anos a ser cumprida em regime fechado, na forma do art. 33 e seguintes do Código Penal e multa de 1.080 (um mil e oitenta) dias multa, sendo cada dia-multa fixado em cinco salários mínimos na forma dos artigos 49, § 1º c/c art. 60, § 1º do Código Penal.

12. Ante a exclusão da Agravante insculpida no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998 torna-se definitiva as penas dos réus Marcos Rogério Machado de Morais e Antônio Jussivan Alves dos Santos em 35 (trinta e cinco anos) e 10 (dez) meses de reclusão e multa de 2.160 (dois mil, cento e sessenta) dias-multa em desfavor de cada um deles, sem prejuízo de novos processos contra os mesmos réus.

13. Apelos Criminais conhecidos e providos em parte.

Na data de 14.9.2010, foi negado provimento aos embargos de declaração opostos pelo corréu *Antonio Jussivan*, sendo opostos novos aclaratórios pelo paciente *Marcos Rogério*, que também restaram desprovidos em 30.11.2010 (fls. 311/312).

Em seguida, o corréu *Antonio Jussivan* opôs embargos infringentes, os quais foram parcialmente providos, em 8.6.2011, para afastar a duplicidade do crime de lavagem de dinheiro com o redimensionamento das penas, diminuindo-as a 16 anos e 7 meses de reclusão, e 40 dias-multa, mantidas as demais cominações (fls. 368/369). Eis a ementa do julgado (fls. 371/372):

> Penal e Processual Penal Embargos infringentes. Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Lei n. 9.613/1998, art. 1º Compra e transferência de veículos para outro Estado. Fato típico. Transporte de dinheiro dentro dos veículos. Concurso material. Inexistência. Fato atípico.
>
> 1 - Embargos infringentes através dos quais se devolve ao Colegiado a matéria relativa à ocorrência ou não do crime de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, em face das condutas perpetradas por Antônio Jussivan Alves dos Santos, as de: a) com o dinheiro roubado do Banco Central do Brasil em Fortaleza/CE, adquirir carros de luxo usados, transportá-los para São Paulo; e b) fugir com parte do numerário roubado oculto dentro do veículo.
>
> *2 - Aquisição e transporte de veículos para outro Estado a conformarem o crime de lavagem de dinheiro na medida em que, pelas provas dos autos, evidencia-se terem sido obtidos mediante a apresentação de documentos falsos, utilizados para ocultar a verdadeira identidade dos compradores, e pagos em dinheiro, recurso utilizado, outrossim, com a mesma finalidade, de dificultar a identificação dos Réus, sendo levados para outro Estado para fins de comercialização. Indícios que, em conjunto, afastam a possibilidade de consumo do produto do crime para fins de deleite próprio.*
>
> 3 - Divergência, quanto à posição perfilhada pelo Relator dos Embargos Infringentes, que se resume à interpretação de fato incontroverso, consistente no transporte do numerário pelo recorrente no interior de veículos. Hipótese que não conforma o tipo penal de lavagem de dinheiro, pois não cuida de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes especificados nos incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/1998. *A fuga, pura e simples, com o produto do roubo ou mesmo o transporte desses valores em um automóvel é fato atípico, sem relevância jurídica para fins penais. É episódio naturalístico, que se segue à apropriação do numerário e dele decorre logicamente.*
>
> 4 - Embargos infringentes parcialmente providos.

Inadmitidos os recursos especial e extraordinário, foram interpostos recursos de agravo, que não foram conhecidos por esta Corte (fls. 384/391), sendo posteriormente baixados os autos em definitivo ao Juízo de origem (fl. 429).

No tocante ao crime de lavagem de capitais, foram reconhecidos como crimes antecedentes os delitos praticados contra a Administração Pública (art.

1º, V, da Lei n. 9.613/1998) e o de organização criminosa (art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998), tendo a denúncia imputado aos réus os seguintes delitos (fl. 112):

> - *Antônio Jussivan Alves dos Santos* e ***Marcos Rogério Machado de Morais,*** *os Arts. 155, § 4º, 288 e 304, todos do C.P. e Art. 1º, § 1º, e § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, com aplicação da regra do Art. 29 do C.P.*;
>
> - *José Charles Machado de Morais* e *Tadeu de Souza Matos*, o Art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998;
>
> - *José Elizomarte Fernandes Vieira* e *Francisco Dermival Fernandes Vieira*, o Art. 1º, § 1º, II, da referida Lei.

No que diz respeito à tese de atipicidade da conduta quanto ao crime de lavagem de capitais, tendo em vista a inexistência de crime praticado por organização criminosa, constata-se que o crime previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/98 – antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012, que eliminou o rol taxativo dos crimes antecedentes ao branqueamento de capitais – previa que os recursos ilícitos submetidos ao branqueamento poderiam ter como fonte quaisquer dos crimes constantes dos incisos I a VIII, senão vejamos:

> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:
>
> I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
>
> II – de terrorismo e seu financiamento;
>
> III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
>
> IV – de extorsão mediante seqüestro;
>
> V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;
>
> VI – contra o sistema financeiro nacional;
>
> *VII – praticado por organização criminosa*;
>
> VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, tem afirmado a orientação de que o tipo penal do inciso VII, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998, na redação anterior à Lei n. 12.683/2012, não incide aos fatos praticados durante a sua vigência, já que ausente norma tipificadora do conceito de organização

criminosa, por força do princípio da anterioridade da lei penal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e do 1º do CP, que apenas admite a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu:

> Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Lavagem de dinheiro. Organização criminosa. Infração penal antecedente. Quadrilha (atualmente designada "associação criminosa"). Condutas praticadas entre 1998 e 1999, momento que precedeu a edição da Lei n. 12.683/2012 e da Lei n. 12.850/2013. Impossibilidade constitucional de suprir-se a ausência de tipificação do delito de organização criminosa, como infração penal antecedente, pela invocação da Convenção de Palermo. Incidência, no caso, do postulado da reserva constitucional absoluta de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX). Doutrina. Precedentes. Inadmissibilidade, de outro lado, de considerar-se o crime de formação de quadrilha como equiparável ao delito de organização criminosa para efeito de repressão estatal ao crime de lavagem de dinheiro cometido antes do advento da Lei n. 12.683/2012 e da Lei n. 12.850/2013. Recurso de agravo improvido. – *Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais.*
>
> (RHC 121.835 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 13.10.2015, Processo Eletrônico DJe-235 divulg 20.11.2015 public 23.11.2015).

Reporto-me aos fundamentos apresentados pelo Ministro *Celso de Mello*, em decisão monocrática proferida nos autos do HC n. 111.021/PE, que bem esclarece a controvérsia, *in verbis*:

> [...]
>
> Sendo esse o contexto, passo a analisar a postulação ora em causa. E, ao fazê-lo, observo – no que concerne à alegação de ausência de tipicidade penal do crime de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998, art. 1º, VII, na redação anterior à Lei n. 12.683/2012) fundada na circunstância temporal de, à época da conduta denunciada, o delito de organização criminosa ainda não se achar devidamente tipificado –, que o Supremo Tribunal Federal tem acolhido essa tese, eis que o tipo penal do crime de organização criminosa somente surge com o advento da Lei n. 12.850, de 2.8.2013 (art. 1º, § 1º, e art. 2º).

Esse entendimento tem sido manifestado em precedentes desta Corte Suprema (AP 470/MG, Rel. Min. *Joaquim Barbosa* – ADI 4.414/AL, Rel. Min. *Luiz Fux* – HC 96.007/SP, Rel. Min. *Marco Aurélio* – HC 108.715/RJ, Rel. Min. *Marco Aurélio*, *v.g.*), valendo destacar, entre tais julgados, aquele proferido no exame do RHC 124.082/RJ, Rel. Min. *Dias Toffoli*:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Crimes de formação de quadrilha (CP, art. 288) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VII, da Lei n. 9.613/1998). (…). Inviabilidade da denúncia quanto ao delito de lavagem de dinheiro fundado na participação em organização criminosa (art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, com a redação anterior à Lei n. 12.683/2012). Ausência de definição jurídica na legislação pátria à época dos fatos. (…). Definição jurídica não suprida pela Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto n. 5.015/2004. Precedente. Recurso parcialmente provido. Extensão dos efeitos a corréus (CPP, art. 580).
>
> [...]
>
> 4. (…) é atípica a conduta capitulada no art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998 – a qual foi imputada ao recorrente –, pois, à época dos fatos narrados na denúncia (1998 a 2005), não havia definição jurídica na legislação pátria para "organização criminosa".
>
> 5. *A Convenção Internacional de Palermo*, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto n. 5.015/2004, *não supriu essa omissão*, conforme assentado majoritariamente pela Corte no julgamento da AP n. 470/MG.
>
> 6. Recurso ordinário parcialmente provido, concedendo-se a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal proposta contra o recorrente no tocante ao art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998. (…). (grifei)

Constata-se, desse modo, que, analisada a imputação deduzida contra os pacientes, sob a perspectiva da "organização criminosa" na condição de crime antecedente, mostra-se destituída de tipicidade penal essa conduta precisamente em razão de inexistir, à época dos fatos (período anterior a 2007), definição jurídica do delito de organização criminosa.

Nem se diga, como afirmado no acórdão ora impugnado, que a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria suprível pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal – segundo sustentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça –, a existência do delito de organização criminosa, como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei n. 9.613/1998, em sua primitiva redação.

Cumpre ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal.

Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.

O que se mostra constitucionalmente relevante, portanto, como adverte a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos", vol. 4/122, 2008, RT), é que, "no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*lex populi* e *lex praevia*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (…)" (grifei).

Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, como a própria formulação conceitual de "organização criminosa", para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, "Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral", p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Direito Penal – Parte Geral", vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, "Código Penal Comentado", p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Tratado de Direito Penal", vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, "Código Penal Comentado", p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, "Direito Penal – Parte Geral", vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, "Comentário ao Código Penal", p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, *v.g.*).

Isso significa, pois, que somente lei interna (e não convenção internacional, como a Convenção de Palermo) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação ou à conceituação de organização criminosa.

Sob tal aspecto, assiste razão aos ora impetrantes, considerada, para tanto, a própria diretriz jurisprudencial desta Suprema Corte prevalecente na matéria e tendo em vista, sobretudo, o momento em que alegadamente praticado o crime de lavagem, pois, naquele instante, por ausência de tipificação penal, o delito de organização criminosa não podia ser caracterizado como crime antecedente.

A Sexta Turma do STJ, seguindo a orientação do STF, adotou o entendimento de que a ausência de descrição normativa de organização

criminosa, antes do advento da Lei n. 12.850/2013, conduz à atipicidade da conduta prevista no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998.

Vejamos a síntese do julgado:

> Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsidade ideológica. Inépcia da denúncia. Inexistência. Descrição suficiente dos fatos. Ação penal. Falta de justa causa. Não ocorrência. Lavagem de dinheiro de organização criminosa - ocultação de bens. Fatos anteriores as Leis n. 12.683/2012 e n. 12.850/2013. Atipicidade. Reconhecimento. Suspensão condicional do processo. Manifestação do *parquet*. Possibilidade. Recurso parcialmente provido.
>
> 1. Não há como reconhecer a inépcia da denúncia se a descrição da pretensa conduta delituosa relativa ao crime de falsidade ideológica foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a compreensão da acusação, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal.
>
> 2. A alegação de falta de justa causa não relevada, *primo oculi*, demanda inexoravelmente revolvimento de matéria fático-probatória, não condizente com a via angusta do *writ*, devendo, pois, ser avaliada pelo Juízo *a quo* por ocasião da prolação da sentença, após a devida e regular instrução criminal, sob o crivo do contraditório.
>
> *3. Por fatos praticados nos idos de 2006, os recorrentes foram denunciados como incursos no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, com redação primeva ao disposto nas Leis n. 12.683/2012 e n. 12.850/2013.*
>
> *4. Não obstante anterior entendimento desta Sexta Turma, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a atipicidade da conduta narrada na exordial acusatória, pois, à época dos fatos, carente a descrição normativa do que seria compreendido por organização criminosa, considerado crime antecedente à lavagem de dinheiro. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.*
>
> 5. Diante do expurgo do crime de lavagem de capitais, de se possibilitar o oferecimento da suspensão condicional do processo pelo *Parquet*, mostrando-se indevida a imiscuição desta Corte, no presente momento processual, em ato ministerial.
>
> 6. Recurso parcialmente provido a fim de se trancar, em relação aos recorrentes, o Processo n. 302.01.2011.000081-1/000000-000, Controle n. 17/2011, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP, somente no tocante ao delito previsto no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998. (RHC 38.674/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24.4.2014, DJe 5.5.2014).

Desse modo, a ausência de descrição normativa do conceito de organização criminosa, à época dos fatos, anteriores à Lei n. 12.850/2013, impede o seu

reconhecimento não só como crime antecedente da lavagem de dinheiro, mas também para caracterizar as hipóteses equiparadas descritas nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, em observância ao princípio da irretroatividade da lei penal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP.

Quanto à alegada atipicidade do crime de lavagem diante da ausência de crime praticado contra a Administração Pública, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

> 7. Descabe se pretender que a conduta prevista no art. 1º, V, da Lei n. 9.613/1998 configure crime próprio de funcionário público, posto ser crime comum e de mera atividade, dispensando a ocorrência de dano para sua configuração. *Os delitos praticados que lhe foram antecedentes são crimes contra a Administração Pública* e praticados por organização criminosa (fl. 252).

Conforme já ressaltado, a conduta praticada pelo paciente ocorreu anteriormente à vigência da Lei n. 12.683/2012, momento em que o rol de crimes antecedentes era taxativo para fins de configuração do crime de branqueamento de capitais.

Na espécie, os delitos imputados na ação penal, quais sejam: furto, uso de documento falso e quadrilha não se encontram tipificados e classificados no rol taxativo previsto à época na Lei n. 9.613/1998, inexistindo sequer menção na sentença condenatória e no acórdão impugnado de prática anterior de quaisquer crimes contra a Administração Pública – os quais se encontram previstos no Título XI do Código Penal, em seus arts. 312 a 359 –, motivo pelo qual não há afastar, outrossim, do crime de lavagem de dinheiro, previsto no inciso V do art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

No tocante ao pedido de extensão dos efeitos do acórdão proferido nos embargos infringentes, resta prejudicado seu exame, porquanto afastado o crime de lavagem de capitais.

Quanto à dosimetria da pena dos demais crimes, a sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de origem, está assim fundamentada (fls. 230/231):

> 199 - Passo à fixação da pena dos réus ora condenados, adotando o procedimento trifásico do art. 68 do Código Penal, realçando que todas as ações dos réus foram próprias de organizações criminosas, *lastreadas em poder econômico de origem desconhecida e suspeita, com utilização de dados e informações especiais, valendo-se de pessoas altamente qualificadas, aliados a sofisticação técnica de equipamentos e movimentação de valores que causam*

verdadeira perplexidade por sua ousadia e montante. Percebe-se, ainda, que *a criminalidade não convencional como as ações perpetradas pelos réus, além de causar elevado dano financeiro, resultam ainda em dano ao clima moral da sociedade.*

Quanto ao Crime previsto no Art. 288 do Código Penal

200 - Fixo, assim, com relação aos réus *Marcos Rogério Machado de Morais e Antônio Jussivan Alves dos Santos*, no que diz respeito ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, *tendo em vista suas personalidades desvirtuada e voltadas ao crime, bem como suas condutas sociais reprováveis, além do único móvel ter sido o lucro ilícito em detrimento do patrimônio público, com graves conseqüências sociais, entendo ser o mesmo merecedor da pena máxima, tendo esta como pena base, pelo que fixo a pena em 03 (três) anos de reclusão.*

QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL

201 - Resta evidenciado que os réus MARCOS ROGÉRIO MACHADO DE MORAIS E ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS *utilizaram de documentos públicos falsos, pelo menos, quando de suas compras de veículos e fugas, pelo que fixo, para cada um dos réus, a pena de cinco anos de reclusão e multa de 1.000 (um mil) dias multa, sendo cada dia multas fixado em cinco salários mínimos, na forma dos artigos 49, § 1º c/c art.60, § 1º do Código Penal.*

Quanto ao Crime previsto no Art. 155, § 4º do Código Penal

202 - Com relação ao crime de furto qualificado (art. 155 § 4º do Código Penal), percebo que os réus MARCOS ROGÉRIO MACHADO DE MORAIS E ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS *tiveram intensa ação em todas as fases de dito crime, constituindo-se indivíduo experiente na senda do crime e responsável diretos pelo inicial sucesso da empreitada criminosa, pelo que fixo a pena base como a máxima, qual seja 08 (oito) anos de reclusão e multa de 1.080 (um mil e oitenta) dias multa*, sendo cada dia multas fixado em cinco salários mínimos, na forma dos artigos 49, § 1º c/c art. 60, § 1º do Código Penal. Reconheço, ainda a reincidência específica com relação ao réu Antônio Jussivan Alves dos santos, na forma do art. 61, I c/c art. 63 do Código Penal, ante sua condenação anterior, pelo menos, no Processo n. 95.2463-6 que teve curso junto a 15ª Vara Criminal de Fortaleza.

Como é consabido, em regra, não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nos casos de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

A propósito:

Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal ante a personalidade e conduta social do acusado e circunstâncias do delito. Fundamentação idônea. Inexistência de flagrante ilegalidade. Denegação da ordem.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, *o exame da dosimetria da pena por meio de* habeas corpus *somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.*

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso frisar que não foi anexada à inicial do presente *mandamus* a íntegra da ação penal em apreço, de modo que não é possível verificar se os depoimentos mencionados pelas impetrantes, e que foram utilizados pelo magistrado de origem para fundamentar o exame das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do acusado, não se referiram à pessoa do paciente, mas sim ao seu irmão.

4. Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram as impetrantes.

5. Ordem denegada (STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16.8.2011, DJe de 1º.9.2011).

Habeas corpus. Impetração. Art. 121, § 2º, I e III, do Código Penal. (1) Sucedâneo de revisão criminal. Impropriedade da via eleita. (2) Júri. Condenação. Julgamento contrário à prova dos autos. Não reconhecimento. Reexame de provas. Ausência de ilegalidade patente. (3) Dosimetria. Pena aplicada. Fundamentação concreta. Ilegalidade não evidenciada. Duas qualificadoras. Reconhecimento da segunda como agravante ou circunstância judicial. Possibilidade. (4) Não conhecimento.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo de revisão criminal.

2. Concluindo o Tribunal de origem que não ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, porque, sopesando as provas e fatos dos autos, afirmou que o Júri optou por uma das teses que encontram amparo no processo penal, não há

> ilegalidade flagrante a reparar. Aferição, ademais, que demanda revolvimento fático, não condizente com âmbito mandamental e restrito do *habeas corpus*.
>
> 3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem aponta motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. *Em sede de* habeas corpus *não se afere o* quantum *aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório*. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada. E, havendo duas qualificadoras, é possível que uma seja utilizada na primeira ou segunda fase da dosimetria da pena.
>
> 4. *Writ* não conhecido (HC 252.449/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27.5.2014, DJe 9.6.2014).

Consoante consta dos autos, verifica-se que a pena-base foi exasperada:

(*i*) quanto ao crime de ***formação de quadrilha*** (atual associação criminosa), tendo em vista *suas personalidades desvirtuadas e voltadas ao crime, bem como suas condutas sociais reprováveis, além do único móvel ter sido o lucro ilícito em detrimento do patrimônio público, com graves consequências sociais* (fl. 230).

De fato, as assertivas segundo as quais o paciente ostenta *personalidade desvirtuada e voltada para o crime* (fl. 230), sendo, ainda, reprovável sua *conduta social* não têm o condão de justificar a valoração negativa, à míngua de fundamentos concretos para tanto, sobretudo em se considerando tratar-se de réu primário.

Já no que diz respeito aos *motivos do delito*, compulsando os autos verifica-se que foram considerados desfavoráveis em face do *lucro ilícito em detrimento do patrimônio público* (fl. 230).

Nesse contexto, tendo em vista que tal motivação não constitui finalidade inerente ao delito de formação de quadrilha – sequer elencado como delito de cunho patrimonial, e cuja objetividade jurídica é a paz pública –, tem-se por idôneo o fundamento.

Contudo, relativamente às *consequências do delito*, indicadas simplesmente como socialmente graves, sem maiores esclarecimentos, reputa-se indevida a valoração negativa da vetorial, a teor do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

(*ii*) quanto ao crime de ***uso de documento falso***, diante do fato de que os réus se *utilizaram de documentos públicos falsos, pelo menos, quando de suas compras de veículos e fugas, pelo que fixo, para cada um dos réus, a pena de cinco anos de reclusão e multa de 1000 (um mil) dias-multa* (fl. 230).

Do mesmo modo, a simples utilização de documentos público falsos não constitui motivação válida para ensejar o aumento da pena-base, por constituir elementar do tipo, de uso de documento falso.

(*iii*) quanto ao crime de ***furto qualificado***, em virtude de sua *intensa ação em todas as fases do dito crime, constituindo-se indivíduo experiente na senda do crime e responsável diret*[o] *pelo inicial sucesso da empreitada criminosa.*

Tem-se por legítima a exasperação na medida em que indicados fatos que denotam especial reprovabilidade da conduta, ultrapassando as circunstâncias ínsitas ao delito de furto qualificado, sendo imprópria a via eleita, de todo modo, à revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus*. Direito Penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Dosimetria da pena. Majoração da pena-base pouco acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Quantidade da droga apreendida e participação intensa do agente na prática do delito. Precedentes do STJ.
>
> 1. A matéria relativa à propriedade da droga apreendida, por demandar incursão no conjunto probatório da ação penal, revela-se incompatível com a célere via do *habeas corpus*, mormente se a instância ordinária restou convicta quanto à autoria do crime.
>
> 2. *Ao majorar a pena-base, o juízo sentenciante considerou as peculiaridades concretas do delito de tráfico de drogas em questão, tais como a quantidade da droga apreendida e a intensa participação do paciente na prática delitiva - porquanto era o responsável direto pela difusão e transporte da substâncias entorpecente*.
>
> 3. Tem-se, portanto, satisfatoriamente fundamentada a exasperação da reprimenda inicial, pois tais argumentos não são inerentes ao tipo penal e justificam a fixação da pena-base em 04 (quatro) anos, o que não se mostra desproporcional ou injustificado, pois a sanção cominada in abstrato para o crime é de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão. Precedentes do STJ.
>
> 4. Ordem denegada (HC 36.228/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 20.6.2005, p. 305).

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Latrocínio. Absolvição por insuficiência de provas. Necessário revolvimento fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Justificação idônea. Circunstâncias do crime. Reincidência. Aumento na segunda fase. Patamar inferior a 1/6. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido.
>
> - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico,

adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Tendo as instâncias ordinárias demonstrado exaustivamente a materialidade e a autoria do delito, é inadmissível, em sede de *habeas corpus*, o conhecimento do pleito de absolvição por falta de provas, ante o necessário revolvimento fático-probatório incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional.

- Em sede de *habeas corpus*, somente nos casos de flagrante ilegalidade, com expressa violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal, é que se admite a modificação da dosimetria da pena aplicada pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que a inadmissibilidade de análise de provas na via eleita.

- Inexiste o alegado constrangimento ilegal referente à dosimetria na primeira fase da fixação da reprimenda, tendo em vista que as instâncias ordinárias, considerando corretamente o art. 59 do Código Penal, aumentaram a pena-base em quantum *inferior a 1/6,* ***levando-se em conta que as circunstâncias do delito fogem da normalidade***.

- Não há falar, ainda, em ilegalidade no aumento em razão da reincidência do paciente, tendo em vista que as instâncias ordinárias procederam a exacerbação da pena, na segunda fase da dosimetria, em 2 (dois) anos, fração também inferior a 1/6, inexistindo, assim, qualquer desproporcionalidade no patamar fixado.

Habeas corpus não conhecido (HC 219.376/MG, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 18.3.2014, DJe 12.5.2014).

Passo, assim, ao redimensionamento das penas:

i) *Do crime de formação de quadrilha* (atual associação criminosa):

Consoante já salientado, tendo em conta que, de quatro circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, apenas uma foi assim considerada mediante fundamento válido, reduzo a pena-base, proporcionalmente, a 1 ano e 6 meses de reclusão, a qual se torna definitiva, à mingua de outras causas modificativas;

ii) *Do crime de uso de documento falso*:

Inexistindo fundamento válido para justificar o aumento da pena-base, reduzo-a ao mínimo legal, de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, consoante o preceito secundário previsto para o delito do art. 297 do CP, por se tratar de documento público, a qual permanece no mesmo patamar, ausentes

circunstâncias atenuantes, agravantes, minorantes ou majorantes a serem consideradas;

iii) *Do crime de furto qualificado*:

Sendo legítima a motivação utilizada para a exasperação da pena-base, como já assinado, não há constrangimento ilegal a ser sanado, no particular.

Por fim, diante do concurso material, somam-se as penas, as quais totalizam 11 anos e 6 meses de reclusão e 1.090 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, permanece inalterado o regime fechado, imposto na condenação, por se tratar de pena superior a 8 anos.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, porém, a ordem de ofício para absolver o paciente dos delitos de lavagem de dinheiro, reduzindo as penas, quanto aos delitos remanescentes, a 11 anos e 6 meses de reclusão e 1.090 dias-multa.

HABEAS CORPUS N. 358.417-RS (2016/0147480-9)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: William de Souza Padilha

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Não conhecimento do *writ*. Tráfico de drogas. Inquéritos e ações penais em andamento. Utilização como fundamento para o indeferimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Possibilidade, desde que por fatos posteriores, salvo casos excepcionais. Precedentes do STF. Regime fechado. Réu primário. Pena final superior a 4 anos. Pena-base acima do mínimo. Constrangimento ilegal não evidenciado. HC não conhecido.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, *em princípio*, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais. Precedentes.

3. Afastada a aplicação da minorante, não há ilegalidade na fixação do regime fechado, mais gravoso, ainda que primário o réu, condenado à pena reclusiva superior a 4 anos, uma vez fixada a pena-base acima do mínimo legal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nefi Cordeiro não conhecendo do *habeas corpus*, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro, e do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do pedido, contudo concedendo a ordem de ofício, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão. Vencidos em parte a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento do *habeas corpus*. Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 3.10.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de William de Souza Padilha em face da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento ao recurso ministerial para condenar o paciente como incurso no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 à pena de 6 anos de reclusão em regime inicial fechado, em acórdão assim fundamentado:

> 3. Na fixação das penas e observando o previsto nos artigo 42 da Lei n. 11.343 e 59 do Código Penal, verifico, de negativo e em desfavor do apelado, o tipo e quantidade de entorpecente que possuía no momento de sua prisão, sessenta e três pedras de crack. Assim, fixo suas penas em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa.
>
> As penas referidas acima são definitivas, porque inaplicável, na espécie, a redução prevista no § 4º do artigo 33. Além de outros procedimentos criminais, o recorrido registra uma condenação de quatro anos e sete meses de reclusão, regime fechado, e quinhentos e oitenta dias-multa pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, cometido em 16 de novembro de 2013 (alguns meses após o fato em julgamento), com sentença transitada em julgado em 22 de novembro de 2014.
>
> O regime prisional será o fechado e o valor do dia-multa o mínimo.
>
> (...) (fls. 358417).

Opostos embargos de declaração foram rejeitados, *in verbis*:

> 2. Os embargos de declaração não procedem. Não existe nenhuma contradição entre a decisão da Câmara, rejeitando a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343, porque o embargante tem condenação posterior ao fato denunciado e outros procedimentos criminais, com suas decisões a respeito da reincidência ou maus antecedentes no momento da aplicação da pena.
>
> A lei em seu parágrafo 4º não tem vinculação com a pena, mas com a pessoa do condenado. Ou seja, quando fala em primariedade e bons antecedentes está se referindo à vida passada do condenado até o momento da imposição da punição. E não apenas às condenações transitadas em julgado antes do cometimento do novo delito e que refletem uma reincidência.
>
> Tanto que também excluem o benefício daqueles que se dediquem às atividades criminosas ou integre organização criminosa. Estas circunstâncias, diga-se, são apuradas no momento da condenação e não têm nenhuma vinculação com as penas que serão ou foram impostas ao condenado.
>
> 3. Assim, nos termos supra, rejeito os embargos de declaração (fls. 351/352).

Ainda inconformada, a Defesa impetrou o HC n. 338.378/RS perante esta Corte Superior de Justiça, que não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem, de ofício, a fim de, afastados os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - a existência de feitos criminais em curso e de condenação definitiva por fato posterior ao crime em tela -, determinar ao Tribunal de origem que procedesse à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Em cumprimento ao referido acórdão, o Colegiado estadual assim se manifestou:

> 2. Mantenho a decisão anterior que negou ao apelado o benefício do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343 e que assim ficou ditado no acórdão:
>
> (...)
>
> Acrescento que a certidão de antecedentes, colhida em 25 de fevereiro de 2016, mostra que, em junho de 2014, o Procedimento de Execução Criminal foi encaminhado à Vara de Execução Criminal. Ou seja, o recorrido está cumprindo pena privativa de liberdade, o que impede o cumprimento simultâneo entre aquela condenação e as penas restritivas de direitos.
>
> 3. Assim, nos termos supra, mantenho o provimento do apelo ministerial na forma estabelecida no acórdão atacado (fls. 395/396).

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante, em síntese, constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base em um ano com fundamento apenas na quantidade de droga apreendida que, além de desproporcional, é injusta porque 16 gramas de crack não seria excessiva mas sim irrisória.

Pretende, outrossim, o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado em grau máximo aduzindo, para tanto, que a existência de processo criminal não transitado em julgado não configura reincidência, não evidencia a dedicação a atividades criminosas, nem está entre os requisitos legais para a concessão da benesse.

Pretende, ainda, com a redução da pena a patamar inferior a 4 anos, que seja afastado o regime mais gravoso para o início do cumprimento de pena, seja deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e seja reduzida proporcionalmente também a pena de multa fixada.

Requer o deferimento de medida liminar e a concessão da ordem para reduzir a pena-base, aplicar a minorante do tráfico privilegiado, fixar regime aberto, conceder a substituição da pena e adequar a pena de multa fixada.

A liminar foi indeferida às fls. 409/410.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Hilda Marsiaj Pinto, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 419/424).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Não se vislumbra, *in casu*, manifesta ilegalidade no tocante à primeira fase da dosimetria, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 63 pedras de *crack* (16 g) (fl. 14) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

O indigitado dispositivo legal determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, o Colegiado estadual entendeu ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não-cabimento. Tráfico ilícito de entorpecentes. Fixação da pena-base no mínimo legal. Aumento sustentado na natureza e na quantidade da droga. Confissão espontânea. Supressão de instância. Regime aberto e substituição por pena restritiva de direitos. Ausência dos requisitos legais. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

III - O art. 42, da Lei n. 11.343/2006 determina que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas sejam consideradas na fixação da pena-base. Assim, dada a natureza do entorpecente, no caso o crack, justificável o aumento imposto na pena-base, mormente porque a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias se coaduna com a jurisprudência predominante (Precedentes).

IV - Tendo em vista que a tese apresentada, relativamente à confissão espontânea, não foi apreciada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).

V - Os pedidos de fixação de regime inicial aberto e substituição por pena restritiva de direitos não podem ser acolhidos, à míngua dos requisitos legais. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 282.966/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23.10.2014, DJe 3.11.2014)

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação confirmada em sede de apelação. Impetração substitutiva de recurso especial. Impropriedade da via eleita. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Quantidade, natureza e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas. Manifesta ilegalidade. Inexistência. Substituição da pena. Vedação prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Óbice legal declarado inconstitucional. Fundamento afastado. Culpabilidade elevada. Vultosa quantidade, natureza e variedade de entorpecentes. Fundamentação idônea. Ilegalidade manifesta. Inexistência. Regime fechado. Matéria não analisada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Patente ilegalidade. Ocorrência. Regime fechado fixado com base na hediondez do delito. Regime aberto possibilidade em tese. Aferição *in concreto* deve ser realizada pelo Juízo das Execuções. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade, a natureza e a variedade das

> substâncias entorpecentes apreendidas - 13.551,17 g de de maconha, 950 g de haxixe, 6.325,8 g de cocaína -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
>
> (...)
>
> 7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.
>
> (HC 184.904/DF, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 6.6.2013)

No mais, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Verifica-se que as instâncias de origem entenderam ser inaplicável o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, diante da existência de feitos criminais em curso e de condenação do paciente, posterior à data do cometimento do delito em testilha.

Ora, não é viável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena amparando-se na pendência de feitos criminais em curso. É que, consoante pacífica jurisprudência deste Sodalício, inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Penal. Tráfico de drogas (11 pedras de "crack", equivalente a 2,618 g - dois gramas, seiscentos e dezoito miligramas). Minorante prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos. Causa especial de diminuição da pena não aplicada pelo magistrado singular, em razão da presença de maus antecedentes. Circunstância que, de fato, impede a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, na hipótese, os maus antecedentes foram considerados sem qualquer menção à existência de condenações transitado em julgado. Natureza da droga. Relevância para a fixação do *quantum*. Redução média. Fixação de regime prisional fechado para o cumprimento da pena. Obrigatoriedade, na hipótese de cometimento após a Lei n. 11.464/2007. Mitigação do regime prisional admitida, entretanto, quando aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, for substituída a pena corporal por restritiva de direitos, o que não é a hipótese. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Descabimento. Requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal, não preenchidos. Ordem parcialmente concedida.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades delituosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. A sentença condenatória negou ao Paciente a aplicação da minorante prevista art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão de seus maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça.

4. Na hipótese, contudo, segundo informações do Juízo sentenciante, à época da sentença condenatória, não havia condenação transitada em julgado em desfavor do Paciente, apenas processos ainda em curso. E, segundo o entendimento adotado tanto pelos Tribunais Superiores quanto pelo Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados como maus antecedentes.

5. Afastados os maus antecedentes do Paciente - única condição apontada para negar a aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 -, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

(...)

(HC 180.949/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25.10.2011, DJe 7.11.2011) (grifou-se).

Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa de aumento de pena. Interestadualidade. Art. 40, V do mesmo diploma. Configuração. Desnecessidade de efetiva transposição de fronteiras de Estados da Federação. Intenção que não se concretiza. Incidência da majorante. Tráfico internacional. Similaridade. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. Aplicação negada unicamente em razão da consideração de ação penal em curso como suficiente à caracterização de maus antecedentes. Constrangimento ilegal. Ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes do STJ. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal aprecie a possibilidade de redução da pena, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, desconsiderando-se os antecedentes mencionados.

1. Tal qual o tráfico internacional, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual para que fique autorizada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V da Lei n. 11.343/2006; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente mercadejada tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais. Precedente da 5ª Turma: HC 93.223/MS, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJU 13.10.2008).

> 2. A jurisprudência das Cortes Superiores afirma que há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados como maus antecedentes e personalidade voltada para o crime; dessa forma, a existência de ação penal em curso não caracteriza maus antecedentes criminais para o fim de obstar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.
>
> 3. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem.
>
> 4. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal *a quo* aprecie a possibilidade de redução da pena do paciente, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, desconsiderando-se os antecedentes mencionados.
>
> (HC 119.637/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16.4.2009, DJe 25.5.2009) (grifou-se).

Imperioso, por conseguinte, o afastamento do óbice utilizado pelas instâncias ordinárias para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena.

Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a negativa da benesse prevista no § 4º da Lei n. 11.343/2006, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3, sendo imperioso o redimensionamento da pena.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Mantenho a pena-base em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira etapa, diminuo a pena em 2/3, ante a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que perfaz a pena de 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, a qual torno definitiva.

Embora a reprimenda corporal seja inferior a 4 anos de reclusão, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber, a quantidade e natureza da droga apreendida - 63 pedras de *crack* (16 g) (fls. 14/15), entendo não ser cabível o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo razoável, portanto, a fixação do regime inicial intermediário.

Ante o exposto, *não conheço do* writ. *Concedo*, contudo, *a ordem, de ofício*, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, a ser cumprida do regime inicial semiaberto.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: A eminente Relatora, *Ministra Maria Thereza de Assis Moura*, apresentou voto, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício para reduzir as penas a 2 anos de reclusão e 200 dias-multa.

Pedi vista para melhor exame dos autos, notadamente em relação à aplicabilidade, ou não, da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) a fatos criminais pendentes de definitividade.

A Ministra Relatora aplicando, por analogia, a Súmula 444 do STJ, segundo a qual, [é] *vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base*, entendeu que *não é viável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena amparando-se na pendência de feitos criminais em curso* e que *inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção da inocência* (fl. 7).

Quanto ao ponto, em razão do disposto na Súmula 444/STJ, não poderia ser diferente o entendimento diuturnamente exercitado pelas Turmas que integram a Terceira Seção desse Tribunal Superior, ou seja, *inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade* (STJ, HC 206.442/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe de 2.4.2013). Ilustrativamente, o seguinte julgado da Terceira Seção: (Rcl 9.353/DF, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, DJe 10.5.2013).

Vê-se, portanto, que fatos pendentes de definitividade (inquéritos ou ações em curso) não servem para a valoração negativa dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ).

No que concerne ao tema central, cumpre esclarecer que para a aplicação do privilégio contido no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, impõe-se ao agente ser *primário*, ter *bons antecedentes* e não se *dedicar às atividades criminosas* ou integrar *organização criminosa*. Nesse sentido: HC 225.040/ES, Rel. Ministro *Rogerio Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 7.6.2016, DJe 21.6.2016; HC 347.600/SP, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, julgado em 5.4.2016, DJe 18.4.2016 e; HC 150.679/SP, Rel. Ministro *Nilson Naves*, Rel.

p/ Acórdão Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, julgado em 9.2.2010, DJe 7.6.2010.

Assim, em decorrência do disposto na Súmula 444/STJ e do entendimento jurisprudencial acerca dos pressupostos legais do tráfico privilegiado, pode-se afirmar, portanto, que ações penais em andamento não têm o condão de afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, *quando qualificadas/fundamentadas, apenas, nos maus antecedentes ou na reincidência*. Nesse sentido, o seguinte precedente:

> Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa de aumento de pena. Interestadualidade. Art. 40, V do mesmo diploma. Configuração. Desnecessidade de efetiva transposição de fronteiras de Estados da Federação. Intenção que não se concretiza. Incidência da majorante. Tráfico internacional. Similaridade. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. Aplicação negada unicamente em razão da consideração de ação penal em curso como suficiente à caracterização de maus antecedentes. Constrangimento ilegal. Ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes do STJ. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal aprecie a possibilidade de redução da pena, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, desconsiderando-se os antecedentes mencionados.
>
> [...]
>
> 2. A jurisprudência das Cortes Superiores afirma que há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados como maus antecedentes e personalidade voltada para o crime; dessa forma, *a existência de ação penal em curso não caracteriza maus antecedentes criminais para o fim de obstar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006*.
>
> [...] (HC 119.637/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16.4.2009, DJe 25.5.2009 - grifos).

Ocorre que, embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, entendo como circunstância apta, *em princípio*, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas. Esse é o ponto em que, *permissa vênia*, passo a divergir.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos do acórdão impugnado:

> As penas referidas acima são definitivas, porque inaplicável, na espécie, a redução prevista no § 4º do artigo 33. Além de outros procedimentos criminais, o recorrido registra uma condenação de quatro anos e sete meses de reclusão,

> regime fechado, e quinhentos e oitenta dias-multa pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, cometido em 16 de novembro de 2013 (alguns meses após o fato em julgamento), com sentença transitada em julgado em 22 de novembro de 2014.

Como bem explicitado pela eminente Relatora, de fato, das folhas de antecedentes criminais, contidas às fls. 46/48 dos autos, não consta condenação com trânsito em julgado contra o paciente, mas apenas inquéritos e ações penais em andamento e uma condenação não definitiva por fato posterior.

Nesse contexto, não obstante a condenação não definitiva, porquanto por fato cometido posteriormente à prática do delito *sub examine*, não possa ser utilizada como fundamento para o afastamento da minorante, os inquéritos policiais e as ações penais em andamento *por fatos anteriores* podem ser considerados como tal, como forma de evidenciar *dedicação à atividade criminosa*.

Quanto ao tema, eis a compreensão do *Supremo Tribunal Federal*:

> Ementa: *Habeas corpus*. Constitucional. Tráfico de entorpecente. Não incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por se dedicar o paciente a atividades criminosas. Com a subsistência da pena fixada, fica mantido o regime inicial fechado. Ordem denegada.
>
> 1. *Considerados os fatos incontroversos nos autos*, devolvidos ao exame do Superior Tribunal de Justiça (*Paciente respondeu a outra ação por tráfico, a comprovar a reiteração da conduta*, por possuir mochila com tabletes de maconha e balança de precisão, além de cinquenta e seis vasos com cento e quatorze mudas de maconha em sua residência), não se há cogitar de reexame de prova, mas de simples avaliação do conjunto fático-probatório, *sendo correto o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diante desses elementos comprobatórios do fato de o Paciente dedicar-se a atividade criminosa*.
>
> 2. (...)
>
> 3. Ordem denegada. (HC 134.082, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 17.5.2016, Processo Eletrônico DJe-112 divulg 1º.6.2016 public 2.6.2016 - grifos).

> Ementa: Penal e Constitucional. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). *Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas*. Afastamento: *paciente dedicado a atividades criminosas. Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento. Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência*. Dosimetria da pena, substituição

> por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal *a quo*. Não conhecimento.
>
> 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".
>
> 2. In casu, *a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais*, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. *Menezes de Direito*, DJe de 20.3.2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, DJe de 14.2.2012, entre outros.
>
> 3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal *a quo*, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância.
>
> 4. *Habeas corpus* conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão. (HC 108.135, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.6.2012, Processo Eletrônico DJe-125 divulg 26.6.2012 public 27.6.2012 - grifos).

Tenho, portanto, que fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas. *Confiram-se*: HC 353.742/RS, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, ***Sexta Turma***, julgado em 5.5.2016, DJe 16.5.2016; HC 258.996/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, ***Sexta Turma***, julgado em 7.6.2016, DJe 17.6.2016.

Ainda nesse sentido:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Tráfico de substância entorpecente. Decisão monocrática. Possibilidade. Ausência de violação ao princípio da colegialidade. Fixação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. *Réu que responde a outras ações penais. Dedicação à atividade criminosa. Fundamentação idônea*. Agravo regimental desprovido.
>
> 1. De acordo com o art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal, é possível ao Relator dar provimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

2. *A existência de outros processos criminais contra o Acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

3. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 232.513/AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, *Quinta Turma*, julgado em 13.8.2013, DJe 23.8.2013 - grifos).

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Penal. Tráfico de drogas. *Afastamento da causa especial de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Agravante que se dedica a atividades criminosas.*

1. *Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos.*

2. *A certidão de antecedentes criminais, bem como o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime de roubo, permite concluir que o réu se dedica a atividades criminosas, não preenchendo os pressupostos do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006.*

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 101.913/CE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, *Quinta Turma*, julgado em 5.2.2013, DJe 15.2.2013 - grifos).

Por fim, quanto ao regime prisional, afastada a aplicação da minorante, não constato ilegalidade na fixação do regime fechado, mais gravoso, conquanto primário o réu, uma vez fixada a pena-base acima do mínimo legal, por se tratar de pena reclusiva superior a 4 anos – 6 anos.

Ante o exposto, com a vênia da ilustre relatora, voto por não conhecer do *writ*.

HABEAS CORPUS N. 366.517-DF (2016/0211302-0)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz
Impetrante: Alexandre Vieira de Queiroz e outro
Advogado: Alexandre Vieira de Queiroz - DF018976
Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
Paciente: Benedito Augusto Domingos (preso)

EMENTA

Execução penal. Condenado com idade avançada e com inúmeras patologias. Viabilidade de cumprimento da pena em prisão domiciliar até que o quadro clínico apresente estabilidade ou até que o estabelecimento prisional tenha condições de prestar a assistência médica. Ordem concedida.

1. Em respeito à integridade física da pessoa submetida à custódia do Poder Público, deve-se compreender, como parte do núcleo intangível que permeia esse direito fundamental diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, o dever do Estado de prestar a devida assistência médica àqueles condenados que ostentam idade avançada. O conteúdo de tal garantia deve ser preservado em qualquer circunstância, mostrando-se arredável eventual justificativa tendente a reduzir-lhe o alcance ou a dimensão.

2. Determinadas previsões da Lei de Execução Penal devem ser interpretadas visando a sua harmonização com um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, da CF), de modo a assegurar acesso dos presos às necessidades básicas de vida, não suprimidas pela sanção criminal. Outrossim, não se sustenta a interpretação literal de dispositivo de lei que venha a fomentar, na prática, a manutenção do quadro caótico do sistema penitenciário, com implicações deletérias à integridade física dos presos.

3. A melhor exegese, portanto, do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha.

4. Seguindo a linha de uma interpretação consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais do condenado, entre os quais o direito a atendimento médico minimamente adequado, esta Corte, há um bom tempo, sempre na via da absoluta excepcionalidade e em consonância com o caso concreto, tem permitido a condenados em regime diverso do aberto que usufruam da prisão domiciliar sempre que necessário ao tratamento médico de que careçam e que não possa ser disponibilizado dentro dos presídios.

5. Há, na espécie, nítida singularidade na situação do paciente, que conta com 82 anos de idade e com inúmeras patologias que requerem cuidados médicos, não disponibilizados, satisfatoriamente, pelo estabelecimento prisional em que se encontra recolhido, tornando temerária a manutenção do paciente no cárcere enquanto inalterado o quadro médico ou a insuficiência dos serviços estatais.

6. Ordem concedida a fim de autorizar que o paciente cumpra a pena em prisão domiciliar até que seu quadro clínico permita seu retorno ao estabelecimento prisional, devendo os relatórios médicos acerca da evolução das patologias ser periodicamente encaminhados ao Juízo das execuções criminais, ou até que o estabelecimento prisional tenha condições efetivas de prestar a assistência médica de que ele necessita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr. Alexandre Vieira de Queiroz, pela parte paciente: Benedito Augusto Domingos.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 27.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: ***Benedito Augusto Domingos*** estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, que denegou a ordem lá impetrada (HC n. 0029823-91.2016.8.07.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente, condenado pelo Tribunal *a quo*, em ação penal originária, pela prática de fraude ao caráter competitivo da licitação e por corrupção passiva, encontra-se sob execução provisória da pena.

A defesa pleiteou, perante o juízo da execução, fosse deferida a prisão domiciliar, sob os argumentos de que o grave estado de saúde do paciente, que não recebe tratamento adequado no estabelecimento prisional, e a sua avançada idade (82 anos), justificariam o pedido, argumentos não acolhidos pela Corte de origem.

Neste *writ*, os impetrantes reiteram o pedido, salientando que "a Defesa não está requerendo a prisão domiciliar apenas com fundamento no art. 117, da LEP. Mas também com lastro no art. 318, I, do CPP, notadamente devido ao teor dos Ofícios do Comandante do 19º Batalhão de Polícia Militar; no Laudo oficial do perito do IML; e dos Relatórios médicos acostados aos autos" (fl. 3).

Aduzem que "os Ofícios encaminhados pelo Comandante do 19º Batalhão de Polícia Militar e Diretor do NCPM à Douta Magistrada de primeiro grau, deixam bem claro que a unidade prisional não tem a menor condição de prestar qualquer tipo de tratamento ambulatorial (muito menos o sugerido no Laudo Pericial), bem como relatam as dificuldades para efetuar os deslocamentos para atendimento externo" (fl. 5).

Asserem, ainda, que "A idade, embora seja um fator importante para fins de individualização do cumprimento da pena (art. 318, I, CPP c/c art. 5º, XLVI e XLVIII, CF), no presente caso, deve ser somado, até por cautela, aos problemas de saúde (artigos 40 e 41, VII, da LEP c/c 5º, XLIX, CF). Não é ocioso lembrar que se trata de execução precária, estando a reprimenda ainda sujeita a correções pelos tribunais" (fl. 7).

Por fim, alegam que, "ao contrário do constante na decisão ora guerreada, o ora Paciente não foi condenado a cumprir a pena em regime fechado, mas em regime semiaberto" (fl. 15) e requerem seja deferido ao paciente o cumprimento de pena em prisão domiciliar para tratamento.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que, em parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Doge, manifestou-se pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Em síntese, o paciente cumpre as penas que lhe foram impostas pela prática dos crimes de *fraude ao caráter competitivo da licitação* (5 anos, 8 meses e 10 dias de detenção) e *de corrupção passiva* (4 anos).

A defesa, em 29.7.2016, pleiteou a concessão da prisão domiciliar, sob o argumento de que o réu necessitaria de cuidados médicos não disponíveis no local onde se encontra, pedido este que foi indeferido pelas instâncias ordinárias. Consequentemente, impetrou este *habeas corpus* que reitera a alegação de fragilidade na saúde do paciente, que conta com 82 anos e necessita de cuidados médicos periódicos não disponíveis na unidade prisional, motivo pelo qual pretende a prisão domiciliar, não apenas com fundamento no art. 117 da LEP, mas também com lastro no art. 318, I, do CPP, notadamente devido ao teor dos Ofícios do Comandante do 19º Batalhão de Polícia Militar; no Laudo oficial do perito do IML e nos Relatórios médicos acostados aos autos (fl. 3).

II. Considerações iniciais

Assinalo, de imediato, a opção do legislador Constituinte pela elevação da dignidade da pessoa humana como um dos pilares, ou fundamentos, da República, conforme se lê logo do art. 1º, III, da Carta Política de 1988, o que, à evidência, repercute diretamente no modo como o Estado pune aqueles que violam as leis penais, assegurando-lhes diversos direitos não atingidos pela sanção criminal, com destaque para o direito a que se respeite a integridade física e moral do condenado.

Esse também é o pensamento positivado em qualquer documento internacional que verse temas de direitos humanos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, por exemplo, estabelece em seu item III que "*todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*" *e que* "*ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*" (item IV). Tem por objetivo "*reconhecer a dignidade inerente a todos os membros da família humana, que é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*" (GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 19).

De modo semelhante, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992) prevê em seu art. 10 que "*toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana*". Na mesma direção, o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992) consagra regras protetivas aos direitos dos presos, determinando em

seu art. 5º, item 1: "*toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*" e, no item 2 (segunda parte): "*toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*".

Em respeito à integridade física da pessoa submetida à custódia do Poder Público, deve-se compreender – como parte do núcleo intangível que permeia esse direito fundamental diretamente ligado à dignidade da pessoa humana – *o dever do Estado de prestar a devida assistência médica àqueles condenados que dela necessitarem, notadamente os presos que ostentam idade avançada e saúde fragilizada*.

O conteúdo de tal garantia deve ser preservado em qualquer circunstância, mostrando-se inaceitável eventual justificativa tendente a reduzir-lhe o alcance ou a dimensão. Luiz Regis Prado afirma que "é justamente na dignidade humana que radica o fundamento material do princípio da humanidade, visto que constitui o último e fundamental limite material à atividade punitiva do Estado" (*Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral – Arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 142).

O princípio da humanidade da pena, portanto, mostra-se como uma garantia da ordem material e restritiva na construção e na interpretação de leis penais. A despeito da necessidade de se punirem infratores, "repugna à consciência de todos a inflição de castigos cruéis e ofensivos à dignidade que sempre permanece, em maior ou menor escala, até no pior delinquente" (DOTTI, Rene Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 222).

Não posso, aliás, deixar de considerar que, em recente julgamento realizado pela Suprema Corte (*ADPF n. 347/DF*), o Plenário reconheceu, inspirado em decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC), a existência do ***Estado de Coisas Inconstitucional*** *no sistema prisional brasileiro*, haja vista a ocorrência de violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. Conclui-se que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam – quando desrespeitados os mínimos direitos que compõem a ideia da dignidade da pessoa humana – eventualmente se constituindo em penas cruéis e desumanas, em desrespeito à Constituição da República e a diversos documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas constitucionais e legais.

Nessa decisão, evidencia-se a posição do Supremo Tribunal Federal ao balancear os direitos e os princípios constitucionais tutelados, no sentido

de impor obrigações de fazer ao Poder Executivo, no âmbito da política penitenciária, com o propósito de dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afastados os princípios da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível (VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo*: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão n. 186). Disponível em: <www.senado. leg.br/estudos> Acesso em: 5 out. 2016).

Embora, objetivamente, a decisão proferida pelo STF tenha apenas implementado as audiências de custódia e liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) para utilização em sua finalidade primordial (proibindo a realização de novos contingenciamentos), não há como descartar o reconhecimento de que há um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou pela incapacidade reiterada e persistente do Estado brasileiro em modificar a estrutura e o funcionamento do sistema penitenciário brasileiro. Tal constatação sinaliza a necessidade de o operador do direito não se manter apático diante do abismo existente entre a legislação de execução penal, as imposições constitucionais e a realidade do sistema prisional brasileiro.

Outro importante caso analisado pela Suprema Corte (*RE n. 641.320/RS*), que implicou na edição da *Súmula Vinculante n. 56 do STF*, também serve como relevante vetor de transformação na forma de interpretar a Lei de Execução Penal, de sorte a compatibilizá-la com a realidade brasileira e, nessa perspectiva, com os ditames constitucionais. Com efeito, como assinalou o Ministro *Gilmar Mendes*, "*por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos. A Constituição chega a ser expletiva nesse ponto, ao afirmar o direito à integridade física e moral dos presos* (art. 5º, XLIX)".

Assim, conclui o referido Ministro, fazendo referência ao *HC n. 93.596* relatado pelo Ministro Celso de Melo, que "não se revela 'aceitável que, por (crônicas) deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação das determinações impostas pela Lei de Execução Penal – que constitui exclusiva obrigação do Poder Público – venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos que lhe são conferidos pelo ordenamento positivo'".

Nessa perspectiva, é possível compreender a ideia, inserta no conteúdo desses dois importantes casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal, de que determinadas previsões da Lei de Execução Penal devem ser interpretadas visando a sua harmonização à dignidade da pessoa humana, de modo a não suprimir o acesso dos presos às necessidades básicas de vida, não atingidas pela sanção privativa de liberdade.

Outrossim, não há como permitir a interpretação literal de determinados comandos previstos na Lei de Execução Penal que, ao fim e ao cabo, fomentam, na vida prática, a manutenção do quadro caótico do sistema penitenciário com implicações deletérias à integridade física dos presos. Por isso, as diretrizes extraídas do *RE n. 641.320/RS*, *v.g*, a saída antecipada de presos como medida para otimizar as vagas nos presídios, não encontram guarida no texto rígido da LEP, mas na necessidade de se obter soluções no enfrentamento desse grave problema vivido pelo sistema prisional, enquanto fenômeno social.

A mesma inclinação deve existir no processo hermenêutico incidente sobre o art. 117 da Lei n. 7.210/1984, que reza o seguinte:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
>
> I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
>
> II - condenado acometido de doença grave;
>
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
>
> IV - condenada gestante.

A interpretação literal do referido artigo pode levar o operador do direito a conclusão de que somente os presos em regime aberto é que podem, nas hipóteses ali previstas, ser recolhidos em residência particular (prisão domiciliar). Tal compreensão não soa desarrazoada e era a orientação adotada por esta Corte tempos atrás. A propósito, o seguinte precedente de 1989:

> Penal. Regime aberto. Cumprimento em prisão domiciliar. *Reunindo o condenado condições para o beneficio da prisão albergue, pode o juiz designar, como local de cumprimento da pena, residência particular, ante as peculiaridades de cada caso. Admite-se o regime aberto domiciliar, não somente ao condenado que detenha uma das condições elencadas nos incisos I a IV do artigo 117 da Lei das Execuções Penais, mas, também aquele que tendo obedecido a escala progressiva dos regimes prisionais, estatuída no art. 33 do C. Penal, esteja impossibilitado de cumprir o restante da pena no regime aberto por falta de local apropriado.*

> *Recurso improvido* (*REsp n. 11/SP*, Rel. Ministro *Cid Flaquer Scartezzini*, DJ 23.10.1989, destaquei).

Entretanto, a melhor exegese, extraída da evolução e do aperfeiçoamento das instituições na proteção aos direitos e das garantias fundamentais, no decorrer do tempo, bem como dos recentes precedentes da Suprema Corte, permite inferir a *viabilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o recomende*, isto é, desde que no caso examinado haja evidente conflito entre direitos e garantias fundamentais, a impor ao intérprete a necessária ponderação a fim de coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, ainda que nesse mister seja imperativo reduzir proporcionalmente o âmbito de alcance de cada direito ou garantia, sempre em busca da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Nesse particular, portanto, deve o magistrado levar em conta que *o mínimo necessário à manutenção da integridade física do condenado, sob a ótica do atendimento de saúde, integra o núcleo essencial da própria ideia de dignidade da pessoa humana* (BARROSO, Luís Roberto. A *Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84-87).

Assim, apoiado em interpretação consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais do condenado, entre os quais o direito a atendimento médico adequado, tal como o exposto até aqui, esta Corte, há um bom tempo, sempre na via da absoluta excepcionalidade e em consonância com o caso concreto, tem permitido aos condenados em regime diverso do aberto que usufruam da prisão domiciliar sempre que adequado ao tratamento médico de que necessitam e que não possa ser disponibilizado dentro dos presídios. Nesse sentido:

> Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Estado de saúde do agente. Gravidade comprovada. Prisão domiciliar. Supressão de instância. Matéria não analisada na origem. Recurso não conhecido. Constrangimento ilegal demonstrado. Excepcionalidade da situação evidenciada. Ordem concedida de ofício.
>
> [...]
>
> 2. A prisão domiciliar é prevista na Lei de Execução Penal para os condenados que estejam cumprindo pena no regime aberto, desde que atendam a alguns requisitos, expressamente elencados no artigo 117 do aludido diploma legal, dentre os quais estar o condenado acometido de doença grave.

> 3. *Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento, que em casos excepcionais, é possível a concessão da reclusão em residência para os portadores de doença grave, mesmo que encontre-se no regime fechado ou semiaberto*.
>
> 4. *In casu*, há nos autos laudo médico que atesta a gravidade de sua enfermidade, bem como sugere a realização de tratamento curativo fora do estabelecimento prisional, em face da ausência de recursos necessários para a restauração da saúde do custodiado no âmbito carcerário.
>
> 5. Recurso não conhecido, contudo *habeas corpus* concedido de ofício para autorizar a transferência do recorrente para o regime de prisão domiciliar até que o seu quadro clínico o possibilite a cumprir a sanção impingida em estabelecimento prisional adequado, devendo o Juízo competente delimitar as condições da deferida excepcionalidade (*RHC n. 26.814/RS*, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, DJe 29.3.2010, destaquei).

III. Hipótese dos autos – direito a tratamento domiciliar

No caso, o paciente, custodiado no 19º batalhão da Polícia Militar – NPCM desde 23.3.2016 (fl. 429), com 82 anos de idade, possui o seguinte quadro clínico exposto pela defesa – *devidamente comprovado*, conforme fl. 395 – (fl. 4):

> 1. Hipertensão Arterial Sistêmica em tratamento, compensada;
>
> 2. Osteofitose da coluna lombar e cervical, sintomáticas, em tratamento analgésico;
>
> 3. Hipotireoidismo em tratamento, compensado;
>
> 4. Dislipidemia mista, em tratamento medicamentoso;
>
> 5. Obesidade grau II;
>
> 6. Doença aterosclerótica em carótida direita, em tratamento medicamentoso;
>
> 7. Histórico de episódios de fibrilação atrial, no momento, sendo prescrito tratamento medicamentoso preventivo de tal arritmia;
>
> 8. Má adesão ao tratamento medicamentoso, documentada em prontuário médico, e relatada pelo periciando, antecedendo o cárcere.

Em relação ao atendimento e ao tratamento médico, embora desde o início do cumprimento da pena o Estado tenha viabilizado o atendimento ambulatorial, tal como ressaltou o acórdão impugnado, a própria declaração feita pelo Comandante e Diretor da Unidade prisional, no dia 18.4.2016, esclarece o seguinte (fl. 426):

> Desde sua chegada, este comandante constatou que o custodiado em questão foi submetido a escolta emergencial por 02 (duas) vezes, nos dias 09 de abril e 18 de abril do corrente ano. *Também foi verificado a idade avançada do custodiado e um quadro clínico indicando a incidência de várias patologias, com extendo uso de medicamentos. Segue anexa cópia do Relatório Médico do Sr. Benedito datado e assinado pelo Dr. Manoel Solange Fontes Teles.*
>
> Diante do exposto, *informo que o Núcleo de Custódia Policial Militar - NCPM, não possui profissionais de saúde que possam oferecer atendimento médico de urgência ou ambulatorial para os custodiados e, ainda, não possui viaturas tipo ambulância ou para transporte médico hospitalar, assim acarretando em um comprometimento na eficácia de possível socorro*.
>
> *Vale ressaltar que o ano de 2014, o custodiado 3º SGT QPPMC* ***Lindomar Moura Gomes*** *- MAT. 14.127-5, apresentou um problema de saúde no interior da cela dos custodiados do regime fechado e, devido a complicadores semelhantes já citados acima, o interno veio a óbito*.

Essa informação já havia sido prestada à defesa pelo referido comandante, seis dias antes (11.4.2016), nestes termos (fl. 413):

> [...]
>
> *Informo ainda que neste batalhão não há pronto atendimento médico durante o dia e a noite e nos casos de atendimento médico hospitalar de emergência, os custodiados são encaminhados a pronto-socorros da rede pública ou de hospitais particulares, quando o custodiado possuir convênio. Não possuímos desfibrilador, não há viaturas tipo ambulância ou viatura para transporte médico hospitalar e por fim este Batalhão não tem condições de prescrever dietas especiais para pessoas que se encontram presas* (destaquei).

Tal circunstância é reconhecida pelo Magistrado das execuções, que concluiu (fls. 430-431):

> Ora, o próprio Comandante e Diretor da unidade informou que Benedito Domingos está alocado no NCPM desde o dia 23 de março do corrente ano e que durante este lapso temporal precisou de dois atendimentos emergenciais. *Embora tenha afirmado que o Núcleo não teria viatura adequada para prestar socorro, o interno foi efetivamente socorrido, sem quaisquer intercorrências, conforme se vê nos bojos dos boletins de socorro enviados a este Juízo, razão pela qual tais fatos não podem ser invocados para subsidiar eventual transferência.*

Como se vê, há informações claras de que *o ambiente em que o paciente se encontra não possui condições de fornecer-lhe o tratamento de saúde adequado, havendo notícia, aliás, de que outro custodiado em semelhantes condições teria vindo a*

óbito em razão dessa precariedade dos serviços médicos no presídio. Nessa perspectiva, a manutenção da prisão, no local onde se encontra o ora paciente não se coaduna, a meu juízo, com os fins a que a pena se propõe, porquanto o expõe a real perigo de vida.

A solução ora aviltrada poderia ser outra se houvesse, com a concessão da prisão domiciliar, concreto risco à integridade física de terceiros ou à repetição da conduta pela qual o paciente cumpre pena. Porém, dadas a natureza do delito (contra a administração pública) e as condições pessoais do preso, esse risco não se faz presente.

De anotar, por derradeiro, que o paciente já cumpriu mais de 7 meses de sua pena privativa de liberdade, em regime semiaberto, antevendo-se a probabilidade de que, em breve, ingresse no regime aberto, se preenchidos seus requisitos legais.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, voto por conceder-se a ordem pleiteada, a fim de autorizar que o paciente cumpra a pena em prisão domiciliar *até que seu quadro clínico permita seu retorno ao estabelecimento prisional*, devendo os relatórios médicos acerca da evolução desse quadro ser encaminhados ao Juízo das execuções criminais, na periodicidade que determinar, ou *até que o estabelecimento prisional tenha condições efetivas de prestar a assistência médica de que ele necessita*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 71.928-MG (2016/0151013-8)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira
Advogado: Charley Teixeira Chaves - MG088259
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Desobediência e resistência. *Bis in idem*. Duplo julgamento pelo mesmo fato delituoso.

Supressão de instância. Ilegalidade flagrante. Recurso não conhecido. Ordem concedida, de ofício.

1. Embora o colegiado do Tribunal de origem não tenha examinado a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior.

2. *In casu*, está evidenciada a nulidade do acórdão condenatório prolatado na Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, diante da ***incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte*** para o processamento e julgamento do feito.

3. Por outro lado, tal ação penal examinou exatamente os mesmos fatos posteriormente imputados na Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024 (8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte), caracterizando *bis in idem*.

4. Em princípio, seria o caso de reconhecer a nulidade *ab initio* deste segundo processo - em razão da ocorrência de inadmissível *bis in idem* -, solução que, todavia, é de ser afastada em razão da ***incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal***, onde tramitou o primeiro processo.

5. Na hipótese dos autos, como a soma das penas máximas cominadas aos delitos (desobediência e resistência) ultrapassa 2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.

6. Assim, no caso concreto, como o Processo n. 2532817-34.2011.8.13.0024 tramitou perante juízo absolutamente incompetente (Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte), deve ser declarado nulo, mantendo-se hígido o segundo processo (Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte) que, embora tenha sido proposto em momento posterior, corre no juízo efetivamente competente para o julgamento da causa.

7. Recurso não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em razão da incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, *afastar a coisa julgada, anular e trancar* a Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, sem prejuízo da continuidade da Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 30.9.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n. 1.0000.15.097641-3/000), assim sintetizado:

> Habeas corpus. *Restabelecimento da pena restritiva de direito. Pedido deferido em primeiro grau. Perda do objeto da impetração. Nulidade do processo de origem. Inocorrência. Litispendência. Pedido não formulado em primeiro grau. Supressão de instância. Autoria delitiva. Análise incabível na ação direta de* habeas corpus. 01. Não há falar-se em constrangimento ilegal quando o pedido de restabelecimento da pena restritiva de direito já foi deferido, restando prejudicada, em parte, a impetração. 02. Sendo a tese de nulidade proveniente de meras ilações equivocadas do impetrante, não há falar-se em nulidade do processo de origem. 03. Se o juízo *a quo* ainda não se pronunciou acerca de determinado pedido formulado pelo paciente, impedido está o Tribunal de apreciar a ordem impetrada, sob pena de supressão de instância. 04. O revolvimento de matéria de prova não se comporta nas balizas do *Habeas Corpus*, devendo emergir da instrução probatória no curso da ação penal.

Nesta via, o recorrente alega sofrer constrangimento ilegal, por ter sido processado simultaneamente pelos mesmos fatos em duas ações penais distintas.

Aduz que o Processo n. 2782683-90.2012.8.13.0024 da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte é idêntico ao Processo n. 2532817-34.2011.8.13.0024 do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte.

Pretende a anulação do último: a) por violação à ampla defesa e ao contraditório; b) por incompetência do juizado especial para apreciar os fatos delituosos (arts. 329 e 330 do Código Penal); e c) por inadmissibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem prévia oitiva do condenado.

A liminar foi indeferida (fls. 215/216).

Foram prestadas informações às fls. 221/232, 236/239 e 242/252.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Nívio de Freitas Silva Filho, manifestou-se "pelo desprovimento do recurso ordinário, concedendo-se a ordem de ofício" (fl. 261).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Constata-se, de pronto, que a nulidade apontada - referente ao duplo julgamento do recorrente pelos mesmos fatos - não foi efetivamente apreciada pelo acórdão impugnado, o que até mesmo impediria o seu conhecimento por esta Corte Superior.

Com efeito, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que, ante a ausência de exceção de litispendência perante o juízo de primeiro grau, seria descabida a apreciação da questão em segundo grau, sob pena de supressão de instância.

A jurisprudência desta Corte tem considerado não ser possível o conhecimento de *habeas corpus* quando não apreciada a questão pelo Tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.

Entretanto, excepciona-se o dito entendimento (impossibilidade de julgar matéria não analisada pela Corte de origem) *quando caracterizado o manifesto constrangimento ilegal.*

In casu, está evidenciada a nulidade do acórdão condenatório prolatado na Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, diante da incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte para o processamento e julgamento do feito.

Por outro lado, tal ação penal examinou exatamente os mesmos fatos posteriormente imputados na Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024 (8ª

Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte), caracterizando indevido *bis in idem*.

Transcrevo, para que não restem dúvidas, o teor das exordiais (fls. 195/197 e 26/28):

> ***Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024 (Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte)***.
>
> O Ministério Público de Minas Gerais, através da Promotora de Justiça em exercício perante esta Vara e Comarca, com base no incluso procedimento investigatório, com fulcro no disposto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, e artigo 24 c/c art. 41 do Código de Processo Penal, vem perante V. Exa. oferecer *denúncia* contra:
>
> ***Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira*** (...);
>
> Harlley Souto Netto (...), *pela prática da seguinte infração penal e respectivo fundamento jurídico*:
>
> I. Noticiam as peças informativas que em 14.2.2011, por volta das 23h30min, na rua Coronel Otavio Diniz, n. 660, bairro Paraíso, nesta urbe, os denunciados, agindo com unidade de desígnios, opuseram-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionários públicos competentes para executá-lo.
>
> II. Segundo se apurou, policiais militares, atendendo à denúncia acerca de algazarras e uso de drogas em via pública, compareceram no local supracitado onde encontraram várias pessoas, dentre elas Mateus Felipe do Nascimento e Guilherme Carlos da Silva Santos, além dos denunciados.
>
> III. Ato contínuo, os milicianos realizaram uma busca pessoal nas referidas pessoas, porém nada de ilícito foi encontrado.
>
> IV. Na sequência, os militares orientaram a todos que procurassem fazer menos barulho, já que eles estavam incomodando a vizinhança. Contudo, os policiais não foram acatados na orientação dada, pois os abordados, em tom desafiador, falaram que continuariam com a bagunça, já que a "rua é pública". Diante disso, os militares, novamente, tentaram orientar a todos, porém estes além de não atenderem ao referido pedido, passaram a zombar dos policiais, sendo que os agentes Mateus e Guilherme passaram, inclusive, a ameaçar a soldado Mônica, dizendo que eles "conheciam ela e seu marido e também dizendo que sabiam onde ela morava e seus familiares". Em razão disso, foi dada voz de prisão a Mateus e Guilherme por crime de ameaça.
>
> V. Quando os militares foram realizar a detenção de Mateus e Guilherme, estes ofereceram resistência, desferindo chutes e socos contra os policiais. Os denunciados, em auxílio aos aludidos companheiros e visando impedir o ato legal

de prisão dos mesmos, também investiram contra os milicianos, os agredindo da mesma forma já narrada.

VI. Posteriormente, os policiais conseguiram dominar os infratores, realizando a detenção destes e condução à Depol, onde foram adotadas as medidas pertinentes.

Ante o exposto, tendo Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira e Harlley Souto Netto incorrido nas iras do artigo 329 do CPB, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo órgão de execução que esta subscreve, requer a V. Exa. sejam os denunciados citados, intimados para audiência de instrução e julgamento, devidamente processados nos termos do artigo 78 e seguintes da Lei n. 9.099/1995, para, ao final, serem condenados nas penas que lhe couber, ouvindo-se no momento processual adequado as testemunhas abaixo arroladas.

(...)

Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024 (8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte).

O *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, amparado no incluso Inquérito Policial autuado na Secretaria deste Juízo sob o n. 0024.12.278268-3, vem oferecer *denúncia* em desfavor de:

Mateus Felipe Silva do Nascimento (...) e

Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira (...), *pela prática do seguinte fato delituoso*:

Consta do incluso Inquérito Policial, que no dia 14 de fevereiro de 2011, por volta das 23:30 horas, na Rua Coronel Otávio Diniz, próximo ao n. 660, bairro Paraíso, nesta capital e Comarca, os denunciados desobedeceram a ordem legal de agentes militares, oportunidade em que, logo após, mediante violência, opuseram-se à execução de ato legal dos mesmos funcionários públicos no exercício daquela função.

Segundo se apurou, populares acionaram a força policial noticiando que, na via pública acima referida, pessoas promoviam algazarra a par de colocar em risco a integridade física de outros transeuntes.

No local, os agentes militares responsáveis pela diligência se depararam com os denunciados e terceiros que se encontravam em sua companhia, oportunidade em que receberam determinação no sentido de cessar o tumulto que ali provocavam.

Inconformados, os denunciados passaram a zombar da força policial, asseverando ostensivamente que não cumpririam aquela determinação, prosseguindo nas suas ações e desobedecendo, portanto, a ordem legal que acabavam de receber, a par de ter o primeiro denunciado, *Mateus*, proferido

> ameaças contra a Policial Militar *Monica Lincoln Angelo*, que integrava aquela equipe.
>
> À vista do ocorrido, o primeiro denunciado, *Mateus* recebeu voz de prisão, momento em que passou a resistir ao mencionado ato legal, contando, para tanto, com o auxílio do segundo acusado, ***Alcides***, que investiu contra os agentes militares no intuito de impedir a referida detenção.
>
> Assim agindo, os denunciados praticaram a dinâmica delituosa tipificada nos arts. 330 e 329, na forma do art. 69, do Código Penal.
>
> Requer o Ministério Público o recebimento da presente denúncia, a citação dos acusados para apresentação de resposta nos temos do art. 396, e seguintes, do Código de Processo Pena., procedendo-se apos, a oitiva das testemunhas abaixo arroladas e ao interrogatório dos réus, pugnando, ao final, por sua condenação nas penas que lhe couber.

Constata-se, a partir de uma simples leitura, que, a despeito de pequenas particularidades que as diferenciam, ambas *as denúncias referem-se aos mesmos fatos delituosos* e levaram à instauração de duas ações penais em desfavor do ora recorrente, o que não se pode admitir.

No processo que correu perante o Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte (n. 2532817-34.2011.8.13.0024) o ora recorrente foi absolvido. Contudo, em 6.6.2014 a Turma Recursal Criminal deu provimento ao apelo ministerial para condená-lo à pena de três meses de detenção, substituindo-a por sanção pecuniária equivalente a 2 (dois) salários mínimos (fls. 45/49). *Consta dos autos que o acórdão transitou em julgado em 11.7.2014* (fl. 51).

Na pendência dessa demanda, foi ajuizada contra o recorrente outra Ação Penal (n. 2782683-90.2012.8.13.0024) *pelos mesmos fatos*, desta feita perante a 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, tendo sido recebida a denúncia no dia 3.12.2013 (fls. 82/84). *Segundo informações obtidas em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal* a quo, *ainda não foi proferida sentença.*

In casu, a análise das iniciais acusatórias permite inferir que a conduta perpetrada pelo ora recorrente se enquadra em dois tipos penais, em concurso material: a) a desobediência (CP, art. 330), pelo descumprimento de ordem legal emanada pelos agentes policiais de cessar o tumulto; e b) a resistência (CP, art. 329), por ter investido contra os policiais para impedir a prisão de seu comparsa.

Não se descura que a denúncia perante o Juizado Especial Criminal refere-se apenas ao crime de resistência, mas isso não tem o condão de atrair a sua competência, porquanto, como cediço, "o acusado se defende dos fatos narrados

na denúncia e não da capitulação legal nela contida" (REsp 1.504.724/DF, Rel. Ministro *Rogerio Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 24.11.2015, DJe 7.12.2015).

Assim, mesmo que na segunda ação penal conste capitulação jurídica diversa, tratando-se do mesmo fato, haverá *bis in idem*. Confira-se, a propósito, a lição de Gustavo Badaró:

> Ninguém poderá ser processado duas vezes pelo mesmo fato: *ne bis in idem*. Não poderá haver dois processos iguais, quer simultaneamente, que um após o outro. No primeiro caso caberá a exceção de litispendência; no segundo, a exceção de coisa julgada.
>
> Em regra, dois processos são iguais se houver identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. É a teoria dos três *eadem*: *personae*, *res et causa petendi* (CPC, art. 337, § 2º). No processo penal, contudo, quanto à identidade de partes, pouco importa se o autor é o Ministério Público ou um acusador privado, bastando a identidade de acusado. *De outro lado, com relação à causa de pedir, bastará que haja identidade do fato naturalístico imputado, em seu dado essencial, pouco importando a sua qualificação jurídica.* Ou seja, a mudança do título do crime não atinge a coisa julgada. Por fim, no tocante ao pedido, como ele é sempre genérico - de condenação do acusado às penas previstas em lei -, tal dado não tem maior relevância. ***Em suma, há identidade de demandas, no processo penal, quando ambas tiverem o mesmo acusado e for imputado o mesmo fato naturalístico***. (*Processo Penal*, 4ª ed. rev. atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 333/334)

Em princípio, seria o caso de reconhecer a nulidade *ab initio* deste segundo processo - em razão da ocorrência de inadmissível *bis in idem* -, solução que, todavia, é de ser afastada em razão da ***incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal***, onde tramitou o primeiro processo.

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "no concurso de infrações de menor potencial ofensivo, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou da exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial" (Rcl 27.315/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção*, julgado em 9.12.2015, DJe 15.12.2015).

Na hipótese dos autos, como a soma das penas máximas cominadas aos delitos (desobediência e resistência) ultrapassa 2 (dois) anos, ***fica afastada a competência do Juizado Especial***.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró, em sua tese de Livre Docência em Direito Processual Penal apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, esclarece que "*se a condenação foi proferida por juiz incompetente, ainda que constitucionalmente incompetente, o julgamento será nulo* e, como tal, poderá ser rescindido por meio de revisão criminal ou, em determinados casos, por *habeas corpus*. Provido qualquer um destes remédios, *será afastada a coisa julgada e reconhecida a nulidade da sentença condenatória. Depois disso, caso não tenha havido prescrição, será possível a propositura de um novo processo, perante o juiz competente*" (*A garantia do Juiz Natural no Processo Penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 639).

Assim, no caso concreto, como o Processo n. 2532817-34.2011.8.13.0024 tramitou perante juízo absolutamente incompetente (Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte), deve ser declarado nulo, mantendo-se hígido o segundo processo (Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte) que, embora tenha sido proposto em momento posterior, corre no juízo efetivamente competente para o julgamento da causa.

Ante o exposto, *não conheço* do recurso ordinário em *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para, em razão da incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, *afastar a coisa julgada, anular e trancar* a Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, sem prejuízo da continuidade da Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.549.417-MG (2015/0202194-2)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior
Recorrente: M E B
Recorrente: M M B
Advogados: Gustavo de Aguiar Ferreira Alves
Alaor de Almeida Castro e outro(s)

Luciano Ayres Furtado
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso especial. Penal. Art. 343 do CP. Mãe e representante legal de vítima de atentado violento ao pudor. Objeto material do crime. Inviabilidade. Testemunha. Conceito. *Analogia in malam partem.* Descabimento. Divergência jurisprudencial. Ausência de similitude fática.

1. Ausente a similitude fática, não se configura a divergência jurisprudencial.

2. A mãe e representante legal da vítima menor de idade não tem legitimidade ativa para cometer o injusto do art. 342 do Código Penal e, por consequência, não pode figurar como objeto do delito do art. 343 do mesmo estatuto, por não se inserir no conceito de testemunha previsto nos dispositivos.

3. Se o próprio legislador, em clara hipótese de interpretação autêntica, definiu ele mesmo o conceito de testemunha (art. 415 do Código de Processo Civil/1973 e art. 288 do Código Civil), não cabe ao julgador se afastar dessa definição, para nela inserir aqueles a que a Lei vedou figurarem como testemunhas, mormente em se tratando de verificação de abrangência de norma incriminadora, em cuja interpretação é vedada a *analogia in malam partem*.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para absolver os recorrentes da imputação de prática do crime do art. 343, parágrafo único, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por maioria, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento 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 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 8.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto por *M E B* e *M M B*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Criminal n. 1.0188.04.028623-2.

Em primeiro grau, foram os recorrentes condenados às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos, e pagamento de 12 dias-multa, como incursos no art. 343 do Código Penal. Tão só as defesas apelaram, porém o Tribunal estadual negou provimento aos recursos (fl. 361):

> Apelações criminais. Suborno de testemunha ou corrupção ativa de testemunha com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal. Artigo 343, parágrafo único, do Código Penal. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade demonstradas pelo conjunto probatório. Oferecimento e promessa de vantagens para testemunhas negarem e calarem sobre a verdade em depoimento. Genitoras de vítimas de crime sexual. Não enquadramento nas exceções dos artigos 206 a 208 do CPP. Condição de testemunhas demonstrada. Compromisso legal. Irrelevância. Recursos desprovidos.

Houve a oposição de embargos de declaração defensivos, acolhidos apenas para correção de erro material (fls. 385/390).

Em suas razões alegam os recorrentes, além da divergência jurisprudencial, contrariedade ao art. 343 do Código Penal, *tendo em vista que*, *se oferta de vantagem houve, o que se admite apenas para argumentar, não foi a nenhum dos agentes indicados no* caput *do artigo, sendo certo que mãe e representante legal de vítima não se enquadram no conceito de testemunha* (fl. 400).

Argumentam, ainda, que mesmo se as mães e representantes legais das vítimas pudessem se enquadrar no conceito de *testemunha*, não ostentariam

elas tal condição no momento da suposta prática delitiva, ocorrida quando a investigação ainda estava na fase policial. Assim, prosseguem, se não havia processo, seria descabido falar em *testemunha*.

Pedem o provimento do recurso, para com a absolvição dos recorrentes, pela atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Oferecidas contrarrazões (fls. 421/431), admitiu-se o recurso na origem (fls. 433/434).

O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso (fl. 451):

> Recurso especial. Artigo 343, parágrafo único, do Código Penal. Oferecimento de promessa de vantagens, respectivamente, à mãe e à representante legal de menores vítimas de crimes sexuais, destinada a produzir efeito em processo penal. "Condição de testemunha" que emerge do cabedal probatório constante dos autos. Inversão da conclusão a que chegou a Corte *a quo* que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
>
> 1. Quanto ao alegado dissídio pretoriano, nota-se que não há identidade entre o caso sob exame e o julgado apontado como paradigma, pois neste, a própria vítima teria sido subornada, diferentemente do aresto recorrido, onde a mãe e a representante legal das menores o foram. Ausente a similitude fática entre os vv.
>
> Arestos recorrido e paradigma, não há que se dar trânsito à irresignação fulcrada na alínea 'c' do permissivo constitucional.
>
> 2. Emerge do cabedal de provas do caderno processual que tanto a senhora *Vania* como a Sra. *Marilete de Souza* ostentaram, nos autos da Ação Penal 25985-8/04 a "condição de testemunha", suficiente, *quantum satis*, para permitir a imputação dos réus pelo crime do art. 343, parágrafo único, do Código Penal em decorrência da oferta de vantagens para "alterar seus depoimentos". *Respecta maxima venia*, ir além de tais quadrantes fáticos esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
>
> 3. Parecer pelo conhecimento do apelo nobre pela alínea 'a' do permissivo constitucional e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): De início, o dissenso pretoriano não está configurado.

Destarte, no acórdão paradigma, a discussão dizia respeito ao oferecimento de vantagem à própria vítima do delito, ao passo que, no julgado recorrido, se trata da mãe e representante legal da vítima menor de idade. Ausente a similitude fática, não se configura a divergência jurisprudencial.

Assim, prossigo na análise do recurso apenas pela alínea *a* do permissivo constitucional.

Extrai-se do acórdão recorrido (fls. 366/368):

> [...] resta indene de dúvida que ambos os acusados cometeram sim o delito tipificado no art. 343, parágrafo único, do CP, vez que cada um deles ofereceu e prometeu vantagens a testemunhas (Marcelo a Vânia, e Mário a Marilete) para negarem ou calarem a verdade em depoimento, com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal que apurava o atentado violento ao pudor cometido por Mauricio, irmão dos acusados.
>
> É o chamado suborno de testemunha ou corrupção ativa de testemunha.
>
> Ora, o fato de os réus "pedirem" às testemunhas para "retirarem a queixa", ou melhor, a representação apresentada em desfavor de um irmão deles sobre crime sexual envolvendo a filha delas, isso em troca de certas vantagens (emprego, pagamento de telecurso, aparelho celular, compras de roupas e sapatos), nada mais é do que a conduta descrita no tipo penal do art. 343 do CP, com o aumento da pena do parágrafo único do citado artigo.
>
> E nem se diga que Vânia e Marilete não se enquadram no conceito de testemunhas por serem genitoras e representantes legais das vítimas do crime sexual.
>
> Nos termos do art. 202 do CPP, toda pessoa pode ser testemunha, de modo que não se pode excluir senão os sujeitos que o próprio código permite que sejam excluídos nos arts. 206, 207 e 208.
>
> > Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.
> >
> > Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.
> >
> > Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

> Verifica-se que a genitora de vítima não se enquadra em nenhuma das exceções estabelecidas pelo Código de Processo Penal e que testemunha "*é a pessoa que toma conhecimento de algo juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade*" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 472).
>
> Assim, com total razão o magistrado sentenciante ao afirmar que as senhora Vânia e Marilete se encontram sob a pecha de testemunha no sentido que lhe deu o CPP.
>
> Ademais, ainda que se entenda que as testemunhas Vânia e Marilete não tenham prestado o compromisso legal nos termos do art. 203 do CPP e que tenham sido ouvidas como informantes (o que a mim não parece, pois elas não se enquadram nas exceções dos arts. 206 a 208 do CPP), ainda assim configurou-se o crime em tela.
>
> [...]
>
> Por fim, diversamente do que tenta fazer crer a defesa, "*Não se exclui o fato cometido durante a tramitação de inquérito policial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, como antes enfatizado. Esse também o entendimento de Damásio de Jesus (Direito Penal – Parte Especial. 13. ed., 4, tir. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, p. 312)*" (Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência/coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stocco. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1680).
>
> [...]

Passo ao julgamento do mérito recursal.

O art. 343 do Código Penal dispõe que:

> Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

Discute-se nos autos se, em havendo a prática de crime contra vítima menor de idade, poderia a mãe e representante legal desta, figurar como objeto

material do delito do art. 343 do Código Penal, enquadrando-se no conceito de *testemunha* previsto no tipo penal.

A meu sentir, a resposta passa pela análise do sujeito ativo do crime de falso testemunho, previsto art. 342 do Estatuto Criminal.

Diz o referido art. 342:

> Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Penso eu que poderá ser objeto material do crime do art. 343 do Código Penal aquela pessoa que tenha legitimidade ativa para praticar o delito previsto no art. 342 do Códex Estatuto, ou seja, o crime de falso testemunho.

Com efeito, a essência dos dois tipos penais está em evitar que aquele tem a obrigação legal de dizer a verdade na instrução de processo, procedimento ou inquérito, não cumpra com essa obrigação, obstaculizando ou impedindo a adequada solução dos litígios.

Vale lembrar que os aludidos delitos constituem exceção pluralística à teoria monista adotada pelo Código Penal. Com efeito, embora haja a convergência entre a vontade do sujeito que oferece a proposta de vantagem e a vontade da testemunha, que a aceita e depõe falsamente, cada qual comete crime distinto.

A propósito:

> Penal. Concurso de agentes. Natureza jurídica. Teoria unitária. Exceção pluralística. Falso testemunho. Participação de advogado. Impossibilidade. 1. O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente a natureza jurídica do concurso de agentes, a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime, incidem nas penas a ele cominadas (art. 29, do CP). Entretanto, exceções pluralísticas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes. E, por exemplo, o caso do falso testemunho, hipótese em que a testemunha que faz afirmação falsa responde pelo delito do art. 342 e quem da, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aquela cometa o falso no processo penal, incide nas penas do paragrafo único, do art. 343. Precedente da Corte. 2. Na espécie, a conduta do recorrente (advogado) e atípica, porquanto limitou-se a instruir a testemunha a dizer isso ou aquilo em juízo criminal sem, frise-se, conforme restou consignado pelo acórdão recorrido, dar, oferecer ou prometer qualquer vantagem. 3. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp n. 147.394/SP, Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 19.5.1998)

> REsp. Penal. Falso testemunho. Testemunha. Influência de advogado. Mera orientação do testemunho. Inexistência de oferta de dinheiro ou outra vantagem. "Participante" e qualquer pessoa que atua no *iter criminis*. "Autor", quem realiza o ato de execução. O "co-autor" co-participa da execução ou concorre para que o autor o faça. O falso testemunho e crime de mão própria. Só o agente indicado no tipo pode ser "autor". Tal delito não se confunde com o crime próprio. Em tese, porem, e admissível a participação, de que e exemplo orientar testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. O Código Penal do Brasil, em alguns casos, seccionou a unidade jurídica, resultante do concurso de pessoas (CP, art. 29). Exemplos o aborto consentido (art. 124) e o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (CP, art. 126), a facilitação de contrabando ou descaminho (CP, art. 318) e o contrabando ou descaminho (CP, art. 334), a corrupção passiva (CP, art. 317) e corrupção ativa. (CP, art. 333). O mesmo ocorreu com o falso testemunho (CP, art. 342), e o art. 343 (sem *nomen iuris*). Ha um crime para cada agente. O delito do participe e dar. Oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer vantagem a testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. A pena cominada, de outro lado, e a mesma para ambas as infrações. Logicamente, estabeleceu distinção entre a conduta de quem influencia oferecendo, ou não, dinheiro ou outra recompensa. Vale dizer, só incriminou o comportamento de terceiro que oferece a contraprestação resta, por isso, atípica, a conduta, sem duvida, imoral, contrária a etica, do advogado que se restringe a solicitar que o depoimento se oriente no sentido favoravel ao reu.
>
> (REsp n. 9.084/SP, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 17.3.1992)

Nesse contexto, a partir da verificação se as mães das vítimas e, também, suas representantes legais, poderiam ser sujeito ativo do crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), chegar-se-á à conclusão se as condutas praticadas pelos recorrentes enquadram-se no crime do art. 343 do Código Penal.

O art. 206 do Código de Processo Penal estabelece que a testemunha não poderá se eximir da obrigação de depor. Estatui, ainda, que podem se recusar *o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo* do acusado, *salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstância* (grifo nosso). E, em relação a estes, o art. 208 do mesmo Estatuto dispensou o compromisso, quando tiverem que ser ouvidos.

Os dispositivos, entretanto, nada dizem em relação aos ascendentes ou representantes legais da vítima.

No silêncio da legislação processual penal, é de ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil, por força do art. 3º do Código de Processo Penal.

Na época dos fatos, vigia o Código de Processo Civil de 1973, cujo art. 405 assim estabelecia (grifo nosso):

> Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as impedidas ou suspeitas.
>
> [...]
>
> § 2º São impedidos:
>
> I – *o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito*;
>
> II – o que é parte na causa;
>
> III – *o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor; o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.*
>
> [...]
>
> *§ 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.*

Pela leitura do artigo, verifica-se que a mãe da vítima estaria impedida de atuar como testemunha, pela sua condição de ascendente (inciso I) e, sendo a vítima menor de idade, por ser suas representante legal (inciso III). Caso fosse imprescindível a sua oitiva, não seria deferido o compromisso legal previsto no art. 415 do Código de Processo Civil então vigente.

Outrossim, o artigo 228 do Código Civil também enumera as pessoas que não podem ser admitidas como testemunhas:

> Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:
>
> I - os menores de dezesseis anos;
>
> II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;
>
> III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;
>
> IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;
>
> V - *os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.*

> Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

Como se verifica, a mãe da vítima e, também, sua representante legal era impedida de depor e, se o fizesse, não prestaria o compromisso. Sem o compromisso, não há enquadramento no conceito de testemunha, devendo ser a pessoa impedida ou suspeita de depor ouvida na condição de informante.

Destarte, o próprio conceito de testemunha então previsto no art. 415 do Código de Processo Civil de 1973 vinculava essa condição ao compromisso de dizer a verdade. Assim, dizia o referido artigo:

> Art. 415. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.
>
> Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.

Registro, ainda, a existência de precedentes deste Tribunal Superior no sentido de que a circunstância de o compromisso ter sido equivocadamente tomado em relação àqueles que são suspeitos ou impedidos de depor, não os transforma em testemunhas e, tampouco os torna sujeito ativo do crime do art. 342 do Código Penal.

A esse respeito:

> *Habeas corpus*. Falso testemunho (artigo 342 do Código Penal). Paciente que teria prestado falsas declarações em ação de indenização movida por seu irmão. Pessoa impedida de depor como testemunha (artigos 228 do Código Civil e 405, inciso II e § 4º, do Código de Processo Civil). Oitiva como mera informante. Impossibilidade de figurar como sujeito ativo do delito. Atipicidade da conduta. Concessão da ordem.
>
> 1. No caso dos autos, a paciente foi acusada de praticar o crime de falso testemunho porque teria narrado "*fatos que não correspondem à verdade, prejudicando a correta distribuição da justiça*" em ação indenizatória movida por seu irmão em face das Lojas Americanas S.A.
>
> 2. Não se desconhece a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da imprescindibilidade ou não de a testemunha estar compromissada para a caracterização do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, tendo esta Corte Superior de Justiça se orientado no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito. Precedentes do STJ e do STF.
>
> 3. Contudo, na hipótese em análise, a circunstância de a paciente haver prestado depoimento após ter aceitado o compromisso de dizer a verdade

mostra-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que ela sequer poderia ser considerada testemunha nos termos da legislação civil pátria, aplicável à espécie pelo fato de a afirmação em tese falsa haver sido fornecida em processo de natureza cível.

4. *Com efeito, de acordo com o artigo 228, inciso V, do Código Civil, e com o artigo 405, inciso I, do Código de Processo Civil, não podem ser admitidos como testemunhas os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.*

5. Entretanto, o § 4º do artigo 405 da Legislação Processual Civil permite que o juiz ouça as pessoas impedidas ou suspeitas de testemunhar, sendo os seus depoimentos prestados independentemente de compromisso, e devendo o magistrado lhes atribuir o valor que possam merecer.

6. No caso em exame, a paciente foi inquirida na qualidade de irmã do requerente da ação indenizatória, motivo pelo qual o fato de haver se comprometido a dizer a verdade do que sabia e lhe foi perguntado não possui qualquer relevo, já que pelo inciso II e pelo § 4º do artigo 405 do Código de Processo Civil estava impedida de testemunhar no caso, só podendo ser ouvida como informante, sem prestar o compromisso previsto no artigo 415 do mencionado diploma legal.

7. O crime disposto no artigo 342 do Código Penal é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha, a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos, que são excepcionais, apenas colhidos quando indispensáveis, devem ser apreciados pelo Juízo conforme o valor que possam merecer.

8. *Desse modo, sendo incontroverso que a paciente foi ouvida como informante, justamente pelo fato de ser irmã do autor da ação de indenização na qual o falso testemunho teria sido prestado, não pode ser ela sujeito ativo do citado ilícito*.

9. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a sentença por meio da qual a paciente foi absolvida sumariamente do crime de falso testemunho.

(HC n. 192.659/ES, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19.12.2011)

Penal e Processual. Falso testemunho. Ação penal. Trancamento. Relação de afetividade. Réu marido da depoente. Precedente do STJ.

1 - Para a caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso. Precedentes.

2 - *Tratando-se de testemunha com fortes laços de afetividade (esposa) com o réu, não se pode exigir-lhe diga a verdade, justamente em detrimento da pessoa pela qual nutre afeição, pondo em risco até a mesmo a própria unidade familiar. Ausência de ilicitude na conduta.*

3 - Conclusão condizente com o art. 206 do Código de Processo Penal que autoriza os familiares, inclusive o cônjuge, a recusarem o depoimento.

4 - *Habeas corpus* deferido para trancar a ação penal.

(HC n. 92.836/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17.5.2010).

REsp. Penal. Falso testemunho. Depoimento de irmã buscando favorecer o irmão.

1. Não incide na letra do art. 342, § 1º, do Código Penal - Falso Testemunho - a irmã do acusado, em depoimento no Plenário do Júri, ainda que sob compromisso, buscando obter prova favorável ao irmão. Neste caso, significativo o vínculo familiar. Não se pode exigir, humanamente, e, por isso, também pelo Direito, que a irmã deponha contra o irmão. Cumpre ponderar a fraternidade.

2. Recurso especial do Ministério Público conhecido, mas improvido.

(REsp n. 198.426/MG, Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 14.8.2001)

Nesse contexto, não é possível atribuir interpretação ao conceito de testemunha insculpido nos arts. 342 e 343 do Código Penal, de forma a nele inserir as pessoas que, por força da própria legislação, são proibidas de funcionar como testemunhas e cujo depoimento, quando for imprescindível, ocorrerá sem o compromisso legal.

Se o próprio legislador, em clara hipótese de interpretação autêntica, definiu ele mesmo o conceito de testemunha (art. 415 do Código de Processo Civil/1973 e art. 288 do Código Civil), não cabe ao julgador se afastar dessa definição, para nela inserir aqueles a que a Lei vedou figurarem como testemunhas, mormente em se tratando de verificação de abrangência de norma incriminadora, em cuja interpretação é vedada a analogia in malam partem.

Sobre o tema:

[...]

A aplicação do procedimento analógico no Direito Penal é objeto de tratamento particular. Encontra-se proibida em relação às normas penais em sentido estrito, quais sejam, as que definem infrações e cominam penas (as denominadas normas penais incriminadoras). Não pode a analogia criar figura delitiva não prevista expressamente, ou pena que o legislador não haja determinado. Contra ela vige a regra de reserva legal em relação aos preceitos primário e secundário das normas definidoras de condutas puníveis. O juiz criminal não pode lançar mão do suplemento analógico para admitir infração que não esteja expressamente definida (CP, art. 1º).

> [...]
>
> Nessas hipóteses, poder-se-á, quando muito, lamentar a existência de omissões. Mas não poderão elas ser jamais preenchidas pelo intérprete através do suplemento analógico.
>
> É proibida, portanto, a analogia *in malam partem*.
>
> [...]
>
> (JESUS, Damásio de. Direito Penal, Volume 1: parte geral – 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 96/97).

Assim, a mãe e representante legal da vítima menor de idade não tem legitimidade ativa para cometer o injusto do art. 342 do Código Penal e, por consequência, não pode figurar como objeto do delito do art. 343 do mesmo estatuto, por não se inserir no conceito de testemunha previsto nos dispositivos.

Conclui-se, portanto, que, não obstante censurável a conduta praticada pelos recorrentes, não se enquadra ela no tipo penal do art. 343, parágrafo único, do Código Penal, impondo-se a sua absolvição.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa extensão, *dou*-lhe *provimento*, para absolver os recorrentes da imputação de prática do crime do art. 343, parágrafo único, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *M. E. B. e M. M. B.* interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, que negou provimento ao recurso de apelação da defesa, *mantendo, por conseguinte, sua condenação, por corrupção de testemunha (art. 343 parágrafo único, do CP)*, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por penas restritivas de direitos.

Em suas razões, alegam os recorrentes violação do art. 343 do Código Penal, bem como divergência jurisprudencial, na medida em que não teria havido oferecimento de vantagem e, ainda que houvesse, as mães e os representantes legais das vítimas não se enquadrariam no conceito de testemunha.

O relator conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, deu-lhe provimento, a fim de absolver os recorrentes do crime de falso testemunho, sob

o argumento central de que "*a mãe e representante legal da vítima menor de idade não tem legitimidade ativa para cometer o injusto do art. 342 do Código Penal* e, por consequência, não pode figurar como objeto do delito do art. 343 do mesmo estatuto, por não se inserir no conceito de testemunha previsto nos dispositivos".

Pedi vista para melhor análise do tema e, desde logo, já adianto que irei divergir pelos fundamentos que se seguem.

I. Esclarecimentos iniciais

De início, faço observar que a legitimidade ativa para a ação penal, é privativa do Estado, sendo o seu exercício atribuído ao órgão do Ministério Público, à exceção das hipóteses legais em que o ofendido pode tomar a iniciativa da persecução. Por sua vez, quem pratica infração penal detém legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual.

Logo, não há que se falar, com a devida vênia, em ilegitimidade para a ação penal, pois esta foi movida pelo órgão a tanto constitucionalmente incumbido e contra a parte a quem se atribui a prática criminosa.

No que toca ao objeto material do crime de falso testemunho e do crime de corrupção ativa de testemunha (arts. 342 e 343 do CP, respectivamente), vale observar que *o objeto material de um crime é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta delituosa (aquilo que tal ação atinge)*. Segundo Magalhães Noronha, o objeto material do delito "é, pois, *o homem ou a coisa sobre que incide a conduta do sujeito ativo*. Mais adequado seria, talvez, chamá-lo objeto da ação" (*Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1988-1993, v. 1, p. 112).

Logo, há casos em que o sujeito passivo coincide com o objeto material do crime, como ocorre, *v.g.*, com o homicídio; em outros, porém, o sujeito ativo pode não coincidir com o objeto material, como se dá, *v.g.*, com o crime de furto (o sujeito passivo é a vítima e o objeto material, a coisa furtada).

II. Quaestio iuris

Feitas essas breves considerações preliminares, destaco o *punctum saliens* que motivou meu pedido de vista: *a genitora da vítima pode ser considerada testemunha para efeitos do crime previsto no art. 343 do CP (corrupção ativa de testemunha)*?

A fim de responder tal questão, releva sublinhar que os arts. 342 e 343 do CP, relativamente ao conceito de testemunha, se imbricam. Por isso, estou

de acordo com a ideia verbalizada pelo relator de que, se tais conceitos são os mesmos para ambos os delitos, a testemunha a que se refere o art. 343 deve ser considerada também para efeitos do art. 342.

Essa constatação é importante, na medida em que *o delito de corrupção ativa de testemunha é uma exceção à teoria monista* adotada pelo Código Penal (art. 29), porquanto o corruptor – isto é, aquele que dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem – responde pelo crime do art. 343 do CP, enquanto aquele que se deixa corromper o faz como incurso no art. 342, § 1º, do mesmo diploma legal. Então, nada mais coerente que o conceito de testemunha de que trata o art. 343 seja o mesmo daquele previsto no art. 342.

Mas o conceito *ipso iure* de testemunha, que subjaz à diretriz delineada pelo art. 202 do CPP ("Toda pessoa poderá ser testemunha"), compreende *toda pessoa chamada em juízo ou na fase inquisitorial para declarar, positiva ou negativamente, fatos que digam respeito ao delito objeto de apuração ou de processo penal*. Em conformidade com o que já sustentava Mittermaier, se qualifica como testemunha "*o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal, sobre a existência e a natureza de um fato*" (*Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 231). Sob esse prisma, *qualquer pessoa, quando chamada a depor em juízo ou em investigação criminal, será testemunha, à exceção* apenas do réu, a dvítima e dos peritos, cujas oitivas possuem objetivos, natureza e regramentos distintos.

Sem embargo, a lei processual penal traz algumas especificidades em relação a "ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado" (art. 206 do CPP), *os quais podem recusar-se a depor* e, também em relação às "pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho" (art. 207 do CPP), *que são proibidas de depor*.

No tocante ao *compromisso que a testemunha deve prestar quando chamada a depor, conforme dicção do art. 203 do CPP*, o art. 208 do CPP dispensa as seguintes pessoas de firmá-lo: "[...] doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206". *Elas, portanto, estarão dispensadas de se comprometer a dizer a verdade e serão ouvidas como testemunhas informantes (declarantes)*.

Mas é de se observar que, embora sejam classificadas como informantes ou declarantes, *não perdem a condição de testemunha*.

Nesse contexto, poder-se-ia conjecturar que o fato de não lhes ser imposto o compromisso legal de dizer a verdade implicaria, em tese, possível interferência na prática do crime previsto no art. 342 do CP. *Entretanto, sob nenhuma circunstância, nem sequer teoricamente, influenciaria na prática do delito descrito pelo art. 343 do mesmo diploma*.

De fato, embora o objeto jurídico tutelado em ambos seja o mesmo, isto é, a administração da justiça, mostra-se admissível, *in thesis*, não se exigir, *v.g.*, de uma mãe, em estado de anormalidade pelo sofrimento causado com a imputação criminosa ao filho, que com seu depoimento dê suporte probatório para a acusação. Em tal hipótese, seria até discutível a incidência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

No entanto, *o mesmo raciocínio não ocorre*, sob nenhum ângulo, com o *delito de corrupção ativa de testemunha, cuja interferência na administração da justiça se dá sob a ótica do agente que obtém afirmação falsa de testemunha, mediante o suborno*. Certo é que, independentemente do êxito da empreitada criminosa (efetiva ocorrência do depoimento falso), o crime está consumado com a ação de "dar, oferecer ou prometer" dinheiro, vantagem ou qualquer outra vantagem", o que implica dizer que o delito, quanto ao resultado, é formal. Aliás, destaca Nelson Hungria que "A dação, oferta ou promessa de dinheiro ou vantagem com o fim de obter falso testemunho ou falsa perícia constitui [...], ainda quando recusada, [...] crime autônomo e consumado" (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 487).

É importante salientar que *a testemunha informante* de que trata o art. 206 do CPP, *embora desobrigada de prestar o compromisso, conforme o art. 208 do CPP, não se desincumbe de descrever os fatos como efetivamente foram percebidos por ela*. Do contrário, serviria a lei de incentivo à inverdade, ao engodo ou à distorção de fatos, em nítida afronta ao próprio objeto jurídico tutelado, que é a administração da justiça.

Alinho-me à maioria dos doutrinadores, entre os quais destaco Nelson Hungria, ao assinalar que "[...] *quando o depoente é daquelas pessoas que podem eximir-se da obrigação de depor* [...]" e "*abre mão da faculdade de não depor, fica sujeita [...] às penas do testemunho falso, caso venha a faltar com a verdade*" (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 482). Nesse sentido, também, Luiz REGIS PRADO (1994, p. 94 *apud* Cezar Roberto Bitencourt. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.137) e Magalhães NORONHA (*Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 368), entre outros.

Tal posição me parece consentânea, *ex auctoritate legis*, com os arts. 342 e 343 do Código Penal, haja vista que *o cometimento do delito não se dá com a quebra do compromisso feito em juízo – compromisso, saliente-se, que não é elementar do crime de perjúrio* –, mas com a violação do dever jurídico de falar a verdade.

A essência do testemunho, portanto, não está no compromisso prestado (que serve apenas para dar maior força ou prestígio probante ao depoimento), *mas no dever de dizer a verdade* (qualquer testemunha, ainda que informante). É o que se extrai do tipo objetivo previsto no art. 342: "fazer afirmação falsa", "negar ou calar a verdade". Segundo Luiz Regis Prado, "a essência da antijuridicidade no falso testemunho é a transgressão da obrigação de dizer a verdade". E arremata: "*Qualquer das pessoas enumeradas ut supra, tanto aquele que não se utilize da faculdade de recusa (art. 206 CPP) como o desobrigado pelo segredo (art. 207), comete falso testemunho, caso venha a falsear a verdade*" (Curso de direito penal brasileiro. Parte especial. São Paulo, 2010, v. 3, p. 665-667).

Pouco importa – mercê da classificação ou do rótulo que seja imprimido à testemunha – a existência ou não de compromisso para que se incorra no crime de falso testemunho, bastando, por isso mesmo, que a descrição contida no depoimento prestado à autoridade judicial não corresponda, intencionalmente, às percepções e aos sentidos experimentados. Isso porque deve existir, segundo Malatesta, "presunção de que os homens percebam e narrem a verdade, presunção fundada, por sua vez, na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade, e no maior número de casos, o homem é verídico; verídico, que encontra na verdade, mais facilmente que na mentira, a satisfação de um bem ingênito" (MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 319).

Mas, ainda que assim não fosse, é dizer, ainda que não se responsabilizassem as testemunhas referidas no art. 206 do CPP pelo crime do art. 342 do CP, *de nenhum modo tal interpretação poderia servir para afastar a responsabilidade daquele que procura (ou logra) interferir na atividade jurisdicional do Estado, por meio de suborno*. Como não entender configurado o tipo penal positivado no art. 343 do CP em relação ao agente que promete vantagem a mãe da vítima para que produza prova falsa em juízo?

Sob essa perspectiva, *e com muito mais razão, o crime de corrupção ativa de testemunha não deixa de existir quando o suborno se volta contra a mãe da vítima, como ocorreu no caso (mãe de vítimas de abuso sexual), pela simples constatação de que ela, ao contrário do que ocorre com a mãe do acusado que não deseja ver destituída a liberdade de seu filho, almeja justamente o total esclarecimento dos fatos*. A corrupção

da mãe da vítima representa, a meu juízo, notável desvalor da ação, que suplanta, inclusive, eventual suborno a testemunha que não tem vínculos com a vítima.

Por fim, vejo com ressalvas a transposição, *tout court*, de conceitos de testemunha extraídos do direito civil para a seara penal, seja porque o próprio processo penal esgota a definição do instituto, seja porque o espectro de abrangência imprimido ao conceito de testemunha, por ambos os ramos, é absolutamente distinto, sobretudo em virtude da relevância dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Aliás, *os três precedentes apontados pelo relator para reforçar o raciocínio desenvolvido em seu voto não se aplicam ao caso*. O primeiro, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, além de tratar de falso testemunho prestado em ação indenizatória (e não em ação penal como no caso), confirma, no item 2 da ementa, que esta Corte Superior de Justiça se orientou "no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito". O segundo, da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, logo no item 1 da ementa, afirma: "para caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso". O item 2 do referido precedente, na verdade, apenas reconheceu a incidência de excludente o que, também ocorreu com o precedente citado do Ministro Fernando Gonçalves.

III. Conclusão

Partindo de tais premissas, é possível concluir que os recorrentes, em tese, praticaram o delito do art. 343 do Código Penal, pois, segundo o acórdão (fls. 366):

> Diante desse contexto, resta indene de dúvida que ambos os acusados cometeram sim o delito tipificado no art. 343, parágrafo único, do CP, *vez que cada um deles ofereceu e prometeu vantagens a testemunhas (Marcelo a Vânia, e Mário a Marilete) para negarem ou calarem a verdade em depoimento, com o fim de se obter prova destinada a produzir efeito em processo penal que apurava o atentado violento ao pudor cometido por Maurício, irmão dos acusados (destaquei)*.

Ademais, a conclusão que se extrai do aresto recorrido – que afirmou ser *incontroverso terem os recorrentes oferecido ou prometido vantagens a testemunhas*, descrevendo, dessa forma, a prática do crime previsto no art. 343 do CP – não permite, pela via do recurso especial, ser confrontada com a alegação de não ter havido a promessa de vantagem, porquanto exige o reexame de matéria fática (incidência da Súmula n. 7 do STJ).

No que tange à alínea "c", estou de acordo com o relator quanto à ausência de similitude fática.

Pelos fundamentos expostos, peço vênia para, conclusivamente, *negar provimento ao recurso*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.611.910-MT (2013/0249235-6)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz
Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Recorrido: A A M T
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso

EMENTA

Recurso especial. Estupro circunstanciado (art. 213, § 1º, do CP). Vítima maior de 14 anos e menor de 18 anos. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Configuração do crime na modalidade consumada. Atipicidade afastada. Recurso provido.

1. Não se verifica a contrariedade ao art. 619 do CPP quando o acórdão recorrido, ainda que de forma equivocada, externa, fundamentadamente, as razões que o levaram à absolvição.

2. O exame da alegada violação do dispositivo infraconstitucional em que se almeja o reconhecimento da tipicidade do delito não demanda revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, mas, sim, revaloração dos elementos delineados no acórdão.

3. O aresto impugnado informa que o réu abordou de forma violenta e sorrateira a vítima – adolescente de 15 anos – com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de "ficar" com a jovem e pela ação de impingir-lhe, à força, um beijo libidinoso – qualificado, na dicção do acórdão, como um "beijo roubado" –, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen.

4. A jurisprudência desta Corte Superior vem, reiteradamente, decidindo que não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal tão somente o que se entende por relação vaginal ou anal.

5. A análise jurídica empreendida pela Corte de origem, a par de dissociada da jurisprudência dos tribunais superiores, reproduz reprovável discurso sexista, ofensivo à dignidade da mulher – notadamente da que ainda se encontra em formação física e psíquica – , o que não só descumpre o comando constitucional (art. 227, § 4º) que impõe severa punição ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente, como também transmuda em mera retórica, desprovida de eficácia, o dever estatal de proteção de que todos são destinatários.

6. Recurso especial provido para reconhecer a violação do art. 213, § 1º, do Código Penal, cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos (Processo n. 599-67.2011 da Comarca de Cotriguaçu – MT).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 27.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O ***Ministério Público do Estado de Mato Grosso*** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do *Tribunal de Justiça daquele estado* (Apelação Criminal n. 20056/2012).

Consta nos autos que, em 4.7.2011, ***Ademir Aparecido Martins Theodoro***, ora recorrido (nascido em 12.10.1992, 18 anos à época dos fatos – ocorridos em 4.7.2011), constrangeu a adolescente F. R. P., mediante violência e grave ameaça, a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Após regular instrução processual, o recorrido foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 213, § 1º, do CP, à pena de 8 anos de reclusão, no regime inicial fechado (fls. 83-95).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi provida, a fim de absolver o réu (fls. 156-171).

Foram opostos embargos de declaração pelo Ministério Público, os quais foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, o recorrente aponta violação, primeiramente, do art. 619 do Código de Processo Penal, dada a obscuridade em que incorreu o acórdão impugnado. Isso porque "[a] conclusão de que se tratou de beijo roubado, com 'velocidade de um relâmpago', e de que não se verifica atos executórios são incompatíveis com a premissa firmada pelo Relator, quando narra um ataque a ponto de haver pedidos de clemência da vítima - transcreve a narrativa fática onde a violência e a ameaça são direcionadas contra a dignidade sexual da vítima" (fl. 217).

Aponta, ainda, negativa de vigência ao art. 213, § 1º, do Código Penal, tendo em vista que o Tribunal *a quo* nega as premissas fáticas delineadas nos autos, para entender que não houve a ocorrência do estupro circunstanciado. Nesse sentido, insiste que a conclusão adotada é incompatível com a narrativa, pois descreve todos os elementos do delito em comento, mas se nega a aplicar a respectiva pena. Isso porque ficou comprovada, de forma inequívoca, a violência reveladora da ofensa à dignidade sexual da vítima, não havendo que se falar apenas em "beijo roubado".

Requer o provimento do recurso, para que seja reformado o acórdão proferido pelo Tribunal local.

O recurso foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem, o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial (fls. 250-260), ao qual dei provimento, a fim de determinar a conversão em recurso especial para melhor exame (fl. 293).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 284-288, pelo *conhecimento e pelo provimento* do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

I. Contextualização

A denúncia narra que o recorrido, em 4.7.2011, constrangeu a adolescente F. R. P. (15 anos à época), mediante violência, a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, *in verbis*:

> Consta do incluso inquérito policial, que no dia 04 de julho de 2011, por volta das 08:00 horas, nas proximidades do Fórum, no Setor de Chácaras, Cotriguaçu-MT, o denunciado Ademir Aparecido Martins Theodoro constrangeu a adolescente [F. R. P.] (15 anos de idade - fl. 17), mediante violência física à prática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal.
>
> *Infere-se dos autos que o acusado agarrou a vítima pelas costas, imobilizou-a, tapou a sua boca e jogou-a no chão, ocasião em que tirou uma blusa de lã que ela trajava e deu-lhe um beijo, conseguindo inserir a língua na sua boca*.
>
> Segundo restou apurado o denunciado Ademir Aparecido Martins Theodoro não logrou consumar o seu intento de estuprar a vítima [F. R. P.] por circunstâncias alheias à sua vontade, ante a aproximação de uma motocicleta que era tripulada por Duarte Baptista Ramos (fl. 11).

A sentença condenatória entendeu que o crime de estupro ocorreu de forma consumada, conforme a transcrição do seguinte trecho:

> [...]
>
> Quanto à autoria do delito em tela, extraem-se dos autos elementos probatórios e informativos concludentes de que o acusado é o autor do delito, através dos depoimentos prestados pela vítima [F. R. P.].
>
> Vejamos:
>
> > (...) Que distante aproximadamente 150 metros da sua residência diz que o rapaz supramencionado *investiu contra si, pela retaguarda e envolveu seu pescoço com um dos braços, e com a outra mão tapou a sua boca, e na sequencia derrubou-lhe no chão*. Diz que o citado rapaz *colocou um joelho sobre seu abdômen e fazendo uso de força física tirou a blusa de lã que trajava*. Que diz ter oferecido resistência e conseguiu libertar-se parcialmente do ataque de Ademir. Que diz ter pegado seu aparelho de telefonia móvel no intuito de telefonar para seus familiares e pedir socorro. Que *novamente*

> *fazendo uso de força física Ademir Aparecido tomou o aparelho de telefone da sua mão e jogou-o no solo, em seguida agarrou-lhe pelos braços*. Que diz ter *implorado para que este não lhe fizesse mal grave e injusto que Ademir Aparecido lhe disse que não iria lhe fazer mal e que somente queria "ficar" consigo. Que no calor dos fatos e mesmo agora, diz entender "ficar" como sinônimo de manter relação sexual com cópula vagínica*. *Que em seguida Ademir o acusado deu-lhe um beijo e conseguiu inserir a língua dele dentro da sua boca*. Que na sequência diz ter ouvido *o barulho de uma motocicleta que se aproximava, e acredita que a aproximação de terceiros fez com que Ademir Aparecido empreendesse fuga do local e o impedido de consumar seu intento de relacionar-se sexualmente consigo*.[...].". ([F. R. P.], fls. 13/14).
>
> [...] Rodoviária o acusado veio se aproximando mais; Que eram 08:00 horas; Que quando ninguém mais podia nos ver, ele começou a pedir informação para mim, perguntando onde morava uma mulher chamada Rose; Que eu disse que não conhecia, nunca tinha visto e que não morava nenhuma Rose lá; Que ele foi insistindo na pergunta e eu dizendo que não sabia; Que quando andamos bastante ele ficou atrás de mim; *Que ele veio por trás de mim, tampou minha boca e começou a mim enforcar*, foi então que me derrubou no chão *subiu em cima de mim e tentou tirar meu casaco*; Que os fatos aconteceram no meio da rua; que quando ele tentou me puxar pra beirada da rua, que foi quando me levantei, *e ele pegou nos meus braços e começou a falar que queria me beijar*; Que *eu comecei a chorar e pedir pra ele não fazer nada comigo* e ele disse que não ia fazer nada se eu desse um beijo nele; Que ele *então me beijou a força*, nesse momento estavam vindo de moto dois amigos do meu pai, foi a hora que ele me largou e foi embora; Que os ocupantes da moto pararão (*sic*) e eu falei o que tinha acontecido e me virão do seja de poeira (*sic*) ;(...) Que ele me beijou a força; Que quando veio a moto ele me falou pra ir pra casa; Que eu vi o acusado na delegacia e o reconheci. [...]. (Fabiana Ramos Pereira, Cd-R fls. 67)

Além dos depoimentos prestados acima transcritos, as demais provas dos autos coadunam com os fatos narrados nos depoimentos da vítima, conforme segue abaixo:

[...]

Necessário ressaltar que as testemunhas de defesa não trouxeram aos autos qualquer informação capaz de demonstrar que o fato não tenha ocorrido e que o autor não seja autor do mesmo, ou que não tenha acontecido da maneira relatada pela vítima, não sendo capazes de desabonar os depoimentos e as provas acostadas aos autos.

Por outro lado, o acusado na fase de inquérito policial confessou a autoria do delito, senão vejamos:

[...]

> *Diante desse contexto, devo ressaltar que é pacífico na doutrina e na jurisprudência que, nos crimes contra a dignidade sexual, em razão de, via de regra, serem cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, é de se emprestar grande relevo à palavra da vítima, que deve prevalecer, se firme, coerente e compatível com a realidade dos autos*.
>
> Há de ser verdadeira a palavra da vítima, vez que não restou produzida por imaginação fértil ou doentia.
>
> [...]
>
> *Comprovou-se também que a adolescente é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, conforme documento de fls. 25*.
>
> Não pairam dúvidas acerca da autoria do crime, que surge pela conjugação de um conjunto harmônico de provas e pelo depoimento da vítima, sendo que no caso de delitos sexuais, onde geralmente são praticados às escondidas, o depoimento da vítima prepondera sobre a palavra do réu (fls. 85-92, destaquei).

O Tribunal de origem, por maioria, deu provimento ao apelo defensivo, para absolver o réu. Para tanto, sustentou, sob a relatoria do Desembargador Manoel Ornellas de Almeida, o insólito argumento de que houve um mero "beijo roubado", concluindo o seguinte:

> [...]
>
> Os autos não contêm provas que possa sustentar o tipo penal preconizado no artigo 213, § 1º do Código Penal. *Essa figura punitiva contempla a conduta do agente que pela conjunção carnal ou por meio de um ato diverso, alcance a libido, que jamais pode ser obtida por um 'beijo roubado', única conduta praticada pelo apelante*.
>
> Se nos crimes contra a dignidade sexual a palavra da vítima é de alta relevância, na hipótese dos autos só pode se contemplar na sua versão, ajustada todos os atos do processo, que *ela foi vítima de um beijo roubado com a duração de um relâmpago e diante de sua resistência*. Não há que se interpretar sua versão homogênea nas duas vezes em que foi ouvida, *a possibilidade do famoso "beijo de língua" que também não constitui ato libidinoso, como quer o apelado*.
>
> Pelas provas dos autos, o apelante seguiu a vítima e tentou manter um diálogo falso com ela a fim de praticar uma violência que resultasse na prática do crime de estupro. *Porém, não passou dos atos de preparação sequer para praticar uma tentativa criminosa*.
>
> Ele, após chamar atenção da vítima, perguntando por uma suposta mulher (Rose), *passou a lhe atacar*. No entanto, *atendendo aos seus pedidos de clemência, ele deu-lhe um rápido beijo e deixando-a naquele local*, conforme versão da ofendida (fls. 13); *in verbis*:

Que em horário aproximado das 08h 0min do dia de hoje, 4.7.2011, quando trafegava em via pública desta cidade com destino a sua residência, mais precisamente na Rua Irmãos Perinazzi, proximidades do Fórum desta comarca, diz ter encontrado com um rapaz que somente conhece de vista, e que já foi individualizado como Ademir Aparecido Martins Theodoro. Esclarece que este rapaz andou, por aproximadamente trezentos metros, atrás de si. Que após adentrarem ao setor chácara, local onde não existe casas edificadas, diz que citado rapaz aproximou-se de si e perguntou se sabia onde residia uma pessoa de prenome Rose, esclarece que por três vezes ele lhe inquiriu sobre citada pessoa. Que distante aproximadamente 150 metros da sua residência diz que o *rapaz supramencionado investiu contra si pela retaguarda e envolveu seu pescoço com um dos braços, e com a outra mão tapou a sua boca, e na sequência derrubou-lhe no chão*. Diz que citado rapaz *colocou um joelho sobre seu abdômen e fazendo uso de força física tirou uma blusa de lã que trajava*. Que diz ter oferecido resistência e conseguiu libertar-se parcialmente do ataque de Ademir. Que diz ter pegado seu aparelho de telefonia móvel no intuito de telefonar para seus familiares e pedir socorro. Que *novamente fazendo uso de força física Ademir Aparecido tomou o parelho de telefone da sua mão e o jogou no solo, em seguida agarrou-lhe pelos braços*. Que diz ter implorado, para que este não lhe fizesse mal grave e injusto. Que Ademir Aparecido lhe disse que não iria lhe fazer mal e que somente queria "ficar" consigo. Que no calor dos fatos e mesmo agora, diz entender "ficar" como sinônimo de manter relação sexual com copula vagínica. Que em seguida Ademir Aparecido Martins Theodoro *deu-lhe um beijo e conseguiu inserir a língua dele dentro da sua boca*. Que na sequência diz ter ouvido o barulho do motor de uma motocicleta que se aproximava, e acredita que a aproximação de terceiros fez com que Ademir Aparecido empreendesse fuga do local e o *impedido de consumar seu intento de relacionar-se sexualmente consigo*.

Que citado motociclista parou ao seu lado e lhe inquiriu sobre o que havia acontecido, diz tê-lo esclarecido que um rapaz havia tentado lhe estuprar. Que diz ter ido rapidamente para a sua casa e narrou os fatos para sua madrasta L. da S. A., esta rapidamente acionou policiais civis e militares desta cidade. Que diz ter tomado conhecimento de que policiais civis detiveram Ademir Aparecido Martins Theodoro. Que já nesta unidade policiais diz ter visualizado Ademir Aparecido Martins Theodoro e afirma com certeza absoluta ser ele a mesma pessoa que lhe atacou em via publica e, *após jogar-lhe sobre o solo, tirou a blusa de lã que trajava sobre suas veste e beijou-lhe a boca*. Esclarece que não restou com lesionada devido ao ataque sofrido, o qual foi perpetrado por Ademir Aparecido.

É indiscutível a existência de um contato rápido, ocorrido em fragmentos de segundos que não permite a ideia de o apelante ter feito contato com a língua

da vítima. Para que isso acontecesse seria necessária a sua aquiescência e não a resistência que ela revela, pois, a cena nesse aspecto não pode ser presumida. E assim o beijo foi rápido e roubado que não caracteriza ato libidinoso, na própria expressão de Hungria citado por Guilherme Nucci, no parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 110); *in verbis*:

[...]

O crime imputado na sentença, para ter tipificação completa, deveria resultar de uma conduta que propiciasse ao agente obter a sensibilidade da conjunção carnal pela prática desse ato diverso. *No caso, o beijo voluptuoso, lascivo ou com longa e intensa carga de libido a exemplo do "beijo técnico" que se vê nas novelas em televisão, não é o "beijo roubado", como registra a versão ditada pela vítima. É inegável que nem todo o ato do homem praticado contra a mulher importa em conduta libidinosa para tipificar o crime*.

É evidente, pois, que *a conduta do apelante deveria, por não ter ocorrido conjunção carnal, se equiparar a esse ato de procriação natural*. Os doutrinadores, a título de exemplo, citam algumas condutas consideradas equivalentes: o beijo desde que no sentido íntimo; a felação; masturbação, coito anal e outros comportamentos análogos. *Não contempla, todavia, o beijo roubado da vítima que não tem o poder psicológico de provocar a libido para tipificar o delito*. Nesse sentido preleciona Hélio Gomes, in medicina Legal, pág. 438; *in verbis*:

[...]

É a palavra de professor, um dos profissionais mais autorizados a se manifestar sobre a matéria devido à sua dedicação à medicina legal, descrevendo as condutas que não têm suporte nos autos. Se observado o conjunto probatório contido no processo, nota-se que é insustentável imputar a consumação desse crime ao apelante porque ele 'roubou um beijo' da vítima na expressão comum que descreve essa conduta. Nesse sentido os julgados; *in verbis*:

[...]

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para absolver o apelante *mandando-o em paz para o lar*. Expeça alvará de soltura para libertar o réu, se por outro motivo ele não estiver preso (fls. 158-162, destaquei).

II. Art. 619 do Código de Processo Penal

Não verifico a contrariedade ao art. 619 do CPP, pois o acórdão recorrido, ainda que de forma equivocada (como se verá a seguir), externou, fundamentadamente, as razões que o levaram à absolvição.

À vista, portanto, da análise das questões controvertidas pelo acórdão recorrido, não há falar em contrariedade ao art. 619 do CPP. Ilustrativamente:

"Não se evidencia a alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto o fornecimento da prestação jurisdicional se ajustou à pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do *decisum* a quo" (*AgRg no REsp n. 1.531.037/ES*, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, 6ª T., DJe 29.6.2015).

III. Súmula n. 7 do STJ – não incidência

Primeiramente, entendo que *não se aplica o impedimento contido no enunciado da Súmula n. 7 do STJ*.

Pela simples leitura dos trechos transcritos, percebo claramente que são *incontroversos os seguintes elementos*: a) a prática deliberada e intencional de *ato libidinoso* contra a ofendida (beijar-lhe lascivamente a boca, com introdução da língua); b) a *violência* praticada contra a vítima (agarrou-a por trás pelo pescoço, pressionou o joelho sobre abdômen dela, puxou-a pelo braço, tapou-lhe a boca, derrubou-a ao solo e lhe retirou a blusa à força), c) a *menoridade* da ofendida (15 anos à época dos fatos).

Atento à constante aplicação do aludido enunciado sumular nas hipóteses em que o recurso especial ataca acórdão que afirma não haver, ou haver, dolo na conduta do agente para determinado fim ilícito, vejo com muito clareza que, na espécie, *outro não foi o dolo do agente, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer sua lascívia*.

Vale dizer, em determinados crimes, a conduta do agente pode ensejar dúvida quanto ao fim pretendido e, para a aferição da finalidade, faz-se necessário o exame do arcabouço probatório colacionado aos autos. Entretanto, *neste caso, tenho como certo – após o exame dos elementos do tipo descritos no art. 213, § 1º, do Código Penal – que houve a representação e a vontade de praticar os elementos do aludido tipo sancionador*.

Com efeito, da leitura do pensamento externado pelo Tribunal *a quo* no voto condutor do acórdão objurgado, constato que houve, na verdade, uso de *mera retórica* para que não fosse aplicado o preceito secundário do dispositivo em comento. Isso significa dizer que *a Corte de origem, não obstante haja delineado e reconhecido a ocorrência de todos os elementos contidos naquela figura típica, absolveu o acusado*. Ao assim decidir, o Tribunal Mato-Grossense, a meu ver, *violou o art. 213, § 1º, do Código Penal*, exatamente porque a satisfação da lascívia (devidamente demonstrada no julgado impugnado), aliada ao constrangimento violento sofrido pela vítima, *revela a vontade do ora recorrido de ofender a dignidade sexual da ofendida*.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos de similares crimes contra a dignidade sexual, afastou a Súmula n. 7 desta Corte:

> [...]
>
> I - Restando devidamente prequestionada a matéria, não se fala em violação ao art. 619 do CPP, vez que não se observa omissão a ser sanada (Precedentes).
>
> II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n. 231 - STJ).
>
> III - Em nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.
>
> IV - *De outro lado, não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto, em razão da alegada menor gravidade da conduta, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para contravenção penal*.
>
> Recurso desprovido. (*REsp n. 1.105.360/SC*, Rel. Ministro *Felix Fischer*, 5ª T., DJe 17.8.2009, destaquei).
>
> [...]
>
> 1. *O exame da alegada violação do dispositivo infraconstitucional em que se almeja o reconhecimento da modalidade consumada do crime não demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, mas, sim, revaloração dos elementos já delineados*.
>
> 2. Considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência, acerca do tema.
>
> 3. No caso, a conduta realizada pelo recorrido se amolda ao crime de estupro na modalidade consumada, por representar ato libidinoso, considerando que, conforme conduta descrita no aresto, o réu estava em cima da vítima, forçando a penetração vaginal.
>
> 4. Recurso especial provido para reconhecer a apontada violação do art. 213, c/c o art. 14, todos do Código Penal, cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos (Processo n. 0521.12.004951-0). (*REsp n. 1.567.801/MG*, Rel. Ministro *Rogerio Schietti*, 6ª T., DJe 2.2.2016, destaquei).

A própria conclusão esposada no acórdão atacado deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que o delito foi perpetrado, *não havendo*,

portanto, que se falar na necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório dos autos. Aplicar-se-ia a Súmula n. 7 desta Corte caso houvesse controvérsia relevante em torno dos fatos ou se imperiosa fosse a revisão probatória, para a confirmação do que foi relatado pela Corte de origem. *Na verdade, cuida-se de extrair diversa conclusão jurídica, a partir da incontestada narrativa dos fatos constante do acórdão, de modo a ter como configurada a vontade de agir do art. 213, § 1º, do Código Penal.*

Ilustrativamente:

> [...]
>
> I - Em nosso sistema, atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.
>
> II - Se, em segundo grau, restou entendido que o acusado praticou atos próprios do ilícito imputado, não cabe a desclassificação fulcrada no princípio da proporcionalidade.
>
> III - *A revaloração da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial.*
>
> IV - Impropriedade da aplicação do princípio da proporcionalidade.
>
> [....]
>
> Recurso provido. [...]. (*REsp n. 831.058/RS*, Rel. Ministro *Felix Fischer*, 5ª T., DJ de 12.11.2007, destaquei).

IV. Art. 213, § 1º, do Código Penal – reconhecimento do crime de estupro

Conforme dito, as *circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual. Não há, pois, necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito à espécie*.

Delimitou-se no aresto, que reproduziu o depoimento da vítima – e está em harmonia com as demais provas dos autos –, que ela foi abordada de forma violenta pelo réu, quando caminhava na via pública. O aresto impugnado informa que o réu abordou de forma violenta e sorrateira a vítima – adolescente de 15 anos – com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de "ficar" com a jovem e pela ação de impingir-lhe, à força, um beijo libidinoso, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen. A agressão sexual somente não prosseguiu porque o recorrido perbeceu a aproximação de indivíduos em uma motocicleta.

Sem embargo, o Tribunal estadual emprega argumentação que reproduz o que se identifica como a *cultura do estupro*, ou seja, a aceitação como natural da violência sexual contra as mulheres, em odioso processo de objetificação do corpo feminino.

Reproduzindo pensamento patriarcal e sexista, ainda muito presente em nossa sociedade, a Corte de origem entendeu que o ato não passou de um *"beijo roubado", tendo em vista a combinação "tempo do ato" + "negativa da vítima em conceder o beijo"*, o que se conclui pelas afirmações de o beijo haver sido "*a duração de um relâmpago*", além "*de sua resistência*" (fl. 158, destaquei). O Tribunal seguiu dizendo que o "*famoso 'beijo de língua' [...] não constitui ato libidinoso*" (fl. 158, destaquei).

Vale dizer, *concluiu o Tribunal que não houve estupro, haja vista a suposta fugacidade de um tocar de língua na boca (e língua) de alguém que com o ato não consentiu* – ato, inclusive, considerado *não suficiente a propiciar ao agente "a sensibilidade da conjunção carnal"* (fl. 160).

O Tribunal de Justiça do Estado Mato Grosso fia-se, obstinadamente, no momento do beijo e reforça a sua efemeridade quando *compara (para afastar o caráter libidinoso) o "beijo roubado" com "o beijo voluptuoso, lascivo ou com longa e intensa carga de libido a exemplo do 'beijo técnico' que se vê nas novelas em televisão"*. Nesse contexto, destaca que "*nem todo ato do homem praticado contra a mulher importa em conduta libidinosa para tipificar o crime*" (fl. 160, destaquei).

Importante lembrar que, além do "beijo roubado" e de dizer à vítima que "só queria ficar", o ora recorrido arrancou, à força, a blusa de lã que a vítima vestia. Ora, *outra não pode ser a intenção de alguém, ao retirar, mediante violência, as roupas de outrem, senão a satisfação da lascívia, notadamente dentro do contexto apresentado*.

O dito "beijo roubado" deu-se *em contexto de indiscutível violência sexual* contra a ofendida, pois, conforme a moldura fática delineada pelas instâncias antecedentes, o *agente envolveu a vítima por trás, com uma mão laçando o pescoço (ação de enforcamento) e a outra tapando sua boca, derrubou-a no chão e pressionou seu joelho contra o abdômen da ofendida*. Dada a óbvia resistência oferecida, não satisfeito, o agressor, ao notar que a adolescente, após desvencilhar-se, tentava fazer uma ligação em busca de socorro, lançou seu aparelho celular ao solo e, *novamente fazendo uso de força física, jogou-a no chão, agarrou-a pelos braços, retirou sua blusa e forçou o mencionado beijo de língua*. O recorrido desistiu do prosseguimento da investida sexual, porquanto notou a aproximação de duas pessoas em uma motocicleta.

A propósito, deve-se ter em mente que *estupro é um ato de violência* (e não de sexo). Busca-se, sim, a *satisfação da lascívia* por meio de *conjunção carnal ou atos diversos*, como na espécie, mas com intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física.

A jurisprudência desta Corte Superior vem, reiteradamente, decidindo que considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal consumado somente atos invasivos, ou seja, quando há introdução do membro viril (ou equivalente) nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima, não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

Aqui, lembre-se, os atos não foram sequer considerados libidinosos, o que implicou a absolvição do ora recorrido.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt: "libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal" (*Tratado de Direito Penal* 4: Parte Especial – Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52).

Consoante já consolidado por esta Corte Nacional, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o crime de estupro, ao lado da conjunção carnal, inclui "*toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo*, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o *contato físico entre o agente e a vítima* durante o apontado ato voluptuoso" (*AgRg REsp n. 1.154.806/RS*, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, 6ª T., *DJe 21.3.2012*).

No mesmo sentido:

> [...]
>
> 1. A controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da tentativa do crime de estupro de vulnerável prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a revaloração de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
>
> 2. *Nega-se vigência ao art. 217-A, c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança de 7 anos de idade), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão somente com a efetiva prática do sexo oral ou anal.*
>
> 3. Recurso conhecido e parcialmente provido, a fim de reconhecer a forma consumada do crime de estupro de vulnerável praticado pelo recorrido, readequando a pena para 8 anos de reclusão, mantido o regime semiaberto. (*REsp n. 1.583.349/RJ*, Rel. Ministro *Rogerio Schietti*, 6ª T., DJe 2.5.2016, destaquei)

Como bem pontuado pela Procuradoria Geral da República, "os fatos admitidos pelo TJMT caracterizam-se como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ressaltando-se que a consumação do delito não exige a realização da penetração anal ou a felação" (fl. 287).

Acrescento que toda a violência narrada foi desconsiderada para dar lugar à revitimização da adolescente abusada, bem como ao apoio à cultura permissiva da invasão à liberdade sexual, em regra, contra as mulheres. Em verdade, o ato narrado nos autos não foi punido por não ser considerado grave, o que, a meu ver, atenta contra a razão e o bom senso. Fez-se uma avaliação da realidade na visão do agente e não na da vítima. Se tomada a ofendida como referência, diversa seria a conclusão acerca da efetiva satisfação da lascívia, assim como da efemeridade da violência. Para quem sofre abusos de natureza sexual, as marcas podem ter duração eterna. A propósito, ao final do provimento contido no voto vencedor do acórdão recorrido, o agente é mandado "*em paz para o lar*" (fl. 162), quase como se o isentasse de qualquer responsabilidade pelo "beijo roubado" à vítima, para quem o Tribunal de Mato Grosso não endereçou igual preocupação quanto ao restabelecimento de uma paz certamente de difícil recuperação após o o trauma da experiência.

A retórica perpetrada pela Corte local *desconsidera, totalmente, a vontade da vítima e a submete, em completa passividade, às investidas sexuais dos agentes dos crimes dessa natureza.* Ou seja, ***para o TJMT pouco importaram a ausência do consentimento e a súplica da vítima para o réu cessar as violentas investidas tendentes, sim, à satisfação da lascívia do agressor***.

A prevalência desse pensamento ruboriza o Judiciário e não pode ser tolerada.

O voto vencido, do Desembargador Rui Ramos (vogal), não poderia haver sido mais preciso ao elucidar que:

> O bem juridicamente protegido não é somente a liberdade sexual, mas também a dignidade sexual.
>
> *Constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir alguém a satisfazer a lascívia do constrangedor. Por ato libidinoso por sua vez entende-se qualquer contato que propicie a satisfação do prazer sexual, ressaltando-se que a concretização do ato libidinoso, não deixa de envolver uma satisfação mórbida do prazer sexual.*
>
> No vertente, o apelante foi condenado pela prática de ato libidinoso consistente em beijo lascivo, conduta descrita na denúncia.
>
> [...]

> Diversamente do alegado pelo apelante, todos os elementos configuradores dos delitos contra a liberdade sexual estão presentes. *O ato praticado, sem dúvida, atenta contra o pudor médio, haja vista a moral e os bons costumes que regem nossa sociedade, bem como a declarada resistência oferecida pela vítima. Certamente que o beijo visava satisfazer a lascívia do apelante.*
>
> Cabe ressaltar que nos delitos contra os costumes, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de grande valor probatório, máxime se coerente e compatível com a realidade dos autos.
>
> Diante, pelo exame de todo o contexto probatório, apesar da negativa do apelante em juízo, constata-se que a autoria dos delitos contra a dignidade sexual, consistente na pratica de constranger alguém à pratica de ato libidinoso, encontra-se suficientemente demonstrada, inviabilizando a absolvição ou mesmo a pretendida desclassificação (fls. 164-170, destaquei)

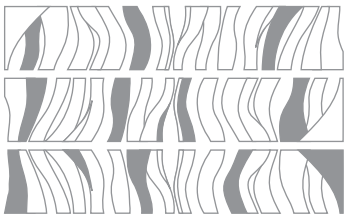
Dito de outra maneira, por levar em conta que não houve a prática de atos invasivos por circunstâncias alheias à sua vontade, optou a Corte estadual por absolver o acusado por atipicidade da conduta.

Ao assim fazer, a Corte local negou vigência ao art. 213, § 1º, do CP.

V. Dispositivo

À vista do exposto, *dou provimento* ao recurso para reconhecer a apontada violação do art. 213, § 1º, do Código Penal, cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, *restabelecer a sentença condenatória* em todos os seus termos (Processo n. 599-67.2011 da Comarca de Cotriguaçu – MT).

Em tempo, corrija-se a autuação, tão somente para que conste o nome do recorrido por extenso, tendo em vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação da identidade do réu. O segrego de justiça a que alude o art. 234-B do Código Penal visa à proteção da vítima, o que, no presente caso, não deixará de ocorrer com a menção ao nome do suposto autor das condutas narradas, como ocorre em relação a quaisquer outros réus.



Súmulas

SÚMULA N. 552

O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos.

Referências:

CF/1988, art. 37, VIII.

Lei n. 7.853/1989.

Decreto n. 3.298/1999, arts. 3º, I, e 4º, II.

Decreto n. 5.296/2004, art. 70.

Precedentes:

MS 18.966-DF	(CE, 02.10.2013 – DJe 20.03.2014)
REsp 1.307.814-AL	(1ª S, 11.02.2014 – DJe 31.03.2014)
RMS 36.081-PE	(1ª S, 28.05.2014 – DJe 23.09.2014)
AgRg no REsp 1.374.669-RJ	(1ª T, 08.05.2014 – DJe 19.05.2014)
AgRg no REsp 1.379.284-SE	(1ª T, 18.11.2014 – DJe 26.11.2014)
AgRg no AgRg no REsp 1.390.124-RS	(2ª T, 25.03.2014 – DJe 31.03.2014)
AgRg no AgRg no AREsp 364.588-PE	(2ª T, 03.04.2014 – DJe 14.04.2014)
AgRg no AREsp 510.378-PE	(2ª T, 05.08.2014 – DJe 13.08.2014)
AgRg no RMS 43.230-SP	(2ª T, 23.10.2014 – DJe 27.11.2014)

Corte Especial, em 4.11.2015

DJe 9.11.2015

SÚMULA N. 553

Nos casos de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, é competente a Justiça estadual para o julgamento de demanda proposta exclusivamente contra a Eletrobrás. Requerida a intervenção da União no feito após a prolação de sentença pelo juízo estadual, os autos devem ser remetidos ao Tribunal Regional Federal competente para o julgamento da apelação se deferida a intervenção.

Referências:

CPC, arts. 50 e 543-C.

Lei n. 9.469/1997, art. 5º, *caput* e parágrafo único.

Precedentes:

REsp 1.111.159-RJ**(*)**	(1ª S, 11.11.2009 – DJe 19.11.2009)
EDcl no REsp 1.111.159-RJ**(*)**	(1ª S, 24.03.2010 – DJe 09.04.2010)
EDcl no AgRg no CC 89.783-RS	(1ª S, 09.06.2010 – DJe 18.06.2010)
AgRg no REsp 1.090.784-DF	(1ª T, 11.04.2013 – DJe 19.04.2013)
AgRg no Ag 1.291.829-MG	(2ª T, 05.08.2010 – DJe 17.08.2010)
REsp 1.207.261-RS	(2ª T, 21.10.2010 – DJe 05.11.2010)
AgRg no Ag 1.357.673-RS	(2ª T, 22.02.2011 – DJe 04.03.2011)
REsp 1.205.884-RS	(2ª T, 26.04.2011 – DJe 10.05.2011)
REsp 1.232.990-RS	(2ª T, 26.04.2011 – DJe 10.05.2011)
AgRg nos EDcl no REsp 1.195.727-RJ	(2ª T, 23.04.2013 – DJe 02.05.2013)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 554

Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, arts. 113, § 1º, 129, 132, 133 e 139.

Precedentes:

REsp 923.012-MG**(*)**	(1ª S, 09.06.2010 – DJe 24.06.2010)
EDcl no REsp 923.012-MG**(*)**	(1ª S, 10.04.2013 – DJe 24.04.2013)
REsp 544.265-CE	(1ª T, 16.11.2004 – DJ 21.02.2005)
REsp 745.007-SP	(1ª T, 19.05.2005 – DJ 27.06.2005)
REsp 554.377-SC	(1ª T, 04.10.2005 – DJ 19.12.2005)
REsp 1.085.071-SP	(1ª T, 21.05.2009 – DJe 08.06.2009)
REsp 959.389-RS	(2ª T, 07.05.2009 – DJe 21.05.2009)
AgRg no REsp 1.056.302-SC	(2ª T, 23.04.2009 – DJe 13.05.2009)
REsp 1.220.651-GO	(2ª T, 05.04.2011 – DJe 29.04.2011)
AgRg no REsp 1.321.958-RS	(2ª T, 04.10.2012 – DJe 16.10.2012)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 555

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 173, I.

Precedentes:

REsp 973.733-SC**(*)**	(1ª S, 12.08.2009 – DJe 18.09.2009)
AgRg nos EREsp 1.199.262-MG	(1ª S, 26.10.2011 – DJe 07.11.2011)
AgRg no REsp 1.074.191-MG	(1ª T, 02.03.2010 – DJe 16.03.2010)
AgRg no Ag 1.241.890-RS	(1ª T, 1º.09.2011 – DJe 09.09.2011)
AgRg no Ag 1.407.622-PR	(1ª T, 20.09.2011 – DJe 26.09.2011)
AgRg no REsp 1.235.573-RS	(1ª T, 22.11.2011 – DJe 06.12.2011)
AgRg no AREsp 102.378-PR	(1ª T, 18.09.2012 – DJe 24.09.2012)
AgRg no REsp 1.218.460-SC	(1ª T, 20.08.2013 – DJe 06.09.2013)
REsp 1.090.021-PE	(2ª T, 20.04.2010 – DJe 05.05.2010)
REsp 1.154.592-PR	(2ª T, 20.05.2010 – DJe 02.06.2010)
REsp 1.015.907-RS	(2ª T, 10.08.2010 – DJe 10.09.2010)
REsp 985.301-SC	(2ª T, 19.08.2010 – DJe 1º.09.2010)
AgRg no Ag 1.394.456-SC	(2ª T, 22.05.2012 – DJe 02.08.2012)
AgRg no REsp 1.277.854-PR	(2ª T, 12.06.2012 – DJe 18.06.2012)
AgRg no AREsp 20.880-PE	(2ª T, 02.10.2012 – DJe 10.10.2012)
REsp 1.344.130-AL	(2ª T, 18.10.2012 – DJe 05.11.2012)
AgRg no AREsp 246.013-SE	(2ª T, 07.03.2013 – DJe 14.03.2013)

AgRg no AREsp 260.213-PE	(2ª T, 16.04.2013 – DJe 25.04.2013)
AgRg no AREsp 252.942-PE	(2ª T, 06.06.2013 – DJe 12.06.2013)
AgRg no AREsp 296.623-SP	(2ª T, 18.02.2014 – DJe 12.03.2014)
AgRg no REsp 1.486.511-PR	(2ª T, 16.12.2014 – DJe 03.02.2015)
AgRg no AREsp 616.398-RS	(2ª T, 03.02.2015 – DJe 09.02.2015)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 556

É indevida a incidência de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria pago por entidade de previdência privada e em relação ao resgate de contribuições recolhidas para referidas entidades patrocinadoras no período de 1º/1/1989 a 31/12/1995, em razão da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 43.

Lei n. 7.713/1988, art. 6º, VII, **b**, na redação anterior à

Lei n. 9.250/1995, arts. 32 e 33.

Precedentes:

REsp 1.012.903-RJ**(*)**	(1ª S, 08.10.2008 – DJe 13.10.2008)
REsp 760.246-PR**(*)**	(1ª S, 10.12.2008 – DJe 19.12.2008)
AgRg nos EREsp 983.617-DF	(1ª S, 16.02.2009 – DJe 23.03.2009)
AgRg nos EREsp 984.518-DF	(1ª S, 25.03.2009 – DJe 20.04.2009)
EAg 941.186-DF	(1ª S, 13.05.2009 – DJe 25.05.2009)
Pet 3.363-RS	(1ª S, 26.08.2009 – DJe 04.09.2009)
EREsp 1.022.315-DF	(1ª S, 25.11.2009 – DJe 14.12.2009)
REsp 1.086.492-PR	(1ª S, 13.10.2010 – DJe 26.10.2010)
AgRg no Ag 1.082.829-SP	(1ª T, 24.03.2009 – DJe 1º.04.2009)
AgRg no AREsp 475.818-DF	(1ª T, 07.04.2015 – DJe 13.04.2015)
AgRg no AREsp 202.075-CE	(2ª T, 11.09.2012 – DJe 18.09.2012)
REsp 1.346.457-RS	(2ª T, 18.12.2012 – DJe 08.02.2013)
REsp 1.278.598-SC	(2ª T, 05.02.2013 – DJe 14.02.2013)
AgRg no REsp 1.337.770-CE	(2ª T, 04.06.2013 – DJe 10.06.2013)

AgRg no REsp 1.247.388-DF	(2ª T, 22.10.2013 – DJe 29.10.2013)
REsp 1.306.333-CE	(2ª T, 07.08.2014 – DJe 19.08.2014)
AgRg nos EDcl no AREsp 203.640-CE	(2ª T, 21.10.2014 – DJe 27.11.2014)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 557

A renda mensal inicial (RMI) alusiva ao benefício de aposentadoria por invalidez precedido de auxílio-doença será apurada na forma do art. 36, § 7º, do Decreto n. 3.048/1999, observando-se, porém, os critérios previstos no art. 29, § 5º, da Lei n. 8.213/1991, quando intercalados períodos de afastamento e de atividade laboral.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.213/1991, art. 29, § 5º.

Dec. n. 3.048/1999, art. 36, § 7º.

Precedentes:

REsp 1.410.433-MG**(*)**	(1ª S, 11.12.2013 – DJe 18.12.2013)
AgRg no AREsp 202.776-MG	(1ª T, 11.12.2012 – DJe 04.02.2013)
REsp 1.338.239-MS	(2ª T, 11.12.2012 – DJe 19.12.2012)
AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.372.501-MG	(2ª T, 06.06.2013 – DJe 14.06.2013)
AgRg no AREsp 420.804-PR	(2ª T, 10.12.2013 – DJe 16.12.2013)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 558

Em ações de execução fiscal, a petição inicial não pode ser indeferida sob o argumento da falta de indicação do CPF e/ou RG ou CNPJ da parte executada.

Referências:

CPC, art. 282, II, e 543-C.

Lei n. 6.830/1980, art. 6º.

Lei n. 11.419/2006, art. 15.

Precedentes:

REsp 1.450.819-AM**(*)**	(1ª S, 12.11.2014 – DJe 12.12.2014)
REsp 1.455.091-AM**(*)**	(1ª S, 12.11.2014 – DJe 02.02.2015)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 559

Em ações de execução fiscal, é desnecessária a instrução da petição inicial com o demonstrativo de cálculo do débito, por tratar-se de requisito não previsto no art. 6º da Lei n. 6.830/1980.

Referências:

CPC, arts. 614, II, e 543-C.

Lei n. 6.830/1980, art. 6º.

Precedentes:

REsp 1.138.202-ES**(*)**	(1ª S, 09.12.2009 – DJe 1º.02.2010)
REsp 1.450.819-AM**(*)**	(1ª S, 12.11.2014 – DJe 12.12.2014)
REsp 1.455.091-AM**(*)**	(1ª S, 12.11.2014 – DJe 02.02.2015)
AgRg no REsp 909.963-RS	(1ª T, 08.06.2010 – DJe 24.06.2010)
AgRg nos EDcl no REsp 1.167.745-SC	(1ª T, 17.05.2011 – DJe 24.05.2011)
AgRg no AREsp 23.739-SC	(1ª T, 1º.12.2011 – DJe 10.02.2012)
AgRg no REsp 1.213.672-PE	(1ª T, 09.10.2012 – DJe 16.10.2012)
AgRg no Ag 1.392.508-SC	(2ª T, 13.09.2011 – DJe 27.09.2011)
AgRg no AREsp 10.906-SC	(2ª T, 19.06.2012 – DJe 03.08.2012)
AgRg no AgRg no AREsp 235.651-MG	(2ª T, 26.08.2014 – DJe 25.09.2014)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 560

A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 185-A.

Precedentes:

AgRg no Ag 1.429.330-BA	(1ª S, 22.08.2012 – DJe 03.09.2012)
REsp 1.377.507-SP**(*)**	(1ª S, 26.11.2014 – DJe 02.12.2014)
AgRg no REsp 1.202.428-BA	(1ª T, 04.04.2013 – DJe 10.04.2013)
AgRg no REsp 1.341.860-SC	(1ª T, 04.06.2013 – DJe 24.06.2013)
AgRg no REsp 1.409.433-PE	(1ª T, 03.12.2013 – DJe 18.12.2013)
AgRg no AREsp 485.378-BA	(1ª T, 12.05.2015 – DJe 19.05.2015)
AgRg no AREsp 413.209-BA	(2ª T, 19.11.2013 – DJe 29.11.2013)
AgRg no AREsp 343.969-RS	(2ª T, 26.11.2013 – DJe 03.12.2013)
REsp 1.479.979-RS	(2ª T, 03.02.2015 – DJe 11.02.2015)
AgRg no AREsp 631.815-MG	(2ª T, 07.05.2015 – DJe 13.05.2015)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 561

Os Conselhos Regionais de Farmácia possuem atribuição para fiscalizar e autuar as farmácias e drogarias quanto ao cumprimento da exigência de manter profissional legalmente habilitado (farmacêutico) durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 3.820/1960, arts. 10, **c**, e 24, parágrafo único.

Lei n. 5.991/1973, art. 15.

Precedentes:

EREsp 414.961-PR	(1ª S, 12.11.2003 – DJ 15.12.2003)
EREsp 380.254-PR	(1ª S, 08.06.2005 – DJ 08.08.2005)
REsp 1.382.751-MG**(*)**	(1ª S, 12.11.2014 – DJe 02.02.2015)
REsp 316.718-PR	(1ª T, 12.06.2001 – DJ 03.09.2001)
REsp 379.628-PR	(1ª T, 28.05.2002 – DJ 12.08.2002)
AgRg no REsp 952.006-SP	(1ª T, 25.09.2007 – DJ 22.10.2007)
REsp 962.861-SC	(1ª T, 07.08.2008 – DJe 20.08.2008)
AgRg no REsp 975.172-SP	(1ª T, 25.11.2008 – DJe 17.12.2008)
REsp 491.137-RS	(2ª T, 22.04.2003 – DJ 26.05.2003)
REsp 672.095-PR	(2ª T, 04.11.2004 – DJ 18.04.2005)
REsp 571.713-PR	(2ª T, 17.10.2006 – DJ 06.12.2006)
AgRg no Ag 821.490-SP	(2ª T, 12.06.2007 – DJe 30.09.2008)
REsp 929.565-SP	(2ª T, 1º.04.2008 – DJe 11.04.2008)
AgRg no REsp 1.008.547-MG	(2ª T, 02.04.2009 – DJe 27.04.2009)

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

SÚMULA N. 562

É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros.

Referências:

CPC, art. 543-C.

LEP, art. 126.

Precedentes:

REsp 1.381.315-RJ**(*)**	(3ª S, 13.05.2015 – DJe 19.05.2015)
HC 184.501-RJ	(5ª T, 27.03.2012 – DJe 25.05.2012)
HC 239.498-RJ	(5ª T, 22.10.2013 – DJe 05.11.2013)
HC 206.313-RJ	(5ª T, 05.12.2013 – DJe 11.12.2013)
HC 205.592-RJ	(6ª T, 19.02.2013 – DJe 27.02.2013)
HC 219.772-RJ	(6ª T, 15.08.2013 – DJe 26.08.2013)

Terceira Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

SÚMULA N. 563

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.

Referências:

LC n. 109/2001, arts. 4º e 34, I.

CDC, arts. 2º e 3º, § 2º.

Lei n. 6.435/1977, art. 4º, II e § 1º, revogada.

Precedentes:

AgRg no AREsp 504.022-SC	(2ª S, 10.09.2014 – DJe 30.09.2014)
REsp 1.536.786-MG	(2ª S, 26.08.2015 – DJe 20.10.2015)
REsp 1.421.951-SE	(3ª T, 25.11.2014 – DJe 19.12.2014)
AgRg no AgRg no REsp 1.483.876-SE	(3ª T, 14.04.2015 – DJe 05.05.2015)
REsp 1.443.304-SE	(3ª T, 26.05.2015 – DJe 02.06.2015)
REsp 1.431.273-SE	(3ª T, 09.06.2015 – DJe 18.06.2015)

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

SÚMULA N. 564

No caso de reintegração de posse em arrendamento mercantil financeiro, quando a soma da importância antecipada a título de valor residual garantido (VRG) com o valor da venda do bem ultrapassar o total do VRG previsto contratualmente, o arrendatário terá direito de receber a respectiva diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos pactuados.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 6.099/1974, art. 1º, parágrafo único.

Lei n. 7.132/1983, art. 1º, I.

Resolução-Bacen n. 2.309/1996, arts. 5º e 7º, VII, **a**, do anexo.

Portaria-MF n. 564/1978, item 2.

Súmula n. 293-STJ.

Precedentes:

REsp 1.099.212-RJ**(*)**	(2ª S, 27.02.2013 – DJe 04.04.2013)
AgRg no AREsp 410.653-DF	(3ª T, 19.11.2013 – DJe 04.12.2013)
AgRg no AREsp 380.080-SP	(3ª T, 19.03.2015 – DJe 27.03.2015)
AgRg no AREsp 606.990-SP	(3ª T, 18.06.2015 – DJe 04.08.2015)
AgRg no AREsp 480.694-ES	(4ª T, 27.05.2014 – DJe 03.06.2014)
EDcl no AgRg no AREsp 265.199-MS	(4ª T, 19.08.2014 – DJe 05.09.2014)
AgRg no AREsp 480.697-DF	(4ª T, 14.10.2014 – DJe 28.10.2014)

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

SÚMULA N. 565

A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida apenas nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 4.595/1964, arts. 4º, VI e IX e 9º.

Resolução-CMN n. 2.303/1996, revogada.

Resolução-CMN n. 3.518/2007, revogada.

Resolução-CMN n. 3.693/2009, revogada.

Resolução-CMN n. 3.919/2010.

Circular-Bacen n. 3.371/2007, revogada.

Precedentes:

REsp 1.251.331-RS**(*)**	(2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013)
REsp 1.255.573-RS**(*)**	(2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013)
Rcl 14.696-RJ	(2ª S, 26.03.2014 – DJe 09.04.2014)
AgRg no AREsp 408.848-PR	(3ª T, 09.09.2014 – DJe 26.09.2014)
AgRg no REsp 1.317.666-RS	(3ª T, 24.02.2015 – DJe 03.03.2015)
AgRg no AREsp 534.567-SC	(3ª T, 05.05.2015 – DJe 11.05.2015)
AgRg no AREsp 627.227-PR	(3ª T, 04.08.2015 – DJe 17.08.2015)
AgRg no AREsp 459.160-MS	(4ª T, 18.03.2014 – DJe 27.03.2014)
AgRg no AREsp 501.983-RS	(4ª T, 24.06.2014 – DJe 04.08.2014)
AgRg no REsp 1.352.847-RS	(4ª T, 21.08.2014 – DJe 04.09.2014)
AgRg no REsp 1.289.898-RS	(4ª T, 02.10.2014 – DJe 10.10.2014)
AgRg no AREsp 598.762-RS	(4ª T, 25.11.2014 – DJe 02.12.2014)

AgRg no REsp 1.332.591-PR	(4ª T, 17.03.2015 – DJe 23.03.2015)
AgRg no AREsp 123.860-RS	(4ª T, 24.03.2015 – DJe 23.04.2015)
AgRg no AREsp 550.863-SP	(4ª T, 28.04.2015 – DJe 05.05.2015)
AgRg no AREsp 689.735-SC	(4ª T, 23.06.2015 – DJe 30.06.2015)

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

SÚMULA N. 566

Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008, pode ser cobrada a tarifa de cadastro no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 4.595/1964, arts. 4º, VI e IX e 9º.

Resolução-CMN n. 2.303/1996, revogada.

Resolução-CMN n. 3.518/2007, revogada.

Resolução-CMN n. 3.693/2009, revogada.

Resolução-CMN n. 3.919/2010.

Circular-Bacen n. 3.371/2007, revogada.

Precedentes:

REsp 1.251.331-RS**(*)**	(2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013)
REsp 1.255.573-RS**(*)**	(2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013)
AgRg na Rcl 14.423-RJ	(2ª S, 13.11.2013 – DJe 20.11.2013)
Rcl 14.696-RJ	(2ª S, 26.03.2014 – DJe 09.04.2014)
Rcl 16.644-ES	(2ª S, 28.05.2014 – DJe 02.06.2014)
AgRg no AREsp 357.178-PR	(3ª T, 23.10.2014 – DJe 30.10.2014)
AgRg no REsp 1.521.160-SC	(3ª T, 18.06.2015 – DJe 03.08.2015)
AgRg no REsp 1.374.113-DF	(4ª T, 25.03.2014 – DJe 08.04.2014)

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

SÚMULA N. 567

Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CP, arts. 14, II, 17 e 155.

Precedentes:

REsp 1.385.621-MG**(*)**	(3ª S, 27.05.2015 – DJe 02.06.2015)
REsp 1.171.091-MG	(5ª T, 16.03.2010 – DJe 19.04.2010)
AgRg no REsp 1.133.055-RS	(5ª T, 06.10.2011 – DJe 25.10.2011)
AgRg no AREsp 258.347-MG	(5ª T, 06.08.2013 – DJe 22.08.2013)
AgRg no REsp 1.380.176-MG	(5ª T, 10.09.2013 – DJe 19.09.2013)
HC 215.628-SP	(5ª T, 21.11.2013 – DJe 04.12.2013)
HC 294.311-SP	(5ª T, 05.05.2015 – DJe 12.05.2015)
HC 208.958-SP	(6ª T, 02.08.2011 – DJe 17.08.2011)
AgRg no REsp 1.206.641-RS	(6ª T, 07.02.2012 – DJe 21.03.2012)
HC 167.455-RJ	(6ª T, 15.03.2012 – DJe 1º.08.2012)
HC 238.714-SP	(6ª T, 16.08.2012 – DJe 27.08.2012)
HC 193.154-RS	(6ª T, 20.06.2013 – DJe 1º.07.2013)
AgRg no REsp 1.221.022-SP	(6ª T, 03.09.2013 – DJe 18.09.2013)
HC 238.786-RJ	(6ª T, 15.05.2014 – DJe 30.05.2014)
RHC 43.624-AL	(6ª T, 07.10.2014 – DJe 21.10.2014)
AgRg no REsp 1.413.041-MG	(6ª T, 24.03.2015 – DJe 06.04.2015)

Terceira Seção, em 25.2.2016

DJe 29.2.2016

SÚMULA N. 568

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Referência:

CF, art. 105, III, **a** e **c**.

Precedentes:

REsp 503.701-RS	(2ª T, 22.06.2004 – DJ 18.10.2004)
REsp 1.501.205-RS	(2ª T, 21.05.2015 – DJe 30.05.2015)
REsp 1.563.610-PI	(2ª T, 24.11.2015 – DJe 04.02.2016)
REsp 1.346.836-BA	(3ª T, 09.10.2012 – DJe 15.10.2012)
REsp 1.290.933-SP	(3ª T, 17.03.2015 – DJe 24.04.2015)
REsp 1.107.977-RS	(4ª T, 19.11.2013 – DJe 04.08.2014)
REsp 732.939-RS	(5ª T, 27.03.2008 – DJe 02.06.2008)
REsp 1.084.943-MG	(5ª T, 18.02.2010 – DJe 15.03.2010)

Corte Especial, em 16.3.2016

DJe 17.3.2016

SÚMULA N. 569

Na importação, é indevida a exigência de nova certidão negativa de débito no desembaraço aduaneiro, se já apresentada a comprovação da quitação de tributos federais quando da concessão do benefício relativo ao regime de *drawback*.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 9.069/1995, art. 60.

Precedentes:

REsp 1.041.237-SP**(*)**	(1ª S, 28.10.2009 – DJe 19.11.2009)
REsp 196.161-RS	(1ª T, 16.11.1999 – DJ 21.02.2000)
REsp 652.276-RS	(1ª T, 16.08.2005 – DJ 24.10.2005)
REsp 839.116-BA	(1ª T, 21.08.2008 – DJe 1º.10.2008)
REsp 413.934-RS	(2ª T, 16.09.2004 – DJ 13.12.2004)
REsp 385.634-BA	(2ª T, 21.02.2006 – DJ 29.03.2006)
REsp 859.119-SP	(2ª T, 06.05.2008 – DJe 20.05.2008)

Primeira Seção, em 27.4.2016

DJe 2.5.2016

SÚMULA N. 570

Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de demanda em que se discute a ausência de ou o obstáculo ao credenciamento de instituição particular de ensino superior no Ministério da Educação como condição de expedição de diploma de ensino a distância aos estudantes.

Referências:

CF/1988, art. 109, I.

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 9.394/1996, arts. 9º e 80.

Decreto n. 5.622/2005.

Precedentes:

REsp 1.344.771-PR**(*)**	(1ª S, 24.04.2013 – DJe 29.08.2013)
AgRg no REsp 1.332.616-RS	(1ª T, 06.08.2013 – DJe 14.08.2013)
EDcl no AgRg no REsp 1.324.484-PR	(1ª T, 15.08.2013 – DJe 22.08.2013)
AgRg no AgRg no REsp 1.275.629-PR	(1ª T, 07.11.2013 – DJe 20.11.2013)
AgRg no REsp 1.324.501-PR	(2ª T, 16.05.2013 – DJe 24.05.2013)

Primeira Seção, em 27.4.2016

DJe 2.5.2016

SÚMULA N. 571

A taxa progressiva de juros não se aplica às contas vinculadas ao FGTS de trabalhadores qualificados como avulsos.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 5.107/1966, art. 4º, revogada.

Lei n. 5.705/1971, arts. 1º e 2º.

Lei n. 5.958/1973, art. 1º.

Lei n. 8.036/1990, art. 3º.

Lei n. 8.630/1993, art. 2º, revogada.

Decreto n. 3.048/1999, art. 9º, VI.

Precedentes:

REsp 1.349.059-SP**(*)**	(1ª S, 26.03.2014 – DJe 17.09.2014)
REsp 1.176.691-ES	(1ª T, 15.06.2010 – DJe 29.06.2010)
REsp 1.196.043-ES	(2ª T, 28.09.2010 – DJe 15.10.2010)
AgRg no REsp 1.300.129-SP	(2ª T, 21.08.2012 – DJe 28.08.2012)
AgRg no REsp 1.313.963-RS	(2ª T, 09.10.2012 – DJe 18.10.2012)

Primeira Seção, em 27.4.2016

DJe 2.5.2016

SÚMULA N. 572

O Banco do Brasil, na condição de gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), não tem a responsabilidade de notificar previamente o devedor acerca da sua inscrição no aludido cadastro, tampouco legitimidade passiva para as ações de reparação de danos fundadas na ausência de prévia comunicação.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 8.078/1990, art. 43.

Resolução-Bacen n. 1.631/1989.

Resolução-Bacen n. 1.682/1990.

Circular-Bacen n. 2.250/1992.

Circular-Bacen n. 2.989/2000.

Precedentes:

REsp 1.354.590-RS**(*)**	(2ª S, 09.09.2015 – DJe 15.09.2015)
AgRg no REsp 1.442.785-RS	(3ª T, 10.06.2014 – DJe 13.06.2014)
REsp 1.425.756-RS	(3ª T, 18.03.2014 – DJe 16.06.2014)
AgRg no REsp 1.366.743-RS	(3ª T, 12.08.2014 – DJe 28.08.2014)
AgRg no REsp 1.444.304-RS	(3ª T, 05.08.2014 – DJe 1º.09.2014)
AgRg no REsp 1.445.364-RS	(3ª T, 28.04.2015 – DJe 06.05.2015)
AgRg no REsp 1.426.139-RS	(4ª T, 08.04.2014 – DJe 11.04.2014)
AgRg no REsp 1.425.755-RS	(4ª T, 22.05.2014 – DJe 28.05.2014)
AgRg no REsp 1.442.588-RS	(4ª T, 16.10.2014 – DJe 28.10.2014)
AgRg no REsp 1.426.304-RS	(4ª T, 21.10.2014 – DJe 29.10.2014)
REsp 1.443.558-RS	(4ª T, 24.06.2014 – DJe 19.03.2015)

Segunda Seção, em 11.5.2016

DJe 16.5.2016

SÚMULA N. 573

Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 6.194/1974.

Precedentes:

REsp 1.388.030-MG**(*)**	(2ª S, 11.06.2014 – DJe 1º.08.2014)
EDcl no REsp 1.388.030-MG**(*)**	(2ª S, 27.08.2014 – DJe 12.11.2014)
AgRg no AREsp 546.911-SP	(3ª T, 18.12.2014 – DJe 03.02.2015)
AgRg no AREsp 630.829-SP	(3ª T, 12.05.2015 – DJe 18.05.2015)
AgRg no AREsp 672.051-SP	(3ª T, 06.10.2015 – DJe 19.10.2015)
AgRg no AREsp 390.267-SC	(4ª T, 02.06.2015 – DJe 18.06.2015)
AgRg no Ag 1.158.070-BA	(4ª T, 06.08.2015 – DJe 13.08.2015)
AgRg nos EDcl no AREsp 659.850-MG	(4ª T, 03.12.2015 – DJe 11.12.2015)
AgRg no AREsp 724.543-SP	(4ª T, 16.02.2016 – DJe 25.02.2016)

Segunda Seção, em 22.6.2016

DJe 27.6.2016

SÚMULA N. 574

Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem.

Referências:

CP, art. 184, § 2º.

CPC/2015, art. 1.036.

Precedentes:

REsp 1.456.239-MG**(*)**	(3ª S, 12.08.2015 – DJe 21.08.2015)
REsp 1.485.832-MG**(*)**	(3ª S, 12.08.2015 – DJe 21.08.2015)
AgRg na Rcl 21.857-MG	(3ª S, 10.06.2015 – DJe 23.06.2015)
AgRg no REsp 1.451.608-SP	(5ª T, 19.05.2015 – DJe 05.06.2015)
AgRg no REsp 1.458.252-MG	(5ª T, 09.06.2015 – DJe 19.06.2015)
AgRg no AREsp 650.192-SC	(5ª T, 30.06.2015 – DJe 04.08.2015)
AgRg no AREsp 399.130-SP	(5ª T, 13.10.2015 – DJe 29.10.2015)
AgRg no AREsp 409.388-SP	(6ª T, 08.05.2014 – DJe 28.05.2014)
AgRg no REsp 1.469.677-MG	(6ª T, 04.09.2014 – DJe 19.09.2014)
AgRg nos EDcl no REsp 1.387.999-SP	(6ª T, 10.02.2015 – DJe 25.02.2015)
HC 312.187-RS	(6ª T, 24.03.2015 – DJe 31.03.2015)
AgRg no REsp 1.376.830-TO	(6ª T, 15.09.2015 – DJe 05.10.2015)

Terceira Seção, em 22.6.2016

DJe 27.6.2016

SÚMULA N. 575

Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

CTB, art. 310.

Precedentes:

REsp 1.485.830-MG**(*)**	(3ª S, 11.03.2015 – DJe 29.05.2015)
Rcl 29.042-RS	(3ª S, 24.02.2016 – DJe 03.03.2016)
RHC 38.022-MG	(5ª T, 17.12.2013 – DJe 03.02.2014)
RHC 48.817-MG	(5ª T, 20.11.2014 – DJe 28.11.2014)
RHC 49.941-MG	(5ª T, 14.04.2015 – DJe 03.08.2015)
AgRg no RHC 47.301-MG	(5ª T, 18.08.2015 – DJe 1º.09.2015)
RHC 58.908-MG	(5ª T, 18.08.2015 – DJe 10.09.2015)
AgRg no REsp 1.456.218-MG	(5ª T, 24.11.2015 – DJe 1º.12.2015)
REsp 1.468.099-MG	(6ª T, 19.03.2015 – DJe 15.04.2015)
RHC 47.447-MG	(6ª T, 19.03.2015 – DJe 29.04.2015)
RHC 44.952-MG	(6ª T, 1º.09.2015 – DJe 22.09.2015)
AgRg no REsp 1.533.052-MG	(6ª T, 22.09.2015 – DJe 13.10.2015)

Terceira Seção, em 22.6.2016

DJe 27.6.2016

SÚMULA N. 576

Ausente requerimento administrativo no INSS, o termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente será a data da citação válida.

Referência:

CPC/2015, art. 1.036.

Precedentes:

REsp 1.369.165-SP**(*)**	(1ª S, 26.02.2014 – DJe 07.03.2014)
EDcl no REsp 1.369.165-SP**(*)**	(1ª S, 28.05.2014 – DJe 02.06.2014)
REsp 1.311.665-SC	(1ª T, 02.09.2014 – DJe 17.10.2014)
AgRg no AREsp 760.911-RJ	(1ª T, 27.10.2015 – DJe 10.11.2015)
AgRg no REsp 1.418.604-SC	(2ª T, 11.02.2014 – DJe 07.03.2014)
AgRg no REsp 1.421.722-SC	(2ª T, 25.02.2014 – DJe 19.03.2014)
AgRg no AREsp 823.800-SP	(2ª T, 1º.03.2016 – DJe 08.03.2016)

Primeira Seção, em 22.6.2016

DJe 27.6.2016

SÚMULA N. 577

É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 8.213/1991, arts. 55, § 3º, 106 e 142.

Decreto n. 3.048/1999, art. 63.

Súmula n. 149 do STJ.

Precedentes:

REsp 1.321.493-PR**(*)**	(1ª S, 10.10.2012 – DJe 19.12.2012)
REsp 1.348.633-SP**(*)**	(1ª S, 28.08.2013 – DJe 05.12.2014)
AgRg no REsp 1.452.001-SP	(1ª T, 05.03.2015 – DJe 12.03.2015)
AgRg no AgRg no AREsp 591.005-SP	(1ª T, 12.05.2015 – DJe 21.05.2015)
AgRg no AREsp 286.515-MG	(2ª T, 19.03.2013 – DJe 25.03.2013)
AgRg no REsp 1.367.415-RS	(2ª T, 04.04.2013 – DJe 15.04.2013)
AgRg no REsp 1.364.417-RJ	(2ª T, 27.03.2014 – DJe 08.04.2014)
AgRg no REsp 1.347.289-SP	(2ª T, 24.04.2014 – DJe 20.05.2014)
AgRg no AREsp 730.275-PR	(2ª T, 25.08.2015 – DJe 02.09.2015)

Primeira Seção, em 22.6.2016

DJe 27.6.2016

SÚMULA N. 578

Os empregados que laboram no cultivo da cana-de-açúcar para empresa agroindustrial ligada ao setor sucroalcooleiro detêm a qualidade de rurícola, ensejando a isenção do FGTS desde a edição da Lei Complementar n. 11/1971 até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Referências:

CF/1988, art. 7º, III.

LC n. 11/1971.

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 5.889/1973, arts. 2º e 3º, § 1º.

Precedentes:

REsp 1.133.662-PE**(*)**	(1ª S, 09.08.2010 – DJe 19.08.2010)
EDcl no REsp 952.052-PE	(2ª T, 04.03.2010 – DJe 12.03.2010)

Primeira Seção, em 22.6.2016

DJe 27.6.2016

SÚMULA N. 579

Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior.

Referência:

CPC/2015, arts. 218, § 4º, e 1.024, § 5º.

Precedentes:

QO no REsp 1.129.215-DF	(CE, 16.09.2015 – DJe 03.11.2015)
AgRg nos EAREsp 300.967-SP	(CE, 16.09.2015 – DJe 20.11.2015)
EDcl no AgRg no REsp 834.025-RS	(CE, 04.11.2015 – DJe 20.11.2015)
AgRg nos EREsp 964.419-MG	(3ª S, 09.12.2015 – DJe 15.12.2015)
AgRg no AREsp 707.910-RJ	(3ª T, 08.03.2016 – DJe 11.03.2016)
AgRg no AREsp 824.816-MG	(3ª T, 15.03.2016 – DJe 29.03.2016)
AgRg nos EDcl no AREsp 775.039-MS	(3ª T, 15.03.2016 – DJe 05.04.2016)
REsp 1.080.597-SP	(4ª T, 06.10.2015 – DJe 04.11.2015)
REsp 1.129.215-DF	(4ª T, 08.03.2016 – DJe 06.04.2016)
HC 342.405-MG	(5ª T, 10.03.2016 – DJe 16.03.2016)
AgRg no REsp 1.062.910-RS	(6ª T, 04.02.2016 – DJe 18.02.2016)

Corte Especial, em 1º.7.2016

DJe 1º.8.2016

SÚMULA N. 580

A correção monetária nas indenizações do seguro DPVAT por morte ou invalidez, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6.194/1974, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, incide desde a data do evento danoso.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 6.194/1974, art. 5º, § 7º.

Lei n. 11.482/2007, art. 8º.

Precedentes:

REsp 1.483.620-SC**(*)**	(2ª S, 27.05.2015 – DJe 02.06.2015)
AgRg no AREsp 46.024-PR	(3ª T, 16.02.2012 – DJe 12.03.2012)
AgRg no REsp 1.470.348-SC	(3ª T, 23.10.2014 – DJe 03.11.2014)
AgRg no REsp 1.482.716-SC	(3ª T, 09.12.2014 – DJe 16.12.2014)
REsp 1.358.961-GO	(3ª T, 15.09.2015 – DJe 18.09.2015)
AgRg no REsp 1.509.650-SP	(3ª T, 27.10.2015 – DJe 13.11.2015)
AgRg no REsp 1.555.050-PR	(3ª T, 1º.12.2015 – DJe 14.12.2015)
AgRg no REsp 1.469.465-SC	(4ª T, 09.09.2014 – DJe 18.09.2014)
AgRg no REsp 1.480.735-SC	(4ª T, 21.10.2014 – DJe 30.10.2014)
EDcl no REsp 1.467.664-SC	(4ª T, 23.06.2015 – DJe 29.06.2015)
EDcl no REsp 1.477.539-SC	(4ª T, 23.06.2015 – DJe 30.06.2015)
EDcl no AREsp 738.582-PR	(4ª T, 25.08.2015 – DJe 31.08.2015)

Segunda Seção, em 14.9.2016

DJe 19.9.2016

SÚMULA N. 581

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

Lei n. 11.101/2005, arts. 6º, 49, § 1º, 52, III e 59.

Precedentes:

EAg 1.179.654-SP	(2ª S, 28.03.2012 – DJe 13.04.2012)
REsp 1.333.349-SP**(*)**	(2ª S, 26.11.2014 – DJe 02.02.2015)
CC 142.726-GO	(2ª S, 24.02.2016 – DJe 1º.03.2016)
AgRg no REsp 1.191.297-RJ	(3ª T, 25.06.2013 – DJe 1º.07.2013)
AgRg no AREsp 96.501-RS	(3ª T, 06.08.2013 – DJe 20.08.2013)
AgRg nos EDcl no REsp 1.280.036-SP	(3ª T, 20.08.2013 – DJe 05.09.2013)
AgRg no AREsp 276.695-SP	(3ª T, 18.02.2014 – DJe 28.02.2014)
AgRg no REsp 1.334.284-MT	(3ª T, 02.09.2014 – DJe 15.09.2014)
AgRg no AREsp 579.915-SP	(3ª T, 16.02.2016 – DJe 11.03.2016)
AgRg no AREsp 641.967-RS	(3ª T, 15.03.2016 – DJe 28.03.2016)
REsp 1.269.703-MG	(4ª T, 13.11.2012 – DJe 30.11.2012)
AgRg no AREsp 133.109-SP	(4ª T, 05.02.2013 – DJe 18.02.2013)
AgRg no AREsp 305.907-RS	(4ª T, 18.06.2013 – DJe 28.06.2013)
REsp 1.326.888-RS	(4ª T, 08.04.2014 – DJe 05.05.2014)
AgRg na MC 20.103-SP	(4ª T, 21.08.2014 – DJe 08.09.2014)
AgRg no AREsp 353.436-SP	(4ª T, 18.06.2015 – DJe 26.06.2015)

Segunda Seção, em 14.9.2016

DJe 19.9.2016

SÚMULA N. 582

Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

CP, art. 157.

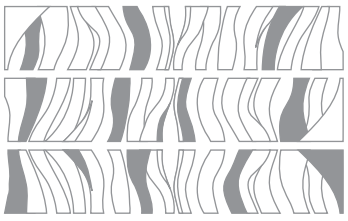
Precedentes:

REsp 1.499.050-RJ**(*)**	(3ª S, 14.10.2015 – DJe 09.11.2015)
AgRg no AREsp 503.847-RS	(5ª T, 18.06.2014 – DJe 1º.08.2014)
HC 270.093-SP	(5ª T, 06.11.2014 – DJe 14.11.2014)
HC 202.394-RJ	(5ª T, 25.11.2014 – DJe 03.12.2014)
AgRg nos EDcl no AREsp 506.442-ES	(5ª T, 18.12.2014 – DJe 02.02.2015)
AgRg no REsp 1.490.926-RS	(5ª T, 10.02.2015 – DJe 23.02.2015)
EDcl no REsp 1.425.160-RJ	(6ª T, 09.09.2014 – DJe 25.09.2014)
REsp 1.351.255-RJ	(6ª T, 19.11.2015 – DJe 03.12.2015)
REsp 1.440.149-SP	(6ª T, 03.12.2015 – DJe 15.12.2015)
AgRg no AREsp 515.834-MG	(6ª T, 23.02.2016 – DJe 11.03.2016)
AgRg no REsp 1.201.491-RJ	(6ª T, 15.03.2016 – DJe 12.04.2016)

Terceira Seção, em 14.9.2016

DJe 19.9.2016

(*) Recursos repetitivos.



Índice Analítico

A

Pn Absolvição - **Crime de lavagem de dinheiro**. HC n. 356.027 - CE. RSTJ 244/993.

Cv **Abuso no exercício do direito de ação** - Dano moral. REsp n. 1.467.888 - GO. RSTJ 244/416.

PrCv **Ação civil pública** - Improbidade administrativa - Medida cautelar de indisponibilidade de bens. REsp n. 1.623.947 - RJ. RSTJ 244/213.

PrCv **Ação civil pública** - Improcedência - Contrato de prestação de serviços educacionais - Desconto de pontualidade - Multa camuflada - Inexistência. REsp n. 1.424.814 - SP. RSTJ 244/399.

PrCv **Ação de cobrança por despesas de manutenção e melhorias de loteamento** - Penhora. REsp n. 1.351.571 - SP. RSTJ 244/713.

PrCv **Ação de dissolução de sociedade ou apuração de haveres** - Quebra da *affectio societatis* - Rompimento unilateral de acordo de associação. EREsp n. 1.377.697 - AM. RSTJ 244/770.

PrCv **Ação de reparação de danos materiais e morais contra hospital** - Denunciação à lide - Médica - Erro médico. REsp n. 913.687 - SP. RSTJ 244/581.

PrCv **Ação de revisão e manutenção de contrato de concessão comercial** - *Astreintes* - Manutenção. REsp n. 1.364.503 - PE. RSTJ 244/381.

PrCv **Ação indenizatória** - Contagem do prazo prescricional - Seguro DPVAT. Súmula n. 573-STJ. RSTJ 244/1105.

Pn Ação penal - Trancamento - Arma registrada em nome do ex-marido falecido - Ilícito administrativo - Necessidade de regularização - **Posse de arma de fogo de uso permitido**. RHC n. 45.614 - RJ. RSTJ 244/866.

Pn Apelação da acusação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Réu submetido a novo julgamento - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 196.966 - ES. RSTJ 244/818.

Pv **Aposentadoria por invalidez concedida judicialmente** - Termo inicial. Súmula n. 576-STJ. RSTJ 244/1108.

Pv **Aposentadoria por invalidez precedido de auxílio-doença** - Renda Mensal Inicial (RMI). Súmula n. 557-STJ. RSTJ 244/1088.

Cv Aquisições do Governo Federal (AGF) - Bens fungíveis - **Contrato de depósito** - Empréstimo do Governo Federal (EGF). REsp n. 994.556 - RS. RSTJ 244/591.

Pn Arma registrada em nome do ex-marido falecido - Ação penal - Trancamento - Ilícito administrativo - Necessidade de regularização - **Posse de arma de fogo de uso permitido**. RHC n. 45.614 - RJ. RSTJ 244/866.

Cv **Arrendamento mercantil financeiro** - Reintegração de posse. Súmula n. 564-STJ. RSTJ 244/1095.

PrCv *Astreintes* - Manutenção - **Ação de revisão e manutenção de contrato de concessão comercial**. REsp n. 1.364.503 - PE. RSTJ 244/381.

Adm Autorização judicial - Necessidade - **Ministério Público** - Requisição de informações sigilosas - Procedimento disciplinar da OAB. REsp n. 1.217.271 - PR. RSTJ 244/71.

B

PrCv **Banco do Brasil** - Gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos. Súmula n. 572-STJ. RSTJ 244/1104.

Trbt Base de cálculo - **PIS/PASEP** - COFINS. REsp n. 1.144.469 - PR. RSTJ 244/119.

Cv Bens fungíveis - Aquisições do Governo Federal (AGF) - **Contrato de depósito** - Empréstimo do Governo Federal (EGF). REsp n. 994.556 - RS. RSTJ 244/591.

C

Adm Cerceamento de defesa - Configuração - **Improbidade administrativa** - Uso indevido de aparelhos telefônicos às custas do erário municipal. REsp n. 1.554.897 - SE. RSTJ 244/262.

PrCv CF/1988, art. 105, III, **a** e **c** - **Relator** - Decisão. Súmula n. 568-STJ. RSTJ 244/1100.

PrCv Cláusula de eleição de foro - Competência concorrente - **Contrato internacional**. REsp n. 1.090.720 - RJ. RSTJ 244/610.

Cv Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas**. Súmula n. 563-STJ. RSTJ 244/1094.

Cv Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Legislação específica - **Vinho** - Rótulo. REsp n. 1.605.489 - SP. RSTJ 244/562.

PrCv **Coisa julgada** - Flexibilização - Excepcionalidade - Matéria previdenciária. REsp n. 1.580.083 - PE. RSTJ 244/195.

Cv **Comissão de corretagem** - Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária (SATI). REsp n. 1.599.511 - SP. RSTJ 244/356.

Cv Comissão de corretagem - Taxa de assessoria técnica-imobiliária - **Incorporação imobiliária** - Venda de unidades autônomas em estande de vendas. REsp n. 1.551.951 - SP. RSTJ 244/343.

PrCv Competência - **Empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica**. Súmula n. 553-STJ. RSTJ 244/1082.

PrCv **Competência** - Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Serviço público. CC n. 138.405 - DF. RSTJ 244/24.

PrCv Competência - Justiça Federal - Condição de expedição de diploma de ensino a distância - **Credenciamento de instituição particular de ensino superior no Ministério da Educação**. Súmula n. 570-STJ. RSTJ 244/1102.

Pn Competência - Justiça Federal - Fraude em licitações - **Operação Patrola**. HC n. 364.334 - SC. RSTJ 244/844.

PrCv Competência concorrente - Cláusula de eleição de foro - **Contrato internacional**. REsp n. 1.090.720 - RJ. RSTJ 244/610.

Adm **Concurso público** - Outorga de titularidade viciada por erro da Administração - Serviços notariais e de registro. REsp n. 1.208.338 - MT. RSTJ 244/179.

Adm **Concurso público** - Vagas reservadas. Súmula n. 552-STJ. RSTJ 244/1081.

PrCv Condição de expedição de diploma de ensino a distância - Competência - Justiça Federal - **Credenciamento de instituição particular de ensino superior no Ministério da Educação**. Súmula n. 570-STJ. RSTJ 244/1102.

Pn **Conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada** - CTB, art. 310. Súmula n. 575-STJ. RSTJ 244/1107.

Adm **Conselhos Regionais de Farmácia** - Lei n. 3.820/1960, arts. 10, **c**, e 24, parágrafo único. Súmula n. 561-STJ. RSTJ 244/1092.

Pn Constrangimento ilegal - **Incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal**. RHC n. 71.928 - MG. RSTJ 244/1038.

Pn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Apelação da acusação - **Crime de homicídio qualificado** - Réu submetido a novo julgamento - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 196.966 - ES. RSTJ 244/818.

Pn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Regime prisional fechado - Réu primário. HC n. 358.417 - RS. RSTJ 244/1014.

PrPn Constrição patrimonial - **Operação Lava-Jato**. REsp n. 1.585.781 - RS. RSTJ 244/901.

PrCv Contagem do prazo prescricional - **Ação indenizatória** - Seguro DPVAT. Súmula n. 573-STJ. RSTJ 244/1105.

Adm **Contas vinculadas ao FGTS** - Trabalhadores avulsos - Taxa progressiva de juros. Súmula n. 571-STJ. RSTJ 244/1103.

Cv **Contrato bancário** - Confecção em método *Braille* - Pessoa portadora de deficiência visual. REsp n. 1.349.188 - RJ. RSTJ 244/658.

Cv **Contrato de depósito** - Aquisições do Governo Federal (AGF) - Bens fungíveis - Empréstimo do Governo Federal (EGF). REsp n. 994.556 - RS. RSTJ 244/591.

PrCv Contrato de prestação de serviços educacionais - **Ação civil pública** - Improcedência - Desconto de pontualidade - Multa camuflada - Inexistência. REsp n. 1.424.814 - SP. RSTJ 244/399.

PrCv **Contrato internacional** - Cláusula de eleição de foro - Competência concorrente. REsp n. 1.090.720 - RJ. RSTJ 244/610.

Cv **Contratos bancários** - Tarifa de Cadastro. Súmula n. 566-STJ. RSTJ 244/1098.

Cv **Contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas** - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade. Súmula n. 563-STJ. RSTJ 244/1094.

Cv Correção monetária - **Indenização do seguro DPVAT por morte ou invalidez**. Súmula n. 580-STJ. RSTJ 244/1112.

PrPn Corrupção ativa - **Operação Revelação** - Quebra do sigilo do correio eletrônico. HC n. 315.220 - RS. RSTJ 244/927.

Pn CP, art. 157 - **Crime de roubo** - Consumação. Súmula n. 582-STJ. RSTJ 244/1114.

Pn CP, art. 184 - **Delito de violação de direito autoral**. Súmula n. 574-STJ. RSTJ 244/1106.

Pn CP, art. 213, § 1º - **Crime de estupro circunstanciado**. REsp n. 1.611.910 - MT. RSTJ 244/1064.

PrCv CPC/2015, art. 1.024, § 5º - **Recurso especial** - Interposição na pendência do julgamento dos embargos de declaração. Súmula n. 579-STJ. RSTJ 244/1111.

PrCv **Credenciamento de instituição particular de ensino superior no Ministério da Educação** - Competência - Justiça Federal - Condição de expedição de diploma de ensino a distância. Súmula n. 570-STJ. RSTJ 244/1102.

Cv Crédito extraconcursal - Créditos de honorários advocatícios - **Recuperação judicial convolada em falência**. REsp n. 1.368.550 - SP. RSTJ 244/746.

Trbt **Crédito tributário** - Constituição - Prazo decadencial quinquenal. Súmula n. 555-STJ. RSTJ 244/1084.

Cv Créditos de honorários advocatícios - Crédito extraconcursal - **Recuperação judicial convolada em falência**. REsp n. 1.368.550 - SP. RSTJ 244/746.

Pn **Crime contra a ordem tributária** - Pena - Dosimetria - Redimensionamento - Possibilidade. HC n. 354.789 - PE. RSTJ 244/979.

Pn **Crime de estupro circunstanciado** - CP, art. 213, § 1º. REsp n. 1.611.910 - MT. RSTJ 244/1064.

Pn **Crime de furto** - Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico. Súmula n. 567-STJ. RSTJ 244/1099.

Pn **Crime de homicídio** - Qualificadoras - Exclusão. REsp n. 1.556.874 - RJ. RSTJ 244/888.

Pn **Crime de homicídio qualificado** - Apelação da acusação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Réu submetido a novo julgamento - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 196.966 - ES. RSTJ 244/818.

Pn **Crime de homicídio qualificado** - Tribunal do Júri - Julgamento - Anulação. HC n. 236.475 - SP. RSTJ 244/921.

Pn **Crime de lavagem de dinheiro** - Absolvição. HC n. 356.027 - CE. RSTJ 244/993.

Pn **Crime de roubo** - Consumação - CP, art. 157. Súmula n. 582-STJ. RSTJ 244/1114.

Pn **Crime de tráfico de drogas** - Prisão preventiva - Revogação. HC n. 353.054 - SP. RSTJ 244/831.

Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Regime prisional fechado - Réu primário. HC n. 358.417 - RS. RSTJ 244/1014.

Pn CTB, art. 310 - **Conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada**. Súmula n. 575-STJ. RSTJ 244/1107.

Trbt CTN, art. 106 - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Omissão de receita. REsp n. 1.282.416 - AP. RSTJ 244/189.

Trbt CTN, art. 185-A - **Decretação da indisponibilidade de bens e direitos**. Súmula n. 560-STJ. RSTJ 244/1091.

D

Cv Dano moral - **Abuso no exercício do direito de ação**. REsp n. 1.467.888 - GO. RSTJ 244/416.

Cv Dano moral - **Direito autoral** - Reexibição de novela. REsp n. 1.558.683 - SP. RSTJ 244/513.

Trbt **Decretação da indisponibilidade de bens e direitos** - CTN, art. 185-A. Súmula n. 560-STJ. RSTJ 244/1091.

Pn **Delito de violação de direito autoral** - CP, art. 184. Súmula n. 574-STJ. RSTJ 244/1106.

PrCv Denunciação à lide - Médica - **Ação de reparação de danos materiais e morais contra hospital** - Erro médico. REsp n. 913.687 - SP. RSTJ 244/581.

PrCv Desconto de pontualidade - **Ação civil pública** - Improcedência - Contrato de prestação de serviços educacionais - Multa camuflada - Inexistência. REsp n. 1.424.814 - SP. RSTJ 244/399.

Trbt Desembaraço aduaneiro - **Importação**. Súmula n. 569-STJ. RSTJ 244/1101.

PrCv Dilação probatória - Impossibilidade - **Mandado de segurança** - Prova documental preconstituída - Insuficiência. AgRg no MS n. 19.025 - DF. RSTJ 244/97.

Cv **Direito autoral** - Dano moral - Reexibição de novela. REsp n. 1.558.683 - SP. RSTJ 244/513.

Cv **Doação** - Revogação - Ingratidão dos donatários. REsp n. 1.593.857 - MG. RSTJ 244/546.

Adm Dosimetria - Agravamento - **Improbidade administrativa** - Repasse de informações acerca da realização de operações policiais. REsp n. 1.607.870 - MG. RSTJ 244/206.

E

PrCv Efeito interruptivo - Embargos de declaração - **Embargos de divergência** - Provimento. EAREsp n. 175.648 - RS. RSTJ 244/61.

PrCv Embargos de declaração - Efeito interruptivo - **Embargos de divergência** - Provimento. EAREsp n. 175.648 - RS. RSTJ 244/61.

PrCv **Embargos de divergência** - Provimento - Efeito interruptivo - Embargos de declaração. EAREsp n. 175.648 - RS. RSTJ 244/61.

Pv **Empregados no cultivo da cana-de-açúcar** - Empresa agroindustrial - Setor sucroalcooleiro - Qualidade de rurícola. Súmula n. 578-STJ. RSTJ 244/1110.

PrCv **Empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica** - Competência. Súmula n. 553-STJ. RSTJ 244/1082.

Cv Empréstimo do Governo Federal (EGF) - Aquisições do Governo Federal (AGF) - Bens fungíveis - **Contrato de depósito**. REsp n. 994.556 - RS. RSTJ 244/591.

Adm **Ensino superior** - Inadimplência - Curso distinto - Negativa de matrícula - Impossibilidade. REsp n. 1.583.798 - SC. RSTJ 244/333.

PrCv Erro médico - **Ação de reparação de danos materiais e morais contra hospital** - Denunciação à lide - Médica. REsp n. 913.687 - SP. RSTJ 244/581.

PrCv **Execução fiscal** - Petição inicial. Súmula n. 558-STJ. RSTJ 244/1089.

PrCv **Execução fiscal** - Petição inicial - Instrução. Súmula n. 559-STJ. RSTJ 244/1090.

PrPn **Execução penal** - Prisão domiciliar. HC n. 366.517 - DF. RSTJ 244/1027.

PrPn **Execução provisória da pena** - Não cabimento - Pena restritiva de direitos. EDcl no AgRg no AREsp n. 688.225 - SP. RSTJ 244/811.

F

Pn Fraude em licitações - Competência - Justiça Federal - **Operação Patrola**. HC n. 364.334 - SC. RSTJ 244/844.

G

Cv Garantias fidejussórias e reais - **Plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia Geral de Credores**. REsp n. 1.532.943 - MT. RSTJ 244/452.

PrCv Gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos - **Banco do Brasil**. Súmula n. 572-STJ. RSTJ 244/1104.

H

PrCv **Honorários advocatícios** - Não cabimento. AgInt no REsp n. 1.450.445 - SP. RSTJ 244/225.

I

Pn Ilícito administrativo - Ação penal - Trancamento - Arma registrada em nome do ex-marido falecido - Necessidade de regularização - **Posse de arma de fogo de uso permitido**. RHC n. 45.614 - RJ. RSTJ 244/866.

Trbt **Importação** - Desembaraço aduaneiro. Súmula n. 569-STJ. RSTJ 244/1101.

Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Não incidência - Valor da complementação de aposentadoria pago por entidade de previdência privada. Súmula n. 556-STJ. RSTJ 244/1086.

Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - CTN, art. 106 - Omissão de receita. REsp n. 1.282.416 - AP. RSTJ 244/189.

Trbt **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Posse sem *animus domini* - Sujeito passivo - Condomínio - Não cabimento. AgRg no REsp n. 1.361.631 - DF. RSTJ 244/228.

PrCv Improbidade administrativa - **Ação civil pública** - Medida cautelar de indisponibilidade de bens. REsp n. 1.623.947 - RJ. RSTJ 244/213.

Adm **Improbidade administrativa** - Cerceamento de defesa - Configuração - Uso indevido de aparelhos telefônicos às custas do erário municipal. REsp n. 1.554.897 - SE. RSTJ 244/262.

Adm **Improbidade administrativa** - Dosimetria - Agravamento - Repasse de informações acerca da realização de operações policiais. REsp n. 1.607.870 - MG. RSTJ 244/206.

Adm Inadimplência - Curso distinto - **Ensino superior** - Negativa de matrícula - Impossibilidade. REsp n. 1.583.798 - SC. RSTJ 244/333.

Pn **Incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal** - Constrangimento ilegal. RHC n. 71.928 - MG. RSTJ 244/1038.

Cv **Incorporação imobiliária** - Comissão de corretagem - Taxa de assessoria técnica-imobiliária - Venda de unidades autônomas em estande de vendas. REsp n. 1.551.951 - SP. RSTJ 244/343.

Cv **Indenização do seguro DPVAT por morte ou invalidez** - Correção monetária. Súmula n. 580-STJ. RSTJ 244/1112.

Cv Ingratidão dos donatários - **Doação** - Revogação. REsp n. 1.593.857 - MG. RSTJ 244/546.

J

Cv **Juros de mora** - Responsabilidade. EREsp n. 1.475.859 - RJ. RSTJ 244/435.

L

Cv Legislação específica - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Vinho** - Rótulo. REsp n. 1.605.489 - SP. RSTJ 244/562.

Adm Lei n. 3.820/1960, arts. 10, **c**, e 24, parágrafo único - **Conselhos Regionais de Farmácia**. Súmula n. 561-STJ. RSTJ 244/1092.

Trbt Lei n. 6.763/1975(MG) - Lei n. 14.938/2003(MG) - **Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio de Rodovias (TFRD)**. RMS n. 41.885 - MG. RSTJ 244/175.

Adm Lei n. 9.421/1996, art. 10 - **Nepotismo** - Caracterização. REsp n. 1.447.561 - PE. RSTJ 244/239.

Cv Lei n. 11.101/2005 - **Recuperação judicial do devedor principal**. Súmula n. 581-STJ. RSTJ 244/1113.

Trbt Lei n. 14.938/2003(MG) - Lei n. 6.763/1975(MG) - **Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio de Rodovias (TFRD)**. RMS n. 41.885 - MG. RSTJ 244/175.

Pn LEP, art. 126 - **Remição de parte do tempo de execução da pena**. Súmula n. 562-STJ. RSTJ 244/1093.

Adm Licença-prêmio não gozada - Conversão em pecúnia - Possibilidade - **Servidor público**. REsp n. 1.588.856 - PB. RSTJ 244/201.

M

Pn Mãe e representante legal de vítima de atentado violento ao pudor - **Testemunha** - Conceito. REsp n. 1.549.417 - MG. RSTJ 244/1046.

PrCv **Mandado de segurança** - Dilação probatória - Impossibilidade - Prova documental preconstituída - Insuficiência. AgRg no MS n. 19.025 - DF. RSTJ 244/97.

PrCv Matéria previdenciária - **Coisa julgada** - Flexibilização - Excepcionalidade. REsp n. 1.580.083 - PE. RSTJ 244/195.

PrCv Medida cautelar de indisponibilidade de bens - **Ação civil pública** - Improbidade administrativa. REsp n. 1.623.947 - RJ. RSTJ 244/213.

Adm **Ministério Público** - Requisição de informações sigilosas - Autorização judicial - Necessidade - Procedimento disciplinar da OAB. REsp n. 1.217.271 - PR. RSTJ 244/71.

PrCv Multa camuflada - Inexistência - **Ação civil pública** - Improcedência - Contrato de prestação de serviços educacionais - Desconto de pontualidade. REsp n. 1.424.814 - SP. RSTJ 244/399.

Cv **Multipropriedade imobiliária** - Natureza jurídica de direito real - Penhora. REsp n. 1.546.165 - SP. RSTJ 244/494.

N

Cv Natureza jurídica de direito real - **Multipropriedade imobiliária** - Penhora. REsp n. 1.546.165 - SP. RSTJ 244/494.

Pn Necessidade de regularização - Ação penal - Trancamento - Arma registrada em nome do ex-marido falecido - Ilícito administrativo - **Posse de arma de fogo de uso permitido**. RHC n. 45.614 - RJ. RSTJ 244/866.

Adm Negativa de matrícula - Impossibilidade - **Ensino superior** - Inadimplência - Curso distinto. REsp n. 1.583.798 - SC. RSTJ 244/333.

Adm **Nepotismo** - Caracterização - Lei n. 9.421/1996, art. 10. REsp n. 1.447.561 - PE. RSTJ 244/239.

O

Trbt Omissão de receita - CTN, art. 106 - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)**. REsp n. 1.282.416 - AP. RSTJ 244/189.

PrPn **Operação Lava-Jato** - Constrição patrimonial. REsp n. 1.585.781 - RS. RSTJ 244/901.

Pn **Operação Lava-Jato** - Prisão preventiva. RHC n. 76.026 - RS. RSTJ 244/876.

Pn **Operação Patrola** - Competência - Justiça Federal - Fraude em licitações. HC n. 364.334 - SC. RSTJ 244/844.

PrPn **Operação Revelação** - Corrupção ativa - Quebra do sigilo do correio eletrônico. HC n. 315.220 - RS. RSTJ 244/927.

Adm Outorga de titularidade viciada por erro da Administração - **Concurso público** - Serviços notariais e de registro. REsp n. 1.208.338 - MT. RSTJ 244/179.

P

Adm **Pedido de habilitação de inventariante**. AgRg no RE nos EDcl no MS n. 16.597 - DF. RSTJ 244/19.

Pn Pena - Dosimetria - Redimensionamento - Possibilidade - **Crime contra a ordem tributária**. HC n. 354.789 - PE. RSTJ 244/979.

PrPn Pena restritiva de direitos - **Execução provisória da pena** - Não cabimento. EDcl no AgRg no AREsp n. 688.225 - SP. RSTJ 244/811.

PrCv Penhora - **Ação de cobrança por despesas de manutenção e melhorias de loteamento**. REsp n. 1.351.571 - SP. RSTJ 244/713.

Cv Penhora - **Multipropriedade imobiliária** - Natureza jurídica de direito real. REsp n. 1.546.165 - SP. RSTJ 244/494.

Cv Pessoa portadora de deficiência visual - **Contrato bancário** - Confecção em método *Braille*. REsp n. 1.349.188 - RJ. RSTJ 244/658.

PrCv Petição inicial - **Execução fiscal**. Súmula n. 558-STJ. RSTJ 244/1089.

PrCv Petição inicial - Instrução - **Execução fiscal**. Súmula n. 559-STJ. RSTJ 244/1090.

Trbt **PIS/PASEP** - COFINS - Base de cálculo. REsp n. 1.144.469 - PR. RSTJ 244/119.

Cv **Plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia Geral de Credores** - Garantias fidejussórias e reais. REsp n. 1.532.943 - MT. RSTJ 244/452.

Pn **Posse de arma de fogo de uso permitido** - Ação penal - Trancamento - Arma registrada em nome do ex-marido falecido - Ilícito administrativo - Necessidade de regularização. RHC n. 45.614 - RJ. RSTJ 244/866.

Trbt Posse sem *animus domini* - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Sujeito passivo - Condomínio - Não cabimento. AgRg no REsp n. 1.361.631 - DF. RSTJ 244/228.

Trbt Prazo decadencial quinquenal - **Crédito tributário** - Constituição. Súmula n. 555-STJ. RSTJ 244/1084.

Adm Prescrição - Ocorrência - **Processo administrativo disciplinar**. MS n. 20.553 - BA. RSTJ 244/104.

PrCv Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - **Competência** - Serviço público. CC n. 138.405 - DF. RSTJ 244/24.

PrPn Prisão domiciliar - **Execução penal**. HC n. 366.517 - DF. RSTJ 244/1027.

Pn Prisão preventiva - **Operação Lava-Jato**. RHC n. 76.026 - RS. RSTJ 244/876.

Pn Prisão preventiva - Revogação - **Crime de tráfico de drogas**. HC n. 353.054 - SP. RSTJ 244/831.

Adm Procedimento disciplinar da OAB - Autorização judicial - Necessidade - **Ministério Público** - Requisição de informações sigilosas. REsp n. 1.217.271 - PR. RSTJ 244/71.

Adm **Processo administrativo disciplinar** - Prescrição - Ocorrência. MS n. 20.553 - BA. RSTJ 244/104.

PrCv Prova documental preconstituída - Insuficiência - Dilação probatória - Impossibilidade - **Mandado de segurança**. AgRg no MS n. 19.025 - DF. RSTJ 244/97.

Q

Pv Qualidade de rurícola - **Empregados no cultivo da cana-de-açúcar** - Empresa agroindustrial - Setor sucroalcooleiro. Súmula n. 578-STJ. RSTJ 244/1110.

Pn Qualificadoras - Exclusão - **Crime de homicídio**. REsp n. 1.556.874 - RJ. RSTJ 244/888.

PrCv Quebra da *affectio societatis* - Rompimento unilateral de acordo de associação - **Ação de dissolução de sociedade ou apuração de haveres**. EREsp n. 1.377.697 - AM. RSTJ 244/770.

PrPn Quebra do sigilo do correio eletrônico - Corrupção ativa - **Operação Revelação**. HC n. 315.220 - RS. RSTJ 244/927.

R

Cv **Recuperação judicial convolada em falência** - Crédito extraconcursal - Créditos de honorários advocatícios. REsp n. 1.368.550 - SP. RSTJ 244/746.

Cv **Recuperação judicial do devedor principal** - Lei n. 11.101/2005. Súmula n. 581-STJ. RSTJ 244/1113.

PrCv **Recurso especial** - Interposição na pendência do julgamento dos embargos de declaração - CPC/2015, art. 1.024, § 5º. Súmula n. 579-STJ. RSTJ 244/1111.

Cv Reexibição de novela - Dano moral - **Direito autoral**. REsp n. 1.558.683 - SP. RSTJ 244/513.

Pn Regime prisional fechado - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Réu primário. HC n. 358.417 - RS. RSTJ 244/1014.

Cv Reintegração de posse - **Arrendamento mercantil financeiro**. Súmula n. 564-STJ. RSTJ 244/1095.

PrCv **Relator** - Decisão - CF/1988, art. 105, III, **a** e **c**. Súmula n. 568-STJ. RSTJ 244/1100.

Pn **Remição de parte do tempo de execução da pena** - LEP, art. 126. Súmula n. 562-STJ. RSTJ 244/1093.

Pv Renda Mensal Inicial (RMI) - **Aposentadoria por invalidez precedido de auxílio-doença**. Súmula n. 557-STJ. RSTJ 244/1088.

Adm Repasse de informações acerca da realização de operações policiais - Dosimetria - Agravamento - **Improbidade administrativa**. REsp n. 1.607.870 - MG. RSTJ 244/206.

Cv Rescisão contratual - **Teoria do Adimplemento Substancial** - Inaplicabilidade. REsp n. 1.581.505 - SC. RSTJ 244/794.

Cv Responsabilidade - **Juros de mora**. EREsp n. 1.475.859 - RJ. RSTJ 244/435.

Trbt Responsabilidade tributária da sucessora - **Sucessão empresarial**. Súmula n. 554-STJ. RSTJ 244/1083.

Pn Réu primário - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Regime prisional fechado. HC n. 358.417 - RS. RSTJ 244/1014.

Pn Réu submetido a novo julgamento - Apelação da acusação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 196.966 - ES. RSTJ 244/818.

S

PrCv Seguro DPVAT - **Ação indenizatória** - Contagem do prazo prescricional. Súmula n. 573-STJ. RSTJ 244/1105.

Cv Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária (SATI) - **Comissão de corretagem**. REsp n. 1.599.511 - SP. RSTJ 244/356.

PrCv Serviço público - **Competência** - Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). CC n. 138.405 - DF. RSTJ 244/24.

Adm Serviços notariais e de registro - **Concurso público** - Outorga de titularidade viciada por erro da Administração. REsp n. 1.208.338 - MT. RSTJ 244/179.

Adm **Servidor público** - Licença-prêmio não gozada - Conversão em pecúnia - Possibilidade. REsp n. 1.588.856 - PB. RSTJ 244/201.

Pn Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico - **Crime de furto**. Súmula n. 567-STJ. RSTJ 244/1099.

Trbt **Sucessão empresarial** - Responsabilidade tributária da sucessora. Súmula n. 554-STJ. RSTJ 244/1083.

Trbt Sujeito passivo - Condomínio - Não cabimento - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Posse sem *animus domini*. AgRg no REsp n. 1.361.631 - DF. RSTJ 244/228.

Adm Súmula n. 552-STJ - **Concurso público** - Vagas reservadas. RSTJ 244/1081.

PrCv Súmula n. 553-STJ - Competência - **Empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica**. RSTJ 244/1082.

Trbt Súmula n. 554-STJ - Responsabilidade tributária da sucessora - **Sucessão empresarial**. RSTJ 244/1083.

Trbt Súmula n. 555-STJ - **Crédito tributário** - Constituição - Prazo decadencial quinquenal. RSTJ 244/1084.

Trbt Súmula n. 556-STJ - **Imposto de Renda (IR)** - Não incidência - Valor da complementação de aposentadoria pago por entidade de previdência privada. RSTJ 244/1086.

Pv Súmula n. 557-STJ - **Aposentadoria por invalidez precedido de auxílio-doença** - Renda Mensal Inicial (RMI). RSTJ 244/1088.

PrCv Súmula n. 558-STJ - **Execução fiscal** - Petição inicial. RSTJ 244/1089.

PrCv Súmula n. 559-STJ - **Execução fiscal** - Petição inicial - Instrução. RSTJ 244/1090.

Trbt Súmula n. 560-STJ - CTN, art. 185-A - **Decretação da indisponibilidade de bens e direitos**. RSTJ 244/1091.

Adm Súmula n. 561-STJ - **Conselhos Regionais de Farmácia** - Lei n. 3.820/1960, arts. 10, **c**, e 24, parágrafo único. RSTJ 244/1092.

Pn Súmula n. 562-STJ - LEP, art. 126 - **Remição de parte do tempo de execução da pena**. RSTJ 244/1093.

Cv Súmula n. 563-STJ - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas**. RSTJ 244/1094.

Cv Súmula n. 564-STJ - **Arrendamento mercantil financeiro** - Reintegração de posse. RSTJ 244/1095.

Cv Súmula n. 565-STJ - **Tarifa de Abertura de Crédito (TAC)** - Tarifa de Emissão de Carnê (TEC). RSTJ 244/1096.

Cv Súmula n. 566-STJ - **Contratos bancários** - Tarifa de Cadastro. RSTJ 244/1098.

Pn Súmula n. 567-STJ - **Crime de furto** - Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico. RSTJ 244/1099.

PrCv Súmula n. 568-STJ - CF/1988, art. 105, III, **a** e **c** - **Relator** - Decisão. RSTJ 244/1100.

Trbt Súmula n. 569-STJ - Desembaraço aduaneiro - **Importação**. RSTJ 244/1101.

PrCv Súmula n. 570-STJ - Competência - Justiça Federal - Condição de expedição de diploma de ensino a distância - **Credenciamento de instituição particular de ensino superior no Ministério da Educação**. RSTJ 244/1102.

Adm Súmula n. 571-STJ - **Contas vinculadas ao FGTS** - Trabalhadores avulsos - Taxa progressiva de juros. RSTJ 244/1103.

PrCv Súmula n. 572-STJ - **Banco do Brasil** - Gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos. RSTJ 244/1104.

PrCv Súmula n. 573-STJ - **Ação indenizatória** - Contagem do prazo prescricional - Seguro DPVAT. RSTJ 244/1105.

Pn Súmula n. 574-STJ - CP, art. 184 - **Delito de violação de direito autoral**. RSTJ 244/1106.

Pn Súmula n. 575-STJ - **Conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada** - CTB, art. 310. RSTJ 244/1107.

Pv Súmula n. 576-STJ - **Aposentadoria por invalidez concedida judicialmente** - Termo inicial. RSTJ 244/1108.

Pv Súmula n. 577-STJ - **Tempo de serviço rural** - Reconhecimento. RSTJ 244/1109.

Pv Súmula n. 578-STJ - **Empregados no cultivo da cana-de-açúcar** - Empresa agroindustrial - Setor sucroalcooleiro - Qualidade de rurícola. RSTJ 244/1110.

PrCv Súmula n. 579-STJ - CPC/2015, art. 1.024, § 5º - **Recurso especial** - Interposição na pendência do julgamento dos embargos de declaração. RSTJ 244/1111.

Cv Súmula n. 580-STJ - Correção monetária - **Indenização do seguro DPVAT por morte ou invalidez**. RSTJ 244/1112.

Cv Súmula n. 581-STJ - Lei n. 11.101/2005 - **Recuperação judicial do devedor principal**. RSTJ 244/1113.

Pn Súmula n. 582-STJ - CP, art. 157 - **Crime de roubo** - Consumação. RSTJ 244/1114.

T

Cv **Tarifa de Abertura de Crédito (TAC)** - Tarifa de Emissão de Carnê (TEC). Súmula n. 565-STJ. RSTJ 244/1096.

Cv Tarifa de Cadastro - **Contratos bancários**. Súmula n. 566-STJ. RSTJ 244/1098.

Cv Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) - **Tarifa de Abertura de Crédito (TAC)**. Súmula n. 565-STJ. RSTJ 244/1096.

Trbt **Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio de Rodovias (TFRD)** - Lei n. 6.763/1975(MG) - Lei n. 14.938/2003(MG). RMS n. 41.885 - MG. RSTJ 244/175.

Adm Taxa progressiva de juros - **Contas vinculadas ao FGTS** - Trabalhadores avulsos. Súmula n. 571-STJ. RSTJ 244/1103.

Pv **Tempo de serviço rural** - Reconhecimento. Súmula n. 577-STJ. RSTJ 244/1109.

Cv **Teoria do Adimplemento Substancial** - Inaplicabilidade - Rescisão contratual. REsp n. 1.581.505 - SC. RSTJ 244/794.

Pv Termo inicial - **Aposentadoria por invalidez concedida judicialmente**. Súmula n. 576-STJ. RSTJ 244/1108.

Pn **Testemunha** - Conceito - Mãe e representante legal de vítima de atentado violento ao pudor. REsp n. 1.549.417 - MG. RSTJ 244/1046.

Pn Tribunal do Júri - Absolvição - Apelação da acusação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Réu submetido a novo julgamento. HC n. 196.966 - ES. RSTJ 244/818.

Pn Tribunal do Júri - Julgamento - Anulação - **Crime de homicídio qualificado**. HC n. 236.475 - SP. RSTJ 244/921.

U

Adm Uso indevido de aparelhos telefônicos às custas do erário municipal - Cerceamento de defesa - Configuração - **Improbidade administrativa**. REsp n. 1.554.897 - SE. RSTJ 244/262.

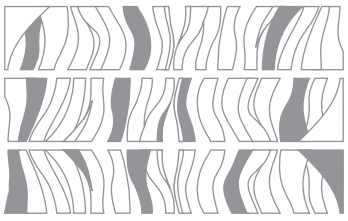
V

Adm Vagas reservadas - **Concurso público**. Súmula n. 552-STJ. RSTJ 244/1081.

Trbt Valor da complementação de aposentadoria pago por entidade de previdência privada - **Imposto de Renda (IR)** - Não incidência. Súmula n. 556-STJ. RSTJ 244/1086.

Cv Venda de unidades autônomas em estande de vendas - Comissão de corretagem - Taxa de assessoria técnica-imobiliária - **Incorporação imobiliária**. REsp n. 1.551.951 - SP. RSTJ 244/343.

Cv **Vinho** - Rótulo - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Legislação específica. REsp n. 1.605.489 - SP. RSTJ 244/562.



Índice Sistemático

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AgInt no REsp

1.450.445-SP..... Rel. Min. Og Fernandes.....RSTJ 244/225.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no MS

19.025-DF..... Rel. Min. Sérgio Kukina .....RSTJ 244/97.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.361.631-DF..... Rel. Min. Assusete Magalhães .....RSTJ 244/228.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no RE nos EDcl no MS

16.597-DF..... Rel. Min. Laurita Vaz.....RSTJ 244/19.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

138.405-DF..... Rel. Min. Herman Benjamin .....RSTJ 244/24.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EDcl no AgRg no AREsp

688.225-SP..... Rel. Min. Ribeiro Dantas .....RSTJ 244/811.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EAREsp

175.648-RS ..... Rel. Min. Og Fernandes.....RSTJ 244/61.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

1.377.697-AM ..... Rel. Min. Marco Buzzi ..... RSTJ 244/770.
1.475.859-RJ ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 244/435.

HABEAS CORPUS - HC

196.966-ES ..... Rel. Min. Joel Ilan Paciornik ..... RSTJ 244/818.
236.475-SP ..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior ..... RSTJ 244/921.
315.220-RS ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura ..... RSTJ 244/927.
353.054-SP ..... Rel. Min. Ribeiro Dantas ..... RSTJ 244/831.
354.789-PE ..... Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro ..... RSTJ 244/979.
356.027-CE ..... Rel. Min. Nefi Cordeiro ..... RSTJ 244/993.
358.417-RS ..... Rel. Min. Nefi Cordeiro ..... RSTJ 244/1014.
364.334-SC ..... Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca ..... RSTJ 244/844.
364.583-SP ..... Rel. Min. Jorge Mussi ..... RSTJ 244/859.
366.517-DF ..... Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz ..... RSTJ 244/1027.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

20.553-BA ..... Rel. Min. Gurgel de Faria ..... RSTJ 244/104.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

45.614-RJ ..... Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca ..... RSTJ 244/866.
71.928-MG ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura ..... RSTJ 244/1038.
76.026-RS ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 244/876.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

41.885-MG ..... Rel. Min. Benedito Gonçalves ..... RSTJ 244/175.

RECURSO ESPECIAL - REsp

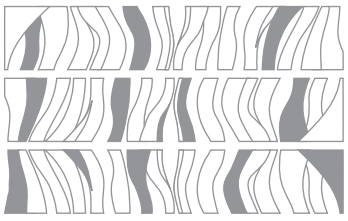
913.687-SP ..... Rel. Min. Raul Araújo ..... RSTJ 244/581.
994.556-RS ..... Rel. Min. Raul Araújo ..... RSTJ 244/591.
1.090.720-RJ ..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira ..... RSTJ 244/610.
1.144.469-PR ..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques ..... RSTJ 244/119.
1.208.338-MT ..... Rel. Min. Benedito Gonçalves ..... RSTJ 244/179.
1.217.271-PR ..... Rel. Min. Humberto Martins ..... RSTJ 244/71.
1.282.416-AP ..... Rel. Min. Regina Helena Costa ..... RSTJ 244/189.
1.349.188-RJ ..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão ..... RSTJ 244/658.
1.351.571-SP ..... Rel. Min. Marco Buzzi ..... RSTJ 244/713.
1.364.503-PE ..... Rel. Min. Moura Ribeiro ..... RSTJ 244/381.
1.368.550-SP ..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão ..... RSTJ 244/746.
1.424.814-SP ..... Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze ..... RSTJ 244/399.
1.447.561-PE ..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques ..... RSTJ 244/239.

1.467.888-GO..... Rel. Min. Nancy Andrighi .....RSTJ 244/416.
1.532.943-MT..... Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze .....RSTJ 244/452.
1.546.165-SP..... Rel. Min. João Otávio de Noronha .....RSTJ 244/494.
1.549.417-MG ..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....RSTJ 244/1046.
1.551.951-SP..... Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino .....RSTJ 244/343.
1.554.897-SE ..... Rel. Min. Assusete Magalhães .....RSTJ 244/262.
1.556.874-RJ ..... Rel. Min. Jorge Mussi .....RSTJ 244/888.
1.558.683-SP..... Rel. Min. Moura Ribeiro.....RSTJ 244/513.
1.580.083-PE ..... Rel. Min. Sérgio Kukina .....RSTJ 244/195.
1.581.505-SC ..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira .....RSTJ 244/794.
1.583.798-SC ..... Rel. Min. Herman Benjamin .....RSTJ 244/333.
1.585.781-RS ..... Rel. Min. Felix Fischer.....RSTJ 244/901.
1.588.856-PB ..... Rel. Min. Regina Helena Costa .....RSTJ 244/201.
1.593.857-MG ..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva .....RSTJ 244/546.
1.599.511-SP..... Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino .....RSTJ 244/356.
1.605.489-SP..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva .....RSTJ 244/562.
1.607.870-MG ..... Rel. Min. Gurgel de Faria .....RSTJ 244/206.
1.611.910-MT..... Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz .....RSTJ 244/1064.
1.623.947-RJ ..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho .....RSTJ 244/213.

SÚMULAS

552 .....RSTJ 244/1081.
553 .....RSTJ 244/1082.
554 .....RSTJ 244/1083.
555 .....RSTJ 244/1084.
556 .....RSTJ 244/1086.
557 .....RSTJ 244/1088.
558 .....RSTJ 244/1089.
559 .....RSTJ 244/1090.
560 .....RSTJ 244/1091.
561 .....RSTJ 244/1092.
562 .....RSTJ 244/1093.
563 .....RSTJ 244/1094.
564 .....RSTJ 244/1095.
565 .....RSTJ 244/1096.
566 .....RSTJ 244/1098.
567 .....RSTJ 244/1099.
568 .....RSTJ 244/1100.
569 .....RSTJ 244/1101.
570 .....RSTJ 244/1102.
571 .....RSTJ 244/1103.
572 .....RSTJ 244/1104.
573 .....RSTJ 244/1105.

574 ..... RSTJ 244/1106.
575 ..... RSTJ 244/1107.
576 ..... RSTJ 244/1108.
577 ..... RSTJ 244/1109.
578 ..... RSTJ 244/1110.
579 ..... RSTJ 244/1111.
580 ..... RSTJ 244/1112.
581 ..... RSTJ 244/1113.
582 ..... RSTJ 244/1114.



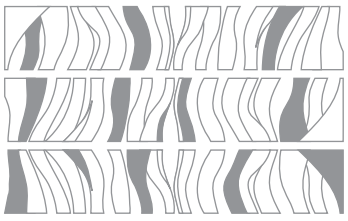
Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	*Habeas Corpus*
HD	*Habeas Data*
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 *Habeas Corpus*
RHD	Recurso em *Habeas Data*
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário

Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.

07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.

09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.

10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.

11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.

27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.

28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.

29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.

30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.

32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.

34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996.

36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **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.

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.

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.

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