

Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.331.719-SP (2012/0134720-5)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti
Recorrente: Luiz Antônio do Amaral
Advogado: Rafael Valle Vernaschi - Defensor Público e outros - SP226639
Recorrido: Condomínio Edifício Sain Martin
Advogado: Roberto Massao Yamamoto e outro(s) - SP125394

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Penhora. Constituição do devedor como depositário fiel. Art. 659, § 5º, do CPC/73. Devedor assistido pela Defensoria Pública. Intimação pessoal do assistido. Necessidade. Peculiaridade em relação ao defensor constituído. Representação legal. Poderes de procuração geral para o foro. Distinção de atos puramente processuais dos atos materiais. Possibilidade de responsabilização civil e penal. Súmula n. 319/STJ. Concretização substancial da defesa efetiva.

1. A diferença entre a intimação pessoal da parte e aquela realizada na figura do Defensor possui relevância quando analisada à luz da natureza jurídica do conteúdo do ato objeto da intimação, em virtude da existência de atos meramente processuais e atos materiais, que demandam atuação da parte representada, como a aceitação e constituição do devedor como depositário fiel do bem penhorado.

2. Importa igualmente destacar a distinção entre o defensor constituído pela parte e o Defensor Público ou defensor dativo, mormente ao se considerar que essa representação em juízo, justamente por ser constituída legalmente, dispensa a apresentação de mandato, possuindo o defensor apenas os poderes relacionados à procuração geral para o foro, visto que o exercício de poderes especiais demanda mandato com cláusula expressa, conforme o disposto nos artigos 38, *caput*, do CPC/73 e 16, parágrafo único, "a", da Lei n. 1.060/50.

3. É necessária, portanto, a intimação pessoal do devedor assistido pela Defensoria Pública para que seja constituído como

depositário fiel do bem imóvel penhorado por termo nos autos, como pressuposto lógico do comando contido na Súmula n. 319/STJ, seja em virtude de o ato possuir conteúdo de direito material e demandar comportamento positivo da parte, b) seja em razão de o Defensor, na condição de defensor nomeado e não constituído pela parte, exercer múnus público que impede o seu enquadramento no conceito de "advogado" para os fins previstos no artigo 659, § 5º, do CPC/73, possuindo apenas, via de regra, poderes gerais para o foro.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão. Vencido o relator. Votou vencido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Raul Araújo.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2021 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 4.10.2021

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado (e-STJ, fl. 101):

> Cobrança. Despesa de condomínio. Fiel depositário. Intimação pessoal do executado para assumir encargo de depositário. Desnecessidade. Recurso improvido.
>
> Não há que se falar em intimação pessoal do devedor quando possui advogado constituído nos autos, mesmo que seja Defensor Dativo, o qual possui apenas a prerrogativa de ser cientificado pessoalmente dos atos processuais. Interpretação de acordo com o estipulado no artigo 659, parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Civil.

Na origem, o ora recorrente interpôs agravo de instrumento contra decisão que determinou fosse ele intimado, na pessoa de seu representante judicial – defensor público –, para assumir o encargo de fiel depositário de bem penhorado. Sustentou ser necessária a intimação pessoal, haja vista que assistido pela Defensoria Pública, cujos membros não se enquadram no conceito de "advogado" para os fins previstos no art. 659, § 5º, do CPC/1973.

Nesse sentido, ainda, ponderou que o art. 16, § ún., "a", da Lei Federal n. 1.060/1950 dispensa a apresentação de instrumento de mandato quando a parte é representada por instituição incumbida de prestar assistência judiciária, todavia exigindo os poderes especiais previstos no art. 38 do CPC/1973, dentre eles o de firmar compromisso.

O Tribunal local negou provimento ao agravo por meio do acórdão de fls. 100/104 (e-STJ), conforme ementa acima transcrita.

Inconformado, o recorrente interpõe recurso especial aduzindo violação dos arts. 659, § 5º, do CPC/1973 e 16 da Lei de Assistência Judiciária (LAJ; Lei Federal n. 1.060/1950), reiterando os argumentos deduzidos nas razões iniciais.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

A controvérsia dos autos diz respeito à validade de intimação realizada na forma do art. 659, § 5º, parte final, do CPC/1973, todavia dirigida a membro da Defensoria Pública, para que o devedor assistido seja constituído fiel depositário de bem imóvel penhorado nos autos.

Em que pese a fundamentação deduzida nas razões recursais, penso que a irresignação não comporta acolhida.

Segundo dispunha o então vigente art. 659 do CPC/1973, com as modificações introduzidas pela Lei Federal n. 11.382/2006:

> Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios.
>
> (...)
>
> *§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.*

> ***§ 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário***.

As reformas introduzidas pelo legislador no processo executivo (ou ainda na "fase de cumprimento de sentença"), na vigência do CPC/1973, tiveram por escopo a simplificação dos procedimentos, visando a conferir maior celeridade e eficácia para a atividade satisfativa da jurisdição.

Sob essa diretriz, a lei processual autorizou fosse a penhora realizada por simples termo nos autos, quando apresentada a certidão da respectiva matrícula, intimando-se o executado "*pessoalmente ou* ***na pessoa de seu advogado****, e por este ato constituído depositário*".

De fato, o depósito de bem imóvel é formalidade que não enseja grandes encargos ou dificuldades para o depositário, que no caso do devedor ainda pode utilizar-se do bem durante o trâmite processual até a definitiva expropriação. Tem-se, assim, a adoção de um procedimento mais célere e simplificado, que ademais confere tratamento menos gravoso ao devedor, na linha de um processo civil mais moderno e eficaz.

Trata-se, efetivamente, de medida puramente processual, por meio da qual o devedor é cientificado de que, na forma de expressa previsão legal, está sendo constituído depositário judicial do bem imóvel penhorado, independentemente de sua vontade. Nesse sentido, colhe-se a seguinte fundamentação do aresto recorrido, não expressamente impugnada nas razões do especial (e-STJ, fls. 103/104):

> Ademais, cumpre ressaltar que o devedor, neste caso, recebe o encargo de depositário *ex vi legis*. Assim, por ser depositário legal, e, portanto, independente de compromisso formal e expresso, não há razão para a sua intimação pessoal, bastando a intimação do advogado constituído nos autos, mesmo quando Defensor Dativo.

Essa conclusão, vale dizer, não implica colidência com a orientação que emana da nota n. 319 da Súmula de Jurisprudência do STJ, pois é certo que o devedor-depositário pode, ulteriormente, requerer ao Juízo que preside o feito sua exoneração do encargo, arcando com as consequências desse ato, dentre as quais a possibilidade de ser afastado da posse (*rectius*, detenção) do bem objeto da constrição – que passará ao novel depositário.

Calha ressaltar, ademais, que a lei processual anterior não discriminou – como fez de modo explicito no CPC/2015, em seu art. 513, § 2º, II – a hipótese em que a parte é representada pela Defensoria, inexistindo previsão legal afastando a possibilidade de se proceder à intimação do devedor (na forma do art. 659, § 5º, parte final, do CPC/1973) na pessoa de seu representante judicial, seja ele advogado ou mesmo defensor público.

Nessa linha de raciocínio, lembro que a jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que não se faz necessária a intimação pessoal do devedor para dar início à fase de cumprimento de sentença, sendo válida quando destinada ao defensor público – desde que observada a prerrogativa da intimação pessoal. Cito, a propósito, o seguinte precedente da Terceira Turma desta Corte Superior:

> Civil e Processo Civil. Recurso especial. Cumprimento de sentença. Trânsito em julgado anterior. Intimação para pagamento ocorrida na vigência da Lei 11.232/2005. Multa do art. 475-J. Aplicabilidade. Intimação pessoal do Defensor Público. Suficiência. Dissídio jurisprudencial configurado.
>
> 1. Admitindo-se como termo inicial do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J não mais o trânsito em julgado da sentença, mas a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, se essa ocorreu na vigência da Lei 11.232/05, há incidência da multa.
>
> 2. Inexiste necessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento da sentença, sendo válida a intimação do defensor público, desde que feita pessoalmente.
>
> 3. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (REsp 1.032.436/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 15/08/2011)

Do voto condutor do respectivo acórdão extrai-se a judiciosa assertiva de que "*o defensor público tem poderes para o foro em geral, dentre os quais está o recebimento de intimações*", além de outras conclusões que, pela pertinência, entendo oportuna a transcrição:

> Na hipótese dos autos, o recorrente foi intimado na pessoa de seu advogado para o cumprimento da sentença. O fato de esse advogado ser um defensor público não impõe a necessidade de que a intimação para pagamento seja feita à pessoa do devedor, como se de citação se tratasse.
>
> O defensor público tem poderes para o foro em geral, dentre os quais está o recebimento de intimações. A única especificidade é a exigência de que essa

intimação seja pessoal, nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei 1.050/60, diferentemente do que ocorre com o advogado constituído pela parte, que é intimado pela imprensa oficial.

Não se justifica, outrossim, a necessidade de intimação pessoal do devedor, porque o pagamento é ato privativo da parte. Tanto que se considera válida a intimação do defensor público, desde que pessoal, para a purgação da mora nas ações de despejo por falta de pagamento. Nesse sentido, confira-se: REsp 199.795/RJ; REsp 129.982/RJ; REsp 200.623/RJ; AgRg no REsp 613.276/RJ; AgRg no REsp 769.126/RJ, entre outros.

Diante do exposto, exigir a intimação pessoal do devedor na hipótese do art. 475-J, do CPC, mesmo que apenas nas hipóteses em que ele estiver representado por defensor público, é propiciar um retrocesso, impedindo que sejam atingidos os escopos de celeridade e efetividade pretendidos com a Lei 11.232/05.

Esta Quarta Turma segue o mesmo entendimento:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Cumprimento de sentença. Multa do art. 475-J do CPC. Intimação por meio de defensor público. Agravo regimental desprovido.

1. A partir do julgamento do REsp 940.274/MS, em que foi Relator para acórdão o eminente Ministro João Otávio de Noronha, a Corte Especial, na sessão do dia 7 de abril de 2010 (acórdão publicado no DJe de 31.5.2010), firmou orientação de que, embora não seja necessária a intimação pessoal do devedor para pagamento espontâneo do débito, não pode ser dispensada, por outro lado, sua intimação por intermédio de seu advogado.

2. O fato de a parte ser representada em juízo pela Defensoria Pública não afasta esse entendimento. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 36.371/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

Por todo o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Agradeço ao eminente *Ministro Antonio Carlos Ferreira* e cumprimento a eminente *Ministra Maria Isabel Gallotti* pelo voto que nos traz.

Penso haver equívoco em se pretender estabelecer tratamento isonômico entre a parte representada por advogado, por ela mesma contratado, e a parte representada pela Defensoria Pública. São situações nitidamente diferentes.

Praticamente em todo o Brasil ainda há muita deficiência estrutural marcando a Defensoria Pública, infelizmente. A distinção está muito bem exposta e destacada no voto divergente da *Ministra Maria Isabel Gallotti*.

Essa é a razão pela qual, sempre que convidado a visitar regras legais que estabelecem um tratamento não isonômico entre pessoas representadas pela Defensoria Pública e as demais pessoas, que contratam seus próprios advogados, o eg. *Supremo Tribunal Federal*, levando em conta as deficiências estruturais inegáveis, de forma geral, da Defensoria Pública em todo País, o estado de imperfeição, tem reconhecido a constitucionalidade das normas, mas com aplicação da técnica de considerar "*a lei ainda constitucional*", em face da deficiência estrutural da Defensoria Pública.

Então, o Supremo aplica essa técnica ao reconhecer que normalmente poderia haver inconstitucionalidade, mas não se pode pronunciar essa inconstitucionalidade, no presente, porque, diante da insuficiência de meios, da insuficiência de estrutura, a regra que faz a disparidade ainda deve ser considerada constitucional para equilibrar as armas, para levar o equilíbrio de armas entre as partes.

Conheço um pouco da cativante história da formação das Defensorias Públicas no Brasil, pois estive durante algum tempo na administração pública, no Executivo estadual. Na verdade, iniciei minha vida forense estagiando na Defensoria Pública, como estudante do curso de Direito, na graduação, e conheci de perto aquela estrutura. Então era ainda a chamada Assistência Judiciária aos Necessitados. A instituição avançou muito desde então, claro, avançou bastante. A Constituição hoje é outra e prestigia muito a Defensoria Pública.

Porém, não vejo como um defensor público, mesmo na atualidade, tenha um contato fácil com seus representados. Há até uma alternância funcional, uma variação, onde ora está um defensor, ora vem outro, no mesmo processo em favor da mesma parte. As razões são variadas, férias, licença-maternidade, etc, mas o certo é que não existe um contato direito, pessoal, entre cada defensor e a pessoa defendida. Não há facilidade de contato pessoal, de comunicação entre a pessoa e seu defensor.

Há filas enormes nas Defensorias Públicas de pessoas carentes em busca de atendimento. Às vezes, essas pessoas humildes, até recebem apoio de advogados

que se propõem a fazer uma advocacia *pro bono*, exatamente para suprir essas notórias deficiências estruturais das Defensorias Públicas. O número de defensores é pequeno ou insuficiente. É fácil compreender.

O maior Estado da Federação, o Estado de São Paulo, o mais rico dos estados da Federação, levou tempo para estruturar uma Defensoria Pública, porque, até recentemente, até pouco tempo atrás, a Defensoria Pública tinha seu papel realizado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Havia uma certa divisão, uma parte dos procuradores do Estado laboravam como defensores públicos e outra parte como, efetivamente, procuradores estatais.

Toda essa dificuldade estrutural é tão perceptível para mim, que não vejo como – cumprimentando a eminente *Ministra Maria Isabel Gallotti* – não aderir ao voto divergente, com a devida vênia.

Penso que temos de estabelecer a tese da intimação, de que trata o dispositivo do Código de Processo Civil invocado, no caso de parte defendida ou representada por Defensor Público, devendo ser preferencialmente a intimação pessoal, salvo se a própria parte manifestar essa desnecessidade, expressamente. O juiz deve, de forma mais cuidadosa, tentar equilibrar a disparidade entre as partes, aquela que é representada pela Defensoria e a que é representada por advogado próprio, assegurando a intimação pessoal.

Sempre que houver uma situação como esta sob exame será necessário que se dê mais atenção à pessoa que está litigando sob o amparo da Defensoria Pública.

Peço vênia ao eminente Relator e acompanho o voto divergente da *Ministra Maria Isabel Gallotti*.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

> Cobrança. Despesa de condomínio. Fiel depositário. Intimação pessoal do executado para assumir encargo de depositário. Desnecessidade. Recurso improvido.
>
> Não há que se falar em intimação pessoal do devedor quando possui advogado constituído nos autos, mesmo que seja Defensor Dativo, o qual possui

apenas a prerrogativa de ser cientificado pessoalmente dos atos processuais. Interpretação de acordo com o estipulado no artigo 659, parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões de recurso, a parte recorrente sustentou negativa de vigência aos artigos 659, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973 e 16 da Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1.060/50), visto que a intimação da penhora para a constituição do devedor como depositário do imóvel deve ser pessoal.

Argumentou que somente "após a devida intimação se torna possível o exercício de oposição à nomeação, pois, como sumulado pelo Colendo STJ, tal encargo pode ser expressamente recusado (Súmula 319)", mormente ao se considerar que "o depositário atua como auxiliar da justiça, o que implica em responsabilidades não só no âmbito civil, mas também penal".

Afirmou que o Defensor Dativo, notadamente a Defensoria Pública, não se enquadra no conceito de "advogado" para os fins previstos no artigo 659, § 5º, do CPC/73, visto que sua representação dispensa instrumento de mandato, o qual é exigido com indicação expressa de poderes especiais para se firmar compromisso, nos termos do artigo 38 do CPC/73.

O relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, enfatizou que a reforma processual levada a efeito pela Lei 11.382/2006, ao acrescentar o § 5º no art. 659 do CPC/73, teve por escopo "a simplificação dos procedimentos, visando a conferir maior celeridade e eficácia para a atividade satisfativa da jurisdição".

Nesse sentido, apontou que, por ser uma medida puramente processual, não "enseja grandes encargos ou dificuldades para o depositário" e "não implica colidência com a orientação que emana da nota n. 319 da Súmula de Jurisprudência do STJ, pois é certo que o devedor-depositário pode, ulteriormente, requerer ao Juízo que preside o feito sua exoneração".

Ponderou ainda que, diferentemente do CPC/15, o Código revogado não discriminou de forma explícita as hipóteses em que a parte é representada pela Defensoria Pública e necessita ser intimada pessoalmente.

No mesmo sentido, citou a jurisprudência do STJ que entende pela desnecessidade de intimação pessoal do devedor para dar início à fase de cumprimento de sentença, sendo válida quando destinada ao defensor público, visto que esse possui poderes para o foro em geral, entre os quais está o recebimento de intimações.

Por fim, concluiu o voto negando provimento ao recurso especial.

Após vista dos autos, passo a proferir o meu voto.

Como mencionado pelo eminente Relator, discute-se a validade da intimação dirigida à Defensoria Pública, para fins de constituição do devedor assistido como depositário fiel da penhora realizada por termo nos autos.

Para melhor análise do debate, transcrevo o art. 659 do CPC/73, com a redação dada pela Lei 11.382/2006, dispositivo dado por violado:

> Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei n. 11.382, de 2006).
>
> (...)
>
> § 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. (Redação dada pela Lei n. 11.382, de 2006).
>
> § 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário. (incluído pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002)

Inicialmente, ressalto que não tenho dúvida em aderir à premissa do eminente Relator de que as reformas introduzidas no processo executivo e na fase de cumprimento de sentença (notadamente pelas Leis n. 10.444/02 e 11.382/06) visaram à simplificação e efetividade dos procedimentos previstos pelo antigo Código, a fim de alcançar atividade satisfativa jurisdicional célere e eficaz, dentre elas se destacando a possibilidade de intimar o executado "na pessoa de seu advogado", para fins de constituí-lo como depositário, ora em debate.

Em se tratando, todavia, de parte representada pela Defensoria Pública algumas peculiaridades merecem maior aprofundamento, notadamente as relacionadas ao tipo de intimação, aos seus ônus e às características da assistência/representação realizada pela Defensoria Pública.

Nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, "A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente,

a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal".

Idêntico preceito consta da Lei Complementar n. 80/94, a qual dispõe sobre a organização da Defensoria Pública, em sintonia com a previsão contida no artigo 22, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que atribui primeiramente ao órgão o múnus público de atuar como defensor em prol dos juridicamente necessitados.

Observo, ainda, que, a despeito da importância e estatura do órgão, somente com a Emenda Constitucional n. 45/2004 a Defensoria Pública passou a ostentar autonomia funcional e administrativa, bem como possuir iniciativa de sua proposta orçamentária, de modo que o órgão ainda carece, financeiramente, de estrutura física e de força de trabalho sólidas, se comparada com o Ministério Público e outras instituições essenciais à Justiça.

Nessa toada foi, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião dos julgamentos do HC 70.154 e do RE 341.717 AgR, onde se que concluiu pelo status de "ainda constitucional" das normas que estabeleciam prerrogativa de prazo em dobro à Defensoria no processo penal ou atribuíam ao Ministério Público, em vez da Defensoria Pública, o exercício da ação civil *ex delicto*, respectivamente, justamente em razão da ausência de Defensoria local estruturada, obstáculo à realização material do princípio da isonomia.

Na mesma linha é a jurisprudência do STJ, ao assentar que "a prerrogativa da contagem em dobro dos prazos visa a compensar as peculiares condições enfrentadas pelos profissionais que atuam nos serviços de assistência judiciária do Estado, que "enfrentam deficiências de material, pessoal e grande volume de processos" (REsp 1.106.213/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. julgado em 25/10/2011). (REsp 1.261.856/DF, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, julgado em 22/11/2016, DJe 29/11/2016)

Ademais, mister salientar que o trabalho realizado pela Defensoria Pública, de atendimento jurídico dos necessitados, ocorre em um país com parcela relevante da população em situação de pobreza e analfabetismo, de modo que os aspectos processuais de sua atuação devem ser analisados à luz das considerações acima realizadas.

Nesse sentido, voltando à controvérsia dos autos, que versa justamente sobre a diferença material entre a intimação pessoal e aquela realizada na

figura do Defensor, imperioso pontuar a distinção existente entre o defensor constituído pela parte e o Defensor Público, atuando em razão de múnus público legalmente atribuído, em que não há escolha ou relação prévia de confiança entre assistido e representante.

Nesse contexto, a representação da parte em juízo, justamente por ser constituída legalmente, dispensa a apresentação de mandato, possuindo o defensor apenas os poderes relacionados à procuração geral para o foro, visto que o exercício de poderes especiais demanda mandato com cláusula expressa, conforme o disposto nos artigos 38, *caput*, do CPC/73 e 16, parágrafo único, "a", da Lei n. 1.060/50:

> Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.
>
> Art. 16. Se o advogado, ao comparecer em juízo, não exibir o instrumento do mandato outorgado pelo assistido, o juiz determinará que se exarem na ata da audiência os termos da referida outorga.
>
> Parágrafo único. O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbido na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita, ressalvados:
>
> a) os atos previstos no art. 38 do Código de Processo Civil;

Ademais, percebe-se que o legislador fez clara distinção entre os atos puramente processuais e aqueles materiais, que demandam ação positiva pessoal do assistido.

Nesse ponto, Cândido Rangel Dinamarco preceitua que a intimação é essencial à garantia constitucional do contraditório, de modo que a distinção dos destinatários da intimação, a própria parte ou o advogado na qualidade de defensor dessa, é feita a partir da natureza dos atos a se realizar:

> Quanto se trata de atos de postulação, para os quais a parte não tem capacidade (capacidade postulatória – supra, n. 537), a intimação tem por destinatário o advogado – intimação de decisões, sentenças, designações, prazo para requerer provas ou formular quesitos ao perito etc. Para os atos personalíssimos ou para providências a serem realizadas fora do processo intima-se a parte em si mesma, como no caso se comparecimento para depor em audiência, para submeter-se a perícia médica, para cessar certas atividades, prestar um serviço, etc.

> (...)
>
> Os casos de intimação ao advogado ou à parte estão indicados na disciplina específica de cada ato a ser objeto de intimação. Uma hipótese muito discutida é a da intimação a partir da qual flui o prazo para pagar quantia reconhecida em sentença condenatória, sob pena de multa (CPC, art. 475-J); há forte tendência dos tribunais no sentido de que essa intimação é feita ao advogado e não à parte, mas essa não é a melhor solução (infra, n; 1.593-A). (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil III. São Paulo, 2009. Págs. 445/446).

Ainda, o autor mencionado prossegue com relevante distinção entre o conteúdo da intimação e sua correlação com o destinatário do ato processual:

> O conteúdo da intimação varia muito, dada a grande diversidade das situações em que ela é feita. Simples ciência, sem comando algum a fazer, abster-se ou comparecer, é dada mediante a intimação (a) às partes, por seus advogados, quando a sentença ou alguma decisão interlocutória é proferida, (b) ao Ministério Público para que possa oficiar no processo (arts. 83, in. II, 84, 246, etc.), (c) ao adversário quando uma das partes traz documentação aos autos (art. 398) etc. Intimações de estrutura complexa são passadas aos sujeitos de quem o juiz exige alguma conduta, que serão (a) as próprias partes, em caso de medida urgente impondo-lhes alguma conduta, um pagamento ou a entrega de um bem, (b) as testemunhas, para que compareçam, (c) o perito, para que apresente o laudo e restitua os autos do processo etc.
>
> (...)
>
> As intimações de estrutura simples criam somente ônus, que o sujeito cumprirá ou descumprirá, suportando as consequências perversas do eventual descumprimento mas sem que este caracterize desobediência ou desprezo ao juízo ou tribunal. As de estrutura complexa, porque contêm comandos, geram deveres e a inobservância de deveres é desobediência (supra, nn. 494, 498 etc.)
>
> Prejudica a si próprio e a ninguém mais, não sendo desobediente por isso, o réu que não oferece contestação apesar de chamado a fazê-lo quando foi citado; a parte que não atende à intimação para vir prestar depoimento pessoal; ou aquela que é intimada da sentença desfavorável e não recorre etc. – porque essas intimações não lhes impuseram dever algum, mas simples ônus. Mas entram no campo da ilegalidade e respondem até criminalmente por sua conduta a testemunha intimada que não cumprir o dever de comparecimento, ou o terceiro que se negue a entregar ou depositar um documento exigido pelo juiz (CPC, art. 362) etc."
>
> (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil III. São Paulo, 2009. Págs. 446/447).

Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina seguem a mesma linha ao defender a necessidade de intimação pessoal da parte para a prática de atos materiais, que não exigem capacidade postulatória:

> Segundo pensamos, é necessário distinguir os atos processuais que exigem capacidade postulatória dos atos materiais de cumprimento da obrigação.
>
> No sistema jurídico processual, há intimações que devem ser dirigidas às partes, e intimações que devem ser dirigidas ao advogado. Para tanto, são observados os seguintes critérios, em regra: (a) para a prática de atos processuais que dependem de capacidade postulatória (CPC, art. 36), a intimação deve ser dirigida ao advogado; (b) para a prática de atos pessoais da parte, atos subjetivos que dependem de sua participação e que dizem respeito ao cumprimento da obrigação que é objeto do litígio, a parte deve ser intimada pessoalmente.
>
> Assim, por exemplo, a citação inicial, em regra, é pessoal, permitindo-se excepcionalmente a citação de "procurador legalmente autorizado" (cf. art. 215 do CPC). Para a prestação de depoimento pessoal também deve ser a parte "intimada pessoalmente" (CPC, art. 343, § 1º), e assim por diante. Em outros casos, o sistema impõe a intimação do advogado, e não necessariamente a intimação da parte, porque o ato a ser realizado é eminentemente processual e exige capacidade postulatória (cf., entre outros, CPC, art. 242, § 2º). ("Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do Art. 475-J do CPC: inserido pela Lei 11.232/2005." Revista de Processo: RePro, v. 31, n. 136, p. 290, jun. 2006.)

Pertinente, portanto, a análise da responsabilidade do depositário para se reforçar a conclusão de que a intimação para fins de constituição do devedor, assistido pela Defensoria, como depositário fiel da penhora realizada por termo nos autos é ato que não prescinde de intimação pessoal.

Como sabido, o depositário atua como auxiliar da Justiça (art. 139 do CPC/15, atual 149) e, no antigo diploma processual, a guarda dos bens recaía primordialmente sobre o executado (arts. 659 e ss), questão devidamente atualizada pelo CPC/15 (arts. 837 e ss), em que o encargo somente por exceção é atribuído ao devedor.

Segundo o art. 666, § 3º do CPC/73, "a prisão do depositário infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito". No CPC/15, dispõe o artigo 161, parágrafo único, que "o depositário infiel responde civilmente pelos prejuízos causados, sem prejuízo de sua responsabilidade penal e da imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça".

Dessa forma, com a devida vênia, a constituição do devedor como depositário do bem penhorado não pode ser considerada, sob qualquer aspecto, como ato de natureza puramente processual ou, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, como "intimação de simples ciência", justamente em razão das consequências civis e penais que o descumprimento do mister pode acarretar. Entendimento diverso implicaria a atribuição ao Defensor Público de responsabilidade desproporcional pelo cumprimento e respeito do comando judicial por parte do assistido que, muitas das vezes, sequer mantém ou atualiza o contato junto à instituição.

Em que pese a declaração de inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, entendimento sumulado nesta Corte sob o enunciado n. 419, a responsabilidade penal do depositário permanece passível de apuração em processo criminal, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

> No exercício da função pública que lhe é afeta, o depositário assume responsabilidade civil e criminal pelos atos praticados em detrimento da execução e de seus objetivos. Apropriando-se o depositário dos bens sob sua custódia, pratica o crime de apropriação indébita, com a agravante do § 1º do art. 168 do vigente Código Penal.
>
> Os atos fraudulentos cometidos pelo devedor para evitar a penhora ou desviar os bens já penhorados configuram o crime do art. 179 do Código Civil, que é figura afim do estelionato.
>
> Da responsabilidade civil do depositário decorre a possibilidade de ser demandado em ação de depósito e de indenização (ambas em procedimento comum), e de exigir contas (em procedimento especial)."
>
> (JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil Vol. III. Rio de Janeiro, 2017. Págs. 531/532).

Ademais, a intimação pessoal é pressuposto lógico da adequada observância do comando contido na consolidada Súmula n. 319/STJ, que prevê que "o encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado."

Entendo, data máxima vênia, que a possibilidade de recusa expressa do encargo de depositário de bens somente é respeitada caso seja oportunizada à parte, previamente, a opção de fazê-lo, de forma pessoal, não sendo preservado o direito do devedor-depositário pela circunstância de poder, ulteriormente, requerer ao Juízo que preside o feito sua exoneração.

Isso porque as situações caracterizadoras de responsabilidade civil e criminal do depositário já podem estar, inclusive, concretizadas em razão da

ausência de ciência pessoal do devedor do encargo, que já pode ter alienado ou instituído gravame sobre o bem penhorado.

A propósito, observo que ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte possuem o entendimento histórico de que é necessária a assunção pessoal do encargo por parte do depositário ou, ao menos, a assinatura do termo por procurador dotado de poderes especiais:

> *Processual Civil. Penhora. Depositario. Procurador. Falta de poderes. Nulidade. A falta de poderes especiais do advogado para assinar o auto de penhora, como mandatario do executado-depositario, acarreta a nulidade do termo e provoca a declaração de extinção dos embargos do devedor*.
>
> (REsp 8.210/MG, Rel. Ministro Claudio Santos, Terceira Turma, julgado em 18/6/1991, DJ 5/8/1991, p. 9.998)

> *Habeas corpus*. Execução. Penhora. Nomeação de depositário judicial. Advogados da empresa. Procuração. Poderes especiais. Necessidade.
>
> - Poder para firmar compromisso, não basta para que o mandatário assuma, em nome do outorgante, o encargo de depositário judicial. Para tanto, são necessários possuírem poderes especiais para assinar o respectivo termo e aceitar o encargo de depositário.
>
> - É nulo o termo de penhora assinado por advogado que não possui poderes especiais para assinar o respectivo termo e aceitar o encargo de depositário judicial. Precedentes.
>
> (HC 47.173/PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 6/12/2005, DJ 1/2/2006, p. 523)

> *Habeas corpus*. Execução. Penhora. Nomeação de bens à penhora, assinatura do respectivo termo e aceitação do encargo de depositário. Procuração. Poderes especiais.
>
> 1. É nulo o termo de penhora assinado por advogado que não possui poderes especiais para assinar o respectivo termo e aceitar o encargo de depositário.
>
> 2. Precedentes do STJ.
>
> Recurso ordinário provido para revogar o decreto de prisão civil.
>
> (RHC 17.289/MT, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 17/3/2005, DJ 9/5/2005, p. 406)

> Civil e Processual Civil. Advogado. Nomeação de bens a penhora, assinatura do respectivo termo e aceitação do encargo de depositario: impossibilidade, salvo se constar da procuração poderes especiais para a pratica de tais atos. Precedente do STJ. Recurso não conhecido.

> I - *E nulo o termo de penhora assinado por advogado que não possui poderes especiais para nomear bens a penhora, assinar o respectivo termo e aceitar o encargo de depositario*.
>
> II - *Precedente do STJ: REsp 8.210/MG*.
>
> III - *Recurso especial não conhecido*.
>
> (REsp 112.939/MG, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 4/12/1997, DJ 16/2/1998, p. 57)

Nesse sentido, à luz do entendimento do STJ, pontua Araken de Assis que, "em qualquer hipótese, o depositário deverá assumir a função pessoalmente, assinando o auto de depósito", visto que "as consequências de o depositário não assumir, pessoalmente, o encargo se mostram graves (vide Súmula 304 do STJ)" (ASSIS, Araken de. Manual da Execução. São Paulo, 2013. Pág. 744).

Não desconheço que a Terceira Turma desta Corte entendeu que "inexiste necessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento da sentença, sendo válida a intimação do defensor público, desde que feita pessoalmente" (REsp 1.032.436/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi, Terceira Turma*, julgado em 4/8/2011, DJe 15/8/2011) e que, "na vigência do CPC/73, não há a obrigatoriedade de intimação pessoal do devedor de alimentos representado judicialmente pela Defensoria Pública, especialmente na hipótese em que a parte, por ter sido regularmente citada para responder a ação, tem ciência inequívoca de sua existência e da possibilidade de que seja proferida decisão judicial em seu desfavor, cabendo-lhe o dever de diligenciar periodicamente sobre eventuais pronunciamentos jurisdicionais que lhe digam respeito" (REsp 1.665.170/RS, Rel. Ministra *Nancy Andrighi, Terceira Turma*, julgado em 5/2/2019, DJe 8/2/2019).

Saliento, contudo, que o primeiro julgado versa sobre o início do cumprimento de sentença, ao passo que o segundo precedente se justifica pelos interesses envolvidos no debate, que visam a assegurar os meios indispensáveis à subsistência do alimentado, o que impede a adoção dos fundamentos à hipótese em debate.

É certo que a jurisprudência do STJ veio a se consolidar no sentido da possibilidade de incidência da multa prevista no artigo 475-J mediante intimação da parte na pessoa do advogado constituído para cumprimento voluntário da sentença, prevalecendo o entendimento contrário à doutrina transcrita no início do presente voto.

Mas, por outro lado, há entendimento sumulado no sentido de que a imposição de multa cominatória por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer depende de intimação pessoal do devedor, justamente por demandar a prática de ato cuja inobservância implica gravame de ordem material à parte:

> A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. (Súmula 410, *Segunda Seção*, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009, REPDJe 3/2/2010)

A efetiva ciência da parte não pode ser suprida pelo comparecimento espontâneo na pessoa do advogado (AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1.467.179/GO, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, julgado em 22/3/2021, DJe 25/3/2021), justamente por ser intimação de estrutura complexa.

Interessante observar o tratamento dado à necessidade de intimação pessoal do assistido pela Defensoria Pública sob a ótica do novo CPC, embora o acórdão recorrido tenha sido proferido quando vigente o Código revogado.

Isso porque os institutos processuais comportam constante evolução e modernização pelo legislador e pelos operadores do direito.

Dessa forma, a edição de novas leis evidencia não somente o novo tratamento legal dado aos atos e procedimentos, mas também auxilia a interpretação a respeito de institutos já consolidados, de modo a proporcionar compreensão teleológica e em consonância com as finalidades buscadas.

Assim sendo, apesar de o antigo CPC/73 não prever de forma expressa a necessidade de intimação pessoal da parte quando assistida pela Defensoria Pública, o que pode ser justificado também em razão de o citado órgão ter adquirido estatura constitucional somente quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, e a Defensoria ter sido dotada de autonomia funcional e administrativa apenas por força da EC 45/2004, o novo CPC, atento às necessidades verificadas na prática forense e às críticas acadêmicas, foi explícito em diversos artigos a respeito da obrigatoriedade de intimação pessoal do devedor representado pela Defensoria Pública.

Noutros termos, como sustenta Américo Andrade Pinho, deve-se buscar a consecução da dimensão substancial do conteúdo da regra legal, a fim de assegurar que todos os destinatários possuam a mesma chance de defesa:

(...) é certo que a forma de representação judicial do necessitado pela Defensoria Pública não é, em essência, idêntica àquela prestada por advogado constituído, residido neste ponto o aspecto jurídico a ser considerado para tornar necessária, no âmbito do art. 475-J do CPC, a intimação pessoal do devedor.

É que, com efeito, não se pode deixar de considerar que a relação existente entre a parte e o Defensor Público, ou Procurador do Estado que exerça esse mister, não possui os mesmos contornos que aquela verificada entre a parte/cliente e o advogado constituído, embora, claro, viabilize a representação processual.

Como apontado por Luiz Paulo Araújo Filho:

> De fato, o vínculo existente entre a parte beneficiada pela concessão da assistência judiciária e o advogado integrante de entidade de Direito Público incumbida de sua prestação, como é o caso do defensor público, membro da Defensoria Pública, órgão do Estado encarregado da prestação de assistência jurídica aos juridicamente necessitados, à evidência, não pode ser equiparado ao havido entre o cliente e seu advogado livremente constituído, porquanto aquele decorre da lei (art. 16, parágrafo único, da Lei 1.060, de 05.02.1950), enquanto este nasce de um negócio jurídico de Direito Privado. (...) um é munus público, outro constituiu e nomeou como seu(s) procurador(es), noutro é representada pelo órgão de atuação da entidade junto ao Juízo, independentemente dos membros que ali estejam exercendo suas funções; o primeiro é procurador da parte, os membros do segundo não.

Possível afirmar, portanto, que não é estabelecida propriamente relação jurídica de mandato entre o assistido e o Defensor Público, a despeito, convém repetir, da representação processual levada a efeito na defesa dos interesses daquele.

Tanto que, não por acaso, sequer é exigida a apresentação do instrumento de mandato - a despeito da cogência da norma jurídica do art. 37 do CPC – dispensado que é pelo art. 16, parágrafo único, da Lei 1.060/50, bem como pelo art. 44, XI, da LC 80/94, que fixa as diretrizes gerais da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Tal circunstância é relevante porque, como bem ponderado por Araken de Assis, em que pese o caráter consensual do negócio jurídico de mandato, a procuração judicial há de ser outorgada por escrito, como exigiria, segundo entende o eminente processualista, o art. 657 do CC e o art. 5º da Lei 8.906/94, elemento que, então, pode ser tido como da essência do mandato judicial, afetando sua verificação, pois, no plano da existência.

(...)

Vai daí, e este se afigura o ponto mais importante, 'que por ausência de mandato outorgado pela parte ao Defensor Público não é dado a este, à luz do disposto no art. 38 do Código de Processo Civil, confessar, transigir ou renunciar ao direito em que se funda a ação, entre outros atos relevantes com aptidão para implicar disponibilidade do direito controvertido, a tanto equivalendo, segundo pensamos, o recebimento de intimação para atendimento de obrigação eminentemente material (pagamento) em prazo de quinze dias, sob pena de agravamento da situação da parte com a imposição de multa pecuniária de 10% sobre o total.

Parece-nos, pois, que a intimação dirigida ao devedor, para pagamento do débito em quinze dias sob pena de multa, será ineficaz se endereçada ao Defensor Público afigurando-se imprescindível, na hipótese, a intimação pessoal daquele, por oficial de justiça ou correio.

Ademais, não se pode deixar de considerar que a própria relação havida entre a parte e o Defensor Público, por certo em razão da relevante peculiaridade antes indicada, é, por assim dizer, mais tênue, senão impessoal, até porque ausente o elemento confiança, tão caro ao exercício da advocacia.

Essa outra peculiaridade foi lembrada por Hélio Márcio Campo: "Não obstante esteja ausente entre o patrocinador e o patrocinado uma relação de confiança, baseada na liberdade de aceitação do trabalho e na livre eleição do profissional, fazendo com que a advocacia perca o caráter de função espontânea, quem deve prestar a assistência judiciária é a Defensoria Pública, não podendo o advogado particular ser compelido a tanto".

Ao lado desse aspecto jurídico já ressaltado, há outro, de ordem prática, que não é de ser desconsiderado.

Com efeito, os cidadãos assistidos pela Defensoria Pública, no mais das vezes, aliam à hipossuficiência financeira também uma menor noção de diversos aspectos comezinhos do cotidiano, claro que involuntariamente, em decorrência da própria falta de cultura de que também são vítimas, por questões sociais diversas cuja exposição não cabe aqui.

Encaram o serviço que lhes é prestado sem a devida importância, deixando, com bastante freqüência, de comunicar ao órgão estatal eventuais mudanças de endereço, ou mesmo de indicar formas alternativas pelas quais possam ser localizados.

Tal fato, aliado às diversas dificuldades decorrentes da própria estrutura do Poder Público como um todo (ressalvadas, como sempre, as exceções decorrentes de peculiaridades de cada região do país), faz com que se torne impossível, de forma bastante comum, o contato entre o Defensor Público e a parte por ele assistida, o que tornaria a intimação do devedor, por assim dizer, uma ficção, o que por certo não é desejado pelo sistema.

Influi aqui novamente, além dos aspectos ressaltados nos parágrafos anteriores, a forma de representação processual própria da Defensoria Pública.

> Nesses termos: "Realmente: pela natureza privatística da relação negocial havida entre a parte e seu advogado, deflui o maior contato entre ambos, o mais fácil intercâmbio de informações, a maior facilidade para este estar com aquela, a mais rápida e prestadia ciência dos fatos pertinentes à causa pelo advogado ... Quanto ao defensor público, como para outro qualquer membro de órgão de direito público incumbido da assistência judiciária, como intuitivamente se percebe, não é possível manter o mesmo contato com o juridicamente necessitado, um relacionamento assim tão profícuo como o do advogado, do procurador, não lhe é tão fácil, às vezes até mesmo impossível, o acesso à parte e o conhecimento oportuno dos fatos relevantes para a causa"
>
> (PINHO, Américo Andrade. "A necessidade de intimação pessoal no âmbito do art. 475-J, caput, do CPC, do devedor representado pela Defensoria Pública." In. Aspectos polêmicos da nova execução / coordenação Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Págs. 17/20)

A propósito, atualmente há previsão de verdadeira prerrogativa de o Defensor Público requerer ao juiz a determinação de intimação pessoal do assistido quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ele possa ser realizada:

> Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.
>
> § 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.
>
> § 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

Confiram-se outros dispositivos pertinentes:

> Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.
>
> § 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:
>
> I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;
>
> II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;
>
> Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

> § 1º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido:
>
> I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;
>
> II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos;

Evidencia-se, portanto, que há clara diferença entre a relação representante-representado quando o advogado é designado e não constituído voluntária e pessoalmente pela parte, devendo ser tratado, para fins de comunicação dos atos processuais que dependam de atividade pessoal da parte, ao devedor sem procurador nos autos.

Destaco, por fim, que o próprio artigo 659, § 5º, do CPC/73, apontado como violado, prevê a possibilidade de intimação pessoal ou na pessoa de seu advogado.

Dessa forma, com a devida vênia, concluo pela necessidade de intimação pessoal do devedor assistido pela Defensoria Pública para que seja constituído como depositário fiel do bem imóvel penhorado por termo nos autos, seja em virtude de o ato possuir conteúdo de direito material e demandar comportamento positivo da parte, b) seja em razão de o Defensor Público, na condição de defensor nomeado e não constituído pela parte, exercer múnus público que impede o seu enquadramento no conceito de "advogado" para os fins previstos no artigo 659, § 5º, do CPC/73, possuindo apenas, via de regra, poderes gerais para o foro.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para se determinar a intimação pessoal do devedor, assistido pela Defensoria Pública ou por defensor dativo, para fins de sua constituição como depositário fiel da penhora realizada por termo nos autos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.585.794-MG (2016/0042862-1)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Assoc Proprietarios Moradores Bairro Chales Imperador
Advogado: Alexandre Franz Carvalho - MG072340B

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Ação civil pública. Ilegitimidade *ad causam*. Ministério Público. Associação de moradores. Cobrança de taxa. Direito individual homogêneo disponível. Relevância social. Ausência. Recurso desprovido.

1. O Ministério Público possui legitimidade para promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo que de natureza disponível, desde que o interesse jurídico tutelado possua relevante natureza social. Precedentes.

2. No caso dos autos, não há relevância social na ação civil pública, tendo em vista que a controvérsia a respeito da cobrança de taxa por associação de moradores não transcende a esfera de interesse privado, devendo, portanto, ser mantida a extinção do processo por ilegitimidade *ad causam* da promotoria pública.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 1º.10.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Minas Gerais* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de apelação, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 306):

> Ementa: Ação civil pública. Defesa isolada de moradores. Direitos individuais homogêneos disponíveis. Inexistência de relevância social. Relação de consumo não caracterizada. Ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público. Recurso não provido. Sentença confirmada.
>
> 1. O Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública, em defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis, desde que haja relevância social.
>
> 2. Tratando-se de interesses individuais disponíveis, sem abrangência social, e considerando que a relação jurídica não se submete ao Código de Defesa do Consumidor, imperioso concluir pela falta de legitimidade dó Ministério Público.
>
> 3. Recurso não provido.
>
> 4. Decisão mantida.
>
> V.V.: *Apelação cível. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. Existência de relevância social. Recurso provido*. O Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública, em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que haja relevância social. (Des. Afrânio Vilela)

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 325/332).

Nas razões do recurso especial, fundamentado no art. 105, III, "a" da CF, o recorrente aponta violação dos arts. 267, VI, do CPC/1973 e 1º, IV, da Lei n. 7.347/1985, buscando o reconhecimento da legitimidade ministerial para a defesa de direitos individuais homogêneos, tendo em vista a relevância social da ação civil pública.

Para tanto, afirma que a mencionada relevância está amparada em dois fundamentos (e-STJ fl. 344):

> A uma, pois o interesse atinge coletividade de indistintos moradores residentes no Bairro Chalés do Imperador, espoliados na cobrança indevida por serviços já prestados pelo Poder Público, devendo prevalecer, nesta aferição, não o caráter pecuniário discutido, mas a repercussão e amplitude a atingir significativo número de pessoas. A duas, diante da ocorrência da massificação de ações individuais ajuizadas naquele Foro a discutir a idêntica questão jurídica, fenômeno apontado no âmbito do acórdão (fl. 269), evidenciando a relevância jurídica e social da iniciativa do *Parquet* em patrocinar ação coletiva a pacificar o dissenso, mediante procedimento em contraditório solteiro, contexto recomendável sob o prisma da efetividade, da eficiência e da economia processuais, eis que a decisão na ação coletiva fará surgir efeito *erga omnes*.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 364/370 (e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 402/406).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, cujos fatos encontram-se descritos na petição inicial (e-STJ fl. 2 - grifei):

> Foi encaminhado a esta Promotoria de Justiça um expediente contendo a reclamação do sr. Marco Antônio de Rezende Leite e da sra. Gisela Netto de Queiroz no sentido de que estaria a *Associação dos Proprietários e Moradores do Bairro Chalés do Imperador realizando cobranças indevidas que dizem respeito a taxas para manutenção de serviços já prestados pelo Poder Público, tais como capina de passeios, limpeza de rua, segurança, entre outros*.
>
> No intuito de se apurar o alegado, foi instaurado Inquérito Civil Público que concluiu pela configuração de ilegalidade através da privatização e da exploração do espaço e dos serviços públicos com a cobrança indevida de taxas extras de manutenção de pessoas que não são associadas, nem tão pouco aderiram às referidas taxas.
>
> Nestes termos, conclui o Ministério Público, consoante recente entendimento do Supremo Tribunal Federal explanado no RE 432.106, tratar-se de ilegalidade que deve ser combatida, declarando-se a abusividade das referidas cobranças, bem como condenando a ré na obrigação de não fazer no sentido de se abster de realizar tais cobranças indevidas sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

O Juízo de primeira instância julgou extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC/1973, acolhendo o argumento da *Associação dos Proprietários e Moradores do Bairro Chalés do Imperador* de carência de ação, por ilegitimidade ativa do Ministério Público (e-STJ fls. 251/252 - grifei):

> No caso dos autos, ouso discordar do sempre autorizado entendimento do subscritor da petição inicial que ao formular a petição inicial certamente vislumbrou interesse coletivo para propositura da demanda. Adiro aos argumentos consignados pelo procurador da associação requerida no sentido que os interesses em discussão neste processo são individuais dos representantes junto ao Ministério Público, ainda que se estenda interesses individuais dos associados da requerida, ou daqueles que residem no âmbito da associação

> requerida. Tanto o interesse é individual e identificados dos beneficiados que posso afirmar que pelos quase dez anos de titularidade nesta vara, que existem inúmeras outras associações cobrando as mesmas taxas discutidas neste autos, e que não serão abrangidas pela decisão a ser proferida neste processo no caso de acolhimento do pedido inicial. *Como consta da preliminar da contestação, se trata de interesses individuais que devem ser discutidos pelos próprios interessados* e não pela honrada instituição do Ministério Público em Ação Civil Pública que *não abrangerá outras associações na mesma situação*. Assim, por não vislumbrar a ocorrência de proteção a direitos meta individuais, entendo que o processo deve ser extinto sem análise do mérito nos termos do art. 267, inc. VI do Código de Processo Civil.

O Tribunal estadual, por maioria, manteve a sentença por entender que não havia, no caso, relevância social a justificar a legitimidade ativa do Ministério Público, notadamente por se tratar de processo em que se discute direito individual homogêneo disponível, nos seguintes termos (fls. 308/309 - grifei):

> Se o direito individual homogêneo for disponível, o MP pode agir, desde que haja relevância social.
>
> *In casu*, à luz dos elementos de convicção, o que está em jogo é o direito de determinados moradores - no caso, dois interessados representaram ao Ministério Público - sendo certo que o suposto direito, além de não ser indisponível, não possui alcance social.
>
> [...]
>
> Pelo viés do Código de Defesa do Consumidor, melhor sorte não ampara o recorrente, porque a situação dos autos não envolve relação consumerista.
>
> De fato, a relação jurídica de direito material é análoga à situação dos condôminos frente aos condomínios.
>
> Logo, não guarda contornos de fornecimento de serviço típico das relações de consumo.
>
> Portanto, *se não há relevância social nos direitos individuais homogêneos reclamados, e que no caso, são disponíveis, forçoso concluir pela ilegitimidade do Ministério Público*.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público não contesta a natureza jurídica do direito como individual homogêneo, mas apenas defende sua legitimidade para propor ação civil pública em razão da relevância social do objeto litigioso, nos seguintes termos (e-STJ fl. 344 - grifei):

> E, nesta toada, menoscabou os julgados em valorar dois aspectos que denotam tratar-se *a matéria discutida na pretensão deduzida de induvidosa relevância*

> *social*, extraídos ambos das molduras dos acórdãos, a denotar a pertinência do aviamento da ação civil pública.
>
> A uma, pois o interesse atinge coletividade de indistintos moradores residentes no Bairro Chalés do Imperador, espoliados na cobrança indevida por serviços já prestados pelo Poder Público, devendo prevalecer, nesta aferição, não o caráter pecuniário discutido, mas a repercussão e amplitude a atingir significativo número de pessoas. A duas, diante da ocorrência da massificação de ações individuais ajuizadas naquele Foro a discutir a idêntica questão jurídica, fenômeno apontado no âmbito do acórdão (fl. 269), evidenciando a relevância jurídica e social da iniciativa do *Parquet* em patrocinar ação coletiva a pacificar o dissenso, mediante procedimento em contraditório solteiro, contexto recomendável sob o prisma da efetividade, da eficiência e da economia processuais, eis que a decisão na ação coletiva fará surgir efeito *erga omnes*.

Logo, depreende-se que a controvérsia jurídica diz respeito à legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos direitos de proprietários de imóveis do Bairro Chalés do Imperador, devido à cobrança de taxas por associação de moradores.

Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, o Ministério Público possui legitimidade para promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo que de natureza disponível, *desde que o interesse jurídico tutelado possua relevante natureza social*. Sobre o tema:

> Agravo interno no agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Decisão monocrática que reconsiderou deliberação anterior para, de plano, negar provimento ao reclamo. Insurgência da demandada.
>
> [...]
>
> 2. Há legitimação do Ministério Público para demandar na defesa de direitos individuais homogêneos, desde que presente a relevância social dos interesses defendidos, circunstância esta existente na hipótese (Súmula 83/STJ).
>
> [...]
>
> 7. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no AgInt no AREsp 1.595.069/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/06/2021, DJe 01/07/2021.)

> Processual Civil. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Ação civil pública. Fundamentação. Ausente. Deficiente. Súmula 284/STF. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/STF. Reexame de fatos e provas. Interpretação de cláusulas contratuais. Inadmissibilidade. Sucessão no polo ativo. Colegitimado. Possibilidade. Art.

> 5º, § 3º da Lei 7.347/85. Ministério Público. Direitos individuais homogêneos disponíveis. Relevância social objetiva. Legitimidade configurada.
>
> [...]
>
> 8. "O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis, quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado". Precedentes.
>
> 9. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido.
>
> (AgInt no AREsp 1.672.071/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 07/06/2021.)

Ao tratar da relevância social, o Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp n. 347.752/SP, enfatizou sua classificação em objetiva, decorrente dos valores e bens protegidos, e subjetiva, em razão da qualidade especial da parte que terá o direito tutelado:

> Implicações que brotam do fato de que, ao contrário do que se dá nos interesses e direitos difusos, em que a legitimação ministerial é decorrência natural e necessária do discrímen que assim se faça - poderíamos falar aí em legitimação automática ou *ipso facto* -, nos interesses e direitos individuais homogêneos o Ministério Público só se legitima na presença da *relevância social* de sua intervenção, que se origina, entre outras causas, na ***indisponibilidade do substrato de fundo*** *(a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, para citar alguns exemplos) ou na* ***massificação do conflito*** *em si mesmo considerado*. Naquele caso, trata-se de ***relevância social objetiva*** *(= do bem jurídico tutelado)*; *neste, de* ***relevância social subjetiva*** *(= dos sujeitos protegidos)*; num a indisponibilidade leva à relevância social; noutro, o tom social é decorrência do perfil molecular dos conflitos.

Transcrevo a ementa do julgado:

> Direito Processual Coletivo. Acesso à justiça. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos seguros e às atividades equiparadas. Efetivo acesso à justiça como garantia de viabilização dos outros direitos fundamentais. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Sistema financeiro nacional. Sociedades de capitalização. Captação de poupança popular. "Tele Sena". Prequestionamento implícito. Arts. 3º, § 1º, 6º, VII e VII, 81, e 82 do CDC. Interesses e direitos individuais homogêneos disponíveis. Distinção entre relevância social objetiva e relevância social subjetiva. Art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 261/67.
>
> [...]
>
> 10. A legitimação do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública, em defesa de interesses e direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, é

> automática ou *ipso facto* e, diversamente, depende da presença de relevância social no campo de interesses e direitos individuais homogêneos, amiúde de caráter divisível.
>
> 11. A indivisibilidade e a indisponibilidade dos interesses coletivos não são requisitos para a legitimidade do Ministério Público.
>
> 12. *A relevância social pode ser objetiva (decorrente da própria natureza dos valores e bens em questão, como a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a saúde, a educação) ou subjetiva (aflorada pela qualidade especial dos sujeitos – um grupo de idosos ou de crianças, p. ex. – ou pela repercussão massificada da demanda)*.
>
> [...]
>
> 15. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a defesa judicial dos interesses dos consumidores de plano de capitalização.
>
> (REsp 347.752/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/05/2007, DJe 04/11/2009 - grifei.)

Inclusive, em recente decisão desta Quarta Turma, foi firmado o entendimento de que, na hipótese de defesa do direito do consumidor, a relevância social é intrínseca, por possuir relação direta com o próprio desenvolvimento e bem-estar da sociedade. Confira-se:

> Agravo interno no recurso especial. Direito Processual Civil. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Defesa de consumidores. Grupo de consorciados. Relevância social quando se trata de direito do consumidor. Agravo interno desprovido.
>
> 1. O Ministério Público possui legitimidade para pleitear direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos com relevância social. Precedentes.
>
> 2. "Interesses sociais', como consta da Constituição, e 'interesse público', como está no art. 82, III, do CPC, são expressões com significado substancialmente equivalente. Poder-se-ia, genericamente, defini-los como 'interesses cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde', como o fez J. J. Calmon de Passos, referindo-se a interesses públicos ('Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC', Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 268, p. 55) (EREsp 1.378.938/SP, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Corte Especial*, julgado em 20/06/2018, DJe de 27/06/2018).
>
> 3. A defesa do consumidor constitui princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF) e espécie de direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF), razão pela qual a relevância social lhe é intrínseca. Precedente.

> 4. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no REsp 1.421.378/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/10/2020, DJe 24/11/2020.)

Assim, sob a ótica objetiva e subjetiva da relevância social, verifica-se que, no presente caso, nem se busca defender bens ou valores essenciais à sociedade, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado, à educação, à cultura ou à saúde, nem se pretende tutelar direito de vulnerável, como o consumidor, o portador de necessidade especial, o indígena, o idoso ou o menor de idade.

Deveras, a presente ação civil pública tem por finalidade apenas evitar a cobrança de taxas, supostamente ilegais, por *específica associação de moradores*. A propósito, o próprio juiz sentenciante afirmou que, "pelos quase dez anos de titularidade nesta vara, [...] existem inúmeras outras associações cobrando as mesmas taxas discutidas nestes autos, e que não serão abrangidas pela decisão a ser proferida neste processo" (e-STJ fl. 252). Nessa perspectiva, não transcende a esfera de interesses puramente particulares e, consequentemente, não possui a relevância social exigida para a tutela coletiva.

Pela mesma razão, esta Corte Superior, em decisões anteriores, afastou a legitimidade do Ministério Público de propor ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis. A propósito:

> Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Interesses individuais homogêneos. Consumidor. Compra de bilhete aéreo. Ministério Público. Ausência de relevância social. Ilegitimidade ativa. Agravo desprovido.
>
> 1. Esta Corte Superior tem se inclinado a permitir a legitimação dos órgãos do Ministério Público para demandarem na defesa de direitos individuais homogêneos, desde que presente a relevância social dos interesses defendidos. Precedentes.
>
> 2. Todavia, na espécie, apesar da natureza individual homogênea dos direitos dos consumidores, não se vislumbra relevância social nos interesses defendidos, na medida em que a ação civil pública intentada teve início em virtude da insurgência de um *consumidor quanto às taxas cobradas em razão da desistência da compra de bilhete aéreo, o que significa dizer que o direito lesionado pertence à pessoa certa e determinada, isto é, diz com a defesa de direito individual homogêneo, sem demonstração de relevância social*. Ilegitimidade ativa do *Parquet* reconhecida.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp 1.298.449/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016 - grifei.)

Agravo regimental no recurso especial. Ação coletiva. Interesses individuais homogêneos. Consumidor. Torcedor. Ministério Público. Legitimidade. Possibilidade. Relevância social qualificada. Caso dos autos. Não ocorrência. Agravo regimental improvido.

1. O Ministério Público tem legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos, desde que a dimensão dos interesses defendidos seja socialmente relevante. Precedentes.

2. *Porém, não se pode confundir interesses sociais relevantes com interesses coletivos de particulares, ainda que decorrentes de origem comum. "Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público* (CF, art. 127)". (Precedente do STF: RE n. 631.111/GO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/2014).

3. Na espécie, não se mostra relevante a tutela coletiva dos interesses individuais disponíveis pelo Ministério Público, tendo em vista que *alguns problemas verificados na troca de ingressos efetuada por torcedores/consumidores participantes da promoção "Torcer faz bem" foram, segundo o acórdão recorrido, isolados e tempestivamente contornados*.

4. Ademais, no caso dos autos, também não se vislumbra a vantagem de prevenir a proliferação de demandas individuais, porque os fatos se desenrolaram nos dias 19 e 20/11/2007 e a ação coletiva foi ajuizada somente em 4/9/2008, quando a maioria dos interessados que se julgaram prejudicados pela aludida promoção já havia ingressado com as suas ações individuais.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.386.167/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 01/06/2015 - grifei)

Ação civil pública. Recurso especial. Artigo 535 do CPC. Violação não configurada. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Defesa de interesses predominantemente individuais. Inexistência de interesses individuais homogêneos. Ilegitimidade do Ministério Público. Recurso especial provido.

1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O descumprimento das exigências contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ impede o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional.

3. *O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na qual busca a suposta defesa de um pequeno grupo de pessoas - no caso, dos associados de um clube, numa óptica predominantemente individual*.

4. A proteção a um grupo isolado de pessoas, ainda que consumidores, não se confunde com a defesa coletiva de seus interesses. Esta, ao contrário da primeira,

> é sempre impessoal e tem como objetivo beneficiar a sociedade em sentido amplo. Desse modo, não se aplica à hipótese o disposto nos artigos 81 e 82, I, do CDC.
>
> 5. No caso, descabe cogitar, até mesmo, de interesses individuais homogêneos, isso porque a pleiteada proclamação da nulidade beneficiaria esse pequeno grupo de associados de maneira igual. *Além disso, para a proteção dos interesses individuais homogêneos, seria imprescindível a relevância social, o que não está configurada na espécie*.
>
> 6. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1.109.335/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011 - grifei.)

Por tudo isso, conclui-se que, no caso dos autos, o Ministério Público não é dotado de legitimidade *ad causam* para ajuizar ação civil pública visando a defesa do direito do proprietário, de imóvel do Bairro Chalés do Imperador, de não pagar taxa cobrada por associação de moradores, em razão da ausência de relevante interesse social, devendo, portanto, ser mantida a extinção do processo por carência de ação.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.872.153-SP (2020/0099307-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrido: Saúde ABC Serviços Médico Hospitalares Ltda

Repr. por: F. Rezende Consultoria em Gestao Empresarial Ltda - Administrador

Advogado: Frederico Antônio Oliveira de Rezende - SP195329

EMENTA

Empresarial e Processual Civil. Recurso especial. Falência. Execução fiscal. Suspensão do feito executivo. Habilitação de crédito

fiscal. Possibilidade. Afastamento do óbice da dúplice garantia e da ocorrência de *bis in idem*, diante da inocorrência de sobreposição de formas de satisfação do crédito pelo Fisco.

1. A Corte Especial do STJ definiu que compete à Segunda Seção processar e julgar os conflitos decorrentes do binômio execução fiscal e recuperação judicial/falência, nos termos do art. 9º, § 2º, inciso IX, do RISTJ. Precedentes.

2. Na falência, é vedado que o fisco utilize duas vias processuais para satisfação de seu crédito – a denominada garantia dúplice: a execução fiscal e a habilitação de crédito –, sob pena de *bis in idem*, ressalvada a possibilidade de discussão, no juízo da execução fiscal, sobre a existência, a exigibilidade e o valor do crédito, assim como de eventual prosseguimento da cobrança contra os corresponsáveis (LREF, art. 7º-A, § 4º, II). A suspensão da execução, a que alude a mesma regra (inciso V), afasta a dupla garantia, a sobreposição de formas de satisfação do crédito, permitindo a habilitação do crédito na falência.

3. A principal consequência relacionada à vedação da dúplice garantia está em trazer, seguindo os ditames constitucionais, eficiência ao processo de insolvência, evitando o prosseguimento de dispendiosas e inúteis execuções fiscais contra a massa falida, já que a existência de bens penhoráveis ou de numerários em nome da devedora serão, inevitavelmente, remetidos ao juízo da falência para, como dito, efetivar os rateios do produto da liquidação dos bens de acordo com a ordem legal de classificação dos créditos (LREF, arts. 83 e 84).

4. Na hipótese, cuida-se de pedido de habilitação de crédito realizado pelo fisco, em que houve, também, pleito de sobrestamento e arquivamento do feito executivo, apesar de não ter requerido a extinção desse feito. Assim, cabível o pedido de habilitação de crédito da Fazenda Pública, haja vista que efetivado o pedido de suspensão do feito da execução fiscal, nos exatos termos do atual § 4º, inciso V, do art. 7º-A da LREF, o que se mostra suficiente para afastar o óbice da dúplice garantia e, por conseguinte, da ocorrência de *bis in idem*.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalva de fundamentação dos Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr(a). Gabriel Matos Bahia, pela parte recorrente: Fazenda Nacional.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 16.12.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1*. A União (Fazenda Nacional) postulou habilitação de crédito em processo falimentar da sociedade Saúde ABC Serviços Médico-Hospitalares Ltda., tendo o magistrado da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais julgado extinto o feito, sem resolução de mérito, "uma vez que não comprovada a desistência da execução fiscal, configurando-se 'bis in idem'".

Interposto agravo de instrumento, o TJSP negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

> *Falência*. União. Pedido de habilitação de crédito objeto de execução fiscal em curso. Impossibilidade. Segundo jurisprudência já consolidada na 2ª Seção do STJ, composta pela 3ª e 4ª Turmas, como a agravante já fez uso da prerrogativa que lhe é conferida por lei e optou pela via da execução fiscal, rito previsto na Lei n. 6.830/1980, recusando-se a abandoná-la, então ela renunciou e continua renunciando à opção pela habilitação de crédito, rito previsto na Lei n. 11.101/2005, pois não se admite garantia dúplice, em verdadeiro 'bis in idem'. Falta de interesse processual. Decisão mantida. Recurso não provido.

Opostos aclaratórios, foram rejeitados.

Irresignada, a Fazenda Nacional interpõe recurso especial com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos arts. 3º e

29 da Lei n. 6.830/1980; arts. 6º, § 7º, 76 e 83, inciso III, da Lei n. 11.101/2005; e art. 1.022, inciso II, parágrafo único, c/c o art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC de 2015 (arts. 458 e 535, incisos I e II, do CPC de 1973).

Sustenta que o acórdão foi omisso.

Aponta que "a União não 'optou' pelo ajuizamento da execução fiscal, pois, quando esta foi proposta, ainda não havia falência decretada da executada. Portanto, não se cuidou de uma opção da parte recorrente, mas da adoção do único procedimento possível naquele momento - ajuizamento da execução fiscal. No entanto, quando já em curso a execução fiscal, houve a decretação da falência, ingressando a União com o presente pedido de habilitação de crédito".

Destaca que, "conforme informações na Consulta Processual de 1° grau, o feito executivo foi arquivado por decisão judicial aguardando o desfecho do processo falimentar, pelo que importa salientar que a Fazenda Nacional encontra-se, atualmente, entre fogos cruzados, já que o processo executivo está arquivado, aguardando o desfecho do processo falimentar, e neste, por sinal, teve a Fazenda seu pedido de habilitação de crédito extinto por falta de interesse de agir, falta essa fundada, justamente, na concomitância de instrumentos judiciais".

Defende que o prévio ajuizamento da execução fiscal não implica renúncia à habilitação de crédito no juízo falimentar, haja vista que se trata "de uma prerrogativa da entidade pública em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação do crédito. As citadas normas devem ser interpretadas de forma sistemática e finalística uma vez que elas vieram exatamente para conferir maior proteção aos créditos públicos [...] a prerrogativa, o juízo de conveniência e oportunidade para que não seja utilizada deve ser feito pelo credor, e não pelo Judiciário, escolhendo um rito, ocorreu a paralisação da utilização do outro, assim, inexistente suposta garantia dúplice (*bis in idem*)".

Aduz que, "não obstante a União (Fazenda Nacional) tenha habilitado seu crédito no Juízo Falimentar, isso, por si só, não impede que futura e eventualmente prossiga o processo de execução contra o patrimônio dos ex-sócios, administradores ou gerentes da falida, caso não consiga receber integralmente o seu crédito da massa falida e seja comprovada, no processo falimentar, a prática de ilícito falimentar e/ou em razão da responsabilidade solidária dos administradores, decorrente da natureza do tributo em cobrança nos autos da execução fiscal, hipótese na qual não há necessidade de se comprovar infração à lei".

Ressaltou que, "caso extinto o processo executivo e constatado, ao final da falência, que o patrimônio da massa falida não tenha sido suficiente para saldar o débito tributário, a Fazenda Pública ficará impedida de executar os coobrigados tributários, porque certamente terá decorrido a prescrição do direito de ação. Ao contrário, se extinta a habilitação do crédito, a Fazenda terá maiores dificuldades para cobrar a massa", bem como que, "em respeito ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, os Procuradores da Fazenda Nacional não têm o poder/faculdade de requerer a extinção de processos executivos fiscais em curso e tampouco pleitear a desistência de habilitações, salvo em hipóteses expressamente previstas em lei, o que não é o caso dos autos".

Contrarrazões às fls. 74-80. Assinala, quanto ao mérito, que "requerer o sobrestamento da execução fiscal não é medida suficiente para afastar a ocorrência de *bis in idem* processual, pois, embora garantida ao Fisco a prerrogativa de eleger a via que julgar mais adequada para a execução do crédito fiscal, para que seja possível a habilitação de seu crédito perante a falência, deve ocorrer a efetiva renúncia da execução fiscal em andamento. Isso porque, com a escolha de um dos procedimentos, ocorre a renúncia do outro, diante da impossibilidade de garantia dúplice".

O recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem (fls. 90-91).

Sobreveio petitório de fls. 102-106, em que a Fazenda Nacional suscita a competência da Primeira Seção para o julgamento do especial, "em razão do evidente interesse público referente à recuperação do crédito tributário que tangencia este caso".

Em decisão monocrática, seguindo a jurisprudência da Casa, neguei provimento ao recurso, em decisão assim ementada (fls. 108-112):

> Falência. Pedido de habilitação de crédito objeto de execução fiscal em curso. Impossibilidade. Descabimento da dúplice garantia.
>
> 1. É firme a jurisprudência do STJ, no sentido de que "malgrado a prerrogativa de cobrança do crédito tributário via execução fiscal, inexiste óbice para que o Fisco (no exercício de juízo de conveniência e oportunidade) venha a requerer a habilitação de seus créditos nos autos do procedimento falimentar, submetendo-se à ordem de pagamento prevista na Lei 11.101/2005, o que implicará renúncia a utilizar-se do rito previsto na Lei 6.830/80, ante o descabimento de garantia dúplice" (REsp 1.466.200/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 04/12/2018, DJe 12/02/2019).

2. Na hipótese, deve ser julgada extinta a habilitação de crédito, sem resolução de mérito, já que não é cabível a dúplice garantia nem houve a comprovação da desistência da execução fiscal anteriormente ajuizada.

3. Recurso especial não provido.

Contra referida decisão a União interpôs agravo interno (fls. 114-118).

Na sessão do dia 1º/12/2020, neguei provimento ao agravo interno, tendo a Ministra Isabel Gallotti pedido vista do especial.

Em 20/06/2021, a Ministra votou para dar provimento ao agravo interno, entendendo que "a habilitação do crédito no processo de falência ou recuperação judicial não deve acarretar a necessidade de renúncia à via da execução fiscal, notadamente em casos como o presente, em que a execução foi ajuizada antes da decretação da quebra e está suspensa, sem penhora de bens. Inexistente, portanto, dúplice garantia [...] A circunstância de haver execução judicial em tramitação - processo principal de cobrança da dívida fiscal - não acarreta, *data maxima vênia*, dúplice garantia, o que só ocorreria caso houvesse penhora nos autos da execução ou no rosto dos autos da falência".

Concluiu, assim, "que nada obsta a existência concomitante de execução fiscal em trâmite (processo principal de cobrança da dívida ativa) e pedido de habilitação de crédito em falência. A tramitação de execução não significa existência de garantia. A garantia somente ocorreria em caso de penhora, medida de indisponibilidade de bens deferida ou reserva de crédito na falência [...] Decretada a falência, ou no curso da recuperação, existindo execução fiscal em trâmite, qualquer pagamento à Fazenda ocorrerá necessariamente na via concursal, devendo eventual produto da alienação de bens penhorados ser repassado ao juízo universal".

Ponderou, ao final, que "exigir a extinção da execução fiscal, por outro lado, prejudicaria a discussão sobre a existência e valor do crédito fiscal - a qual, reitero, não pode ocorrer no juízo falimentar - bem como traria entraves sem base legal ao direito da Fazenda de prosseguir na execução contra demais coobrigados, caso, no encerramento da falência, não consiga receber integralmente seus créditos e ficar caracterizada alguma hipótese de responsabilização dos sócios".

Pedi vista regimental dos autos.

Na sessão de julgamento do dia 24/8/2021, em razão da relevância do tema e das ponderações levantadas pela eminente Ministra Isabel Gallotti, invocando o entendimento manifestado pelas Turmas de Direito Público desta

Corte Superior, destaquei ser necessário tornar sem efeito a decisão agravada a fim de permitir que o recurso especial seja incluído em pauta de julgamento, oportunizando-se às partes sustentação oral, proporcionando melhor debate da questão, o que ora se realiza (fls. 215-217).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* Inicialmente, enfatizo a competência da Segunda Seção do STJ para julgar o presente tema – pedido de habilitação de crédito tributário em processo falimentar.

De fato, depois de alguma controvérsia acerca da competência interna do STJ para analisar questões do jaez da ora tratada, na QO no CC n. 120.432/SP, Corte Especial, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgada em 19/9/2012, decidiu-se que os conflitos decorrentes do binômio execução fiscal e recuperação judicial são de competência da Segunda Seção.

Posteriormente, o mérito do processo foi julgado na Seção, quando se realçou a competência do colegiado de Direito Privado para decidir as controvérsias sobre o tema:

> Processual Civil. Agravo regimental no conflito de competência. Empresa em recuperação judicial. Processos de execução fiscal e de recuperação judicial. Questão de ordem. Competência da Segunda Seção. Edição da Lei n. 13.043, de 13.11.2014. Parcelamento de créditos de empresa em recuperação. Jurisprudência mantida.
>
> *1. Compete à* ***Segunda Seção*** *processar e julgar conflito de competência entre o juízo da recuperação judicial e o da execução fiscal, seja pelo critério da especialidade, seja pela necessidade de evitar julgamentos díspares e a consequente insegurança jurídica (Questão de Ordem apreciada nestes autos pela* ***Corte Especial*** *em 19.9.2012).*
>
> 2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição e de alienação de bens sujeitos à recuperação submetem-se ao juízo universal.
>
> 3. A edição da Lei n. 13.043, de 13.11.2014, por si, não implica modificação da jurisprudência desta Segunda Seção a respeito da competência do juízo da recuperação para apreciar atos executórios contra o patrimônio da empresa.
>
> 4. No caso concreto, destaca-se ademais que o deferimento da recuperação judicial e a aprovação do correspondente plano são anteriores à vigência da Lei n. 13.043/2014.

> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no CC 120.432/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

Recentemente, a Corte Especial reafirmou tal competência (consolidando, de uma vez por todas, a matéria em questão):

> Processual Civil. Conflito de competência no conflito de competência. Competência interna do STJ. *Execução fiscal e recuperação judicial. Competência da Segunda Seção. Orientação jurisprudencial mantida*.
>
> *Compete à Segunda Seção processar e julgar conflito de competência entre o juízo da recuperação judicial e o da execução fiscal, seja pelo critério da especialidade, seja pela necessidade de evitar julgamentos díspares e a consequente insegurança jurídica*.
>
> Precedente específico.
>
> ***Conflito conhecido. Declarada a competência da Segunda Seção***.
>
> (CC 153.998/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/12/2019, DJe 22/09/2020)

Esse entendimento, por consectário lógico, há de ser aplicado também aos casos de execução fiscal e falência, tendo em vista que a base regimental da qual emergiu a decisão da Corte é justamente o art. 9º, § 2º, inciso IX, do RISTJ, que prevê competir à Segunda Seção o julgamento dos feitos relativos a "falências e concordatas".

3. Não se verifica a alegada violação do art. 1.022, inciso II e parágrafo único, c/c o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC de 2015, uma vez que o Tribunal de origem se pronunciou de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, nos limites do seu convencimento motivado.

De fato, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte, de modo específico, a determinados preceitos legais.

Com efeito, "indicando razão suficiente para fundar a decisão, o Judiciário não tem o dever de responder os argumentos que, por si sós, contrapõem-se à decisão" (FUX. Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 869).

4. A discussão dos autos está em definir se é possível que o fisco se valha de duas vias – garantia dúplice – para a satisfação do seu crédito na falência: a execução fiscal e a habilitação de crédito.

O Tribunal de origem assentou que:

> O recurso não merece provimento.
>
> *Isso porque a execução fiscal n. 0053470-48.2013.403.6182, que engloba o crédito que a agravante agora pretende habilitar, mesmo que esteja suspensa, não está extinta*.
>
> Ora, não se discute que "o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho" (artigo 186 do Código Tributário Nacional) nem que "a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento" (artigo 29 da Lei n. 6.830/1980).
>
> Também não se discute que "a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento" (artigo 187 do Código Tributário Nacional) nem que "o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo" (artigo 76 da Lei n. 11.101/2005).
>
> *Ocorre que, segundo jurisprudência já consolidada na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, composta pela Terceira e Quarta Turmas, às quais esta Câmara está submetida, como a agravante já fez uso da prerrogativa que lhe é conferida por lei e optou pela via da execução fiscal, rito previsto na Lei n. 6.830/1980, recusando-se a abandoná-la, então ela renunciou e continua renunciando à opção pela habilitação de crédito, rito previsto na Lei n. 11.101/2005, pois não se admite garantia dúplice, em verdadeiro 'bis in idem'.*
>
> *Confira-se: "a jurisprudência desta Corte Superior se firmou na vertente de que os arts. 187 do CTN e 29 da LEF (Lei 6.830/80) conferem, na realidade, ao Ente de Direito Público a prerrogativa de optar entre o ajuizamento de execução fiscal ou a habilitação de crédito na falência, para a cobrança em juízo dos créditos tributários e equiparados. Assim, escolhida uma via judicial, ocorre a renúncia com relação a outra, pois não se admite a garantia dúplice" [grifei] (STJ, AgRg-Ag n. 713.217-RS, 3ª Turma, j. 19-11-2009, rel. Min. Vasco Della Giustina).*
>
> *No mesmo sentido: "o STJ não considera a possibilidade de propositura da execução fiscal como um impeditivo à habilitação do crédito no processo de falência. Se o SENAI optou por habilitar seu crédito no processo falimentar, pouco importa o fato de ele poder, em tese, cobrar tal crédito por meio de execução fiscal, uma vez que a opção pela habilitação implicou renúncia ao rito da Lei n. 6.830/1980" [grifei] (STJ, REsp n. 874.065-RS, 4ª Turma, j. 17-11-2011, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira).*
>
> *Assim também: "malgrado a prerrogativa de cobrança do crédito tributário via execução fiscal, inexiste óbice para que o Fisco (no exercício de juízo de conveniência*

e oportunidade) venha a requerer a habilitação de seus créditos nos autos do procedimento falimentar, submetendo-se à ordem de pagamento prevista na Lei 11.101/2005, o que implicará renúncia a utilizar- se do rito previsto na Lei 6.830/80, ante o descabimento de garantia dúplice" [grifei] (STJ, REsp n. 1.466.200-SP, 4ª Turma, j. 04-12-2018, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

E, ao que consta, esse é o entendimento majoritário do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal de Justiça: 1) TJSP, Agravo de Instrumento n. 2039253-97.2019.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 23-05-2019, rel. Des. Maurício Pessoa; 2) TJSP, Agravo de Instrumento n. 2074156-61.2019.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20-05-2019, rel. Des. Cesar Ciampolini; 3) TJSP, Agravo de Instrumento n. 2228106-27.2018.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13-05-2019, rel. Des. Ricardo Negrão; e 4) TJSP, Agravo de Instrumento n. 2126092-62.2018.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 1º-10-2018, rel. Des. Alexandre Lazzarini.

Nesta cadeira, aliás, o entendimento que prevalecia era exatamente o mesmo: TJSP, Agravo de Instrumento n. 2227914-94.2018.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 10-04-2019, rel. Des. Hamid Bdine.

À vista dessas considerações, a agravante não tem mesmo interesse processual no presente pedido de habilitação.

Posto isso, nego provimento ao recurso. Deixo de arbitrar honorários recursais em favor da parte agravada, pois eles "não têm autonomia nem existência independente da sucumbência fixada na origem e representam um acréscimo ao ônus estabelecido previamente, motivo por que na hipótese de descabimento ou de ausência de fixação anterior, não haverá falar em honorários recursais (STJ, "Jurisprudência em Teses", edição n. 128, de 28-06-2019, tese 6).

5. Como de sabença, nos termos do Código Tributário Nacional - CTN (instituído pela Lei n. 5.172/66, que foi recepcionada pela Constituição de 1988 com *status* de lei complementar), o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho e, no caso de devedor falido, os créditos extraconcursais, as importâncias passíveis de restituição e os créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado (art. 186).

Sob tal perspectiva, o artigo 187 do CTN – assim como a Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80, art. 29) – dispõe que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou *habilitação em falência*, recuperação judicial, liquidação, inventário ou arrolamento.

Nesse contexto, a Lei n. 11.101/2005 já preceituava que a quebra (assim como o deferimento da recuperação judicial) não tinha o condão de paralisar o processo de execução fiscal (art. 76), tampouco de desconstituir a penhora realizada.

No entanto, "*o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deveria ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa*" (*REsp 188.148/RS*, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 19/12/2001, DJ 27/5/2002).

No mesmo sentido são os julgados da Corte Especial e da Primeira e da Segunda Seção do STJ:

> Processual Civil. Agravo regimental no agravo. Recurso especial. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência de vício no acórdão recorrido. *Execução fiscal. Falência*.
>
> [...]
>
> 2. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ é pacífica no sentido de que "***a falência superveniente do devedor não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra***", *sendo que "****o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências****", ou seja,* "***o produto arrecadado com a alienação de bem penhorado em Execução Fiscal, antes da decretação da quebra, deve ser entregue ao juízo universal da falência***" (AgRg no REsp 914.712/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.11.2010). Por outro lado, "com a vigência da Lei 11.101/2005, tornou-se possível a cobrança da multa moratória de natureza tributária da massa falida, tendo em vista que o art. 83, VII, da lei referida impõe que 'as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias' sejam incluídas na classificação dos créditos na falência" (REsp 1.223.792/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 26.2.2013).
>
> 3. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp 281.169/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.06.2013, DJe 01.07.2013)

> Embargos de divergência. Processual Civil. *Execução fiscal. Penhora. Massa falida*. Preferência do crédito trabalhista. Remessa do produto da alienação do bem penhorado ao juízo universal.
>
> 1. "*A Corte Especial, no julgamento do REsp 188.148/RS, e, posteriormente, a Primeira Seção, no EREsp 444.964/RS, pacificaram entendimento de que a preferência*

do crédito trabalhista há de subsistir quer a execução fiscal tenha sido aparelhada antes ou depois da decretação da falência e, ***mesmo já aparelhada a execução fiscal com penhora, uma vez decretada a falência da empresa executada, sem embargo do prosseguimento da execução singular, o produto da alienação deve ser remetido ao juízo falimentar, para que ali seja entregue aos credores, observada a ordem de preferência legal***" (EREsp 536.033/RS, *Corte Especial*, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, DJ de 09/02/2005).

2. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 276.781/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 05.05.2010, DJe 09.05.2011)

Agravo interno no conflito de competência. *Recuperação judicial. Falência. Execução fiscal. Tramitação. Possibilidade*. Ausência de suspensão. Possibilidade de citação e penhora no Juízo da Execução Fiscal. Necessário controle dos atos de constrição pelo Juízo da Recuperação. Agravo não provido.

1. *Os atos de execução dos créditos individuais e fiscais promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial, tanto sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45 quanto da Lei n. 11.101/2005, devem ser realizados pelo Juízo universal. Inteligência do art. 76 da Lei n. 11.101/2005*.

2. *Tal entendimento estende-se às hipóteses em que a penhora seja anterior à decretação da falência ou ao deferimento da recuperação judicial. Ainda que o crédito exequendo tenha sido constituído depois do deferimento do pedido de recuperação judicial (crédito extraconcursal), a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, também nesse caso, o controle dos atos de constrição patrimonial deve prosseguir no Juízo da recuperação*. Precedentes.

3. O deferimento da recuperação judicial não possui o condão de sobrestar a execução fiscal, todavia, conquanto o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º-B, da Lei 11.101/2005, com redação dada pela Lei 14.112, de 2020, deva se dar perante o juízo federal competente - ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora -, o controle sobre atos constritivos contra o patrimônio da recuperanda é de competência do Juízo da recuperação judicial, tendo em vista o princípio basilar da preservação da empresa.

4. Em outros termos, o Juízo da execução fiscal poderá determinar a constrição bens e valores da recuperanda, todavia, o controle de tais atos é incumbência exclusiva do Juízo da recuperação, o qual poderá substituí-los, mantê-los ou, até mesmo torná-los sem efeito, tudo buscando o soerguimento da empresa, haja vista a sua elevada função social.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no CC 177.164/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 31/08/2021, DJe 09/09/2021)

Tal entendimento sempre partiu da premissa da existência de *dois tipos de concursos na falência*: *o concurso formal (ou processual)*, decorrente do juízo universal e indivisível competente para as ações sobre bens, interesses e negócios da falida; e *o concurso material (ou obrigacional)*, pelo qual deverá o credor receber de acordo com a ordem de preferência legal, consoante bem assinala doutrina abalizada:

> *2. Concurso formal e material de credores*
>
> Os processos concursais, tais como a falência e a recuperação judicial, envolvem (a) sob o prisma subjetivo: a coletividade de credores; e (b) sob o enfoque objetivo: o conjunto de bens do devedor (estabelecimento empresarial - art. 1.142 do Código Civil).
>
> No caso de recuperação judicial, o estabelecimento empresarial segue em atividade, com vistas a gerar recursos para o pagamento da coletividade dos credores.
>
> Na falência, diversamente, o estabelecimento empresarial não permanece em funcionamento, exceto na hipótese de continuação provisória dos negócios do falido (art. 99, XI). O acervo patrimonial é realizado para fins de pagamento dos credores, em concurso.
>
> *Tanto a coletividade dos credores quanto o conjunto de bens do empresário estão atrelados ao princípio da universalidade, de absoluta relevância nas falências e nas recuperações judiciais*.
>
> Nesta linha, o *caput* do art. 6º e seu § 6º, que devem ser analisados juntamente com a primeira parte do art. 76 da Lei 11.101/2005, dispõem que "*o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todos as ações sobre bens, interesses e negócios do falido*".
>
> *O objetivo maior de tais dispositivos é assegurar a universalidade do Juízo concursal, no qual os credores são submetidos a tratamento isonômico.*
>
> *Recorde-se que a isonomia consiste em tratar da mesma forma os iguais e de maneira diversa os desiguais*.
>
> Na esfera trabalhista, por exemplo, é comum que as reclamatórias dos diversos credores estejam em fases processuais distintas no momento da quebra. Caso não houvesse a suspensão das execuções trabalhistas após a falência, alguns credores poderiam receber integralmente seus créditos, em detrimento de outros, que não receberiam um centavo sequer. Por esta razão, a Lei de Falências impõe a instalação do Juízo universal, ao qual se sujeita a coletividade dos credores, tratados de forma isonômica.
>
> [...]
>
> *A universalidade manifesta-se sob os aspectos formal (ou processual) e material (ou obrigacional)*.

> *Ao dispor que "**o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido**" (art. 76), a nova Lei de Falências refere-se à unicidade formal ou processual (competência do Juízo falimentar).*
>
> *Diversamente, ao determinar a suspensão das providências individuais dos credores (art. 6º,* caput*), submetendo-os a concurso, escalonado em diversos graus de preferência (art. 83), conforme a natureza da obrigação (trabalhistas, com garantia real, tributárias, com privilégio, quirografárias e subordinadas), o legislador impõe a universalidade material ou obrigacional.*
>
> *A universalidade, tanto formal quanto material, não é absoluta.*
>
> *A nova Lei de Falências, nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º e na parte final do art. 76, traz exceções à universalidade formal. Os credores não se submetem processualmente ao Juízo falimentar; contudo, estão adstritos ao concurso obrigacional, não podendo ser satisfeitos antes daqueles mais privilegiados. É o caso dos credores tributários: suas ações não se processam perante o Juízo falimentar (§ 7º do art. 6º e parte final do art. 76); porém, não podem receber seus créditos antes dos credores trabalhistas e daqueles com garantia real (art. 83, I, II e III).*
>
> A Lei 11. 101/2005 também prevê exceções ao concurso material, nos arts. 84 e 85, ao dispor sobre as restituições e os créditos extraconcursais. Os credores se submetem processualmente ao Juízo falimentar; contudo, não estão adstritos à universalidade obrigacional, devendo ser satisfeitos antes dos credores concursais (art. 149).
>
> (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coordenadores). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83-84)

Desse modo, é certo que os créditos tributários não se submetem ao concurso formal (ou processual) instaurado com a decretação da falência ou com o deferimento da recuperação judicial; vale dizer, não se subordinam à *vis attractiva* (força atrativa) do juízo falimentar ou recuperacional, motivo pelo qual as execuções fiscais terão curso normal nos juízos competentes, ressalvada a competência para controle sobre atos constritivos dos bens essenciais à manutenção da atividade empresarial e para alienação dos ativos da falência, que recaem sobre o juízo da insolvência.

De outro vértice, os credores tributários sujeitam-se ao concurso material (ou obrigacional) decorrente da falência, pois deverão respeitar os rateios do produto da liquidação dos bens de acordo com a ordem legal de classificação dos créditos (LREF, arts. 83 e 84); ou seja, deverão ser respeitadas as preferências dos créditos trabalhistas (até 150 salários mínimos) e daqueles com garantia

real (até o limite do bem gravado), sem se olvidar do pagamento prioritário dos créditos extraconcursais e das importâncias passíveis de restituição.

É que, embora seja o único credor "que não participa da Assembleia Geral de Credores e não se submete ao plano de recuperação, o Fisco colabora com a recuperação da empresa mediante o parcelamento dos créditos tributários [...] Dessa forma, a contribuição do Fisco acontecerá de forma automática, estabelecendo dilatação dos prazos para pagamento, aliviando as necessidades de fluxo de caixa das empresas e propiciando a regularização de sua situação fiscal" (PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 52-53), exatamente o que veio a ocorrer com a Lei n. 13.043/2014, que previu parcelamento especial para devedores em recuperação judicial.

6. Diante dessa perspectiva, resta definir se o fisco pode-se valer da execução fiscal e da habilitação de crédito, simultaneamente, para o recebimento do seu crédito na falência, perfazendo verdadeira garantia dúplice em prol da Fazenda Pública, isto é, a sobreposição de formas de satisfação pelo fisco, valendo-se de duas vias para a satisfação do mesmo crédito.

A principal consequência relacionada à vedação da dúplice garantia está em trazer, seguindo os ditames constitucionais, eficiência ao processo de insolvência, evitando o prosseguimento de dispendiosas e inúteis execuções fiscais contra a massa falida, já que a existência de bens penhoráveis ou de numerários em nome da devedora serão, inevitavelmente, remetidos ao juízo da falência para, como dito, efetivar os rateios do produto da liquidação dos bens de acordo com a ordem legal de classificação dos créditos (LREF, arts. 83 e 84).

Nessas situações, como bem asseverado pelo acórdão recorrido, sempre foi firme a jurisprudência do STJ em reconhecer que a opção pela habilitação implicaria renúncia à utilização do rito previsto na Lei n. 6.830/80.

Além dos precedentes já invocados no acórdão impugnado, à guisa de exemplo, coleciono ainda os seguintes precedentes:

> Processual Civil e Tributário. Apresentação de créditos na falência. Prestação de contas apresentada pelo síndico. Créditos tributários de pequeno valor. Habilitação. Caso concreto. Possibilidade.
>
> [...]
>
> *2. Os arts. 187 e 29 da Lei 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência; tratam, na verdade, de uma prerrogativa da entidade pública em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação do crédito.*

3. Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma garantia dúplice. Precedentes.

4. O fato de permitir-se a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública.

5. No caso, busca-se o pagamento de créditos da União, representados por 11 (onze) inscrições em dívida ativa, que, todavia, em sua maioria, não foram objeto de execução fiscal em razão de seu valor. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir que a Fazenda Nacional extraísse as competentes CDA's e promovesse as respectivas execuções fiscais para cobrar valores que, por razões de política fiscal, não são ajuizáveis (Lei 10.522/02, art. 20), ainda mais quando o processo já se encontra na fase de prestação de contas pelo síndico.

6. Determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para verificação da suficiência e validade da documentação acostada pela Procuradoria da Fazenda Nacional para fazer prova de seu pretenso crédito.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.103.405/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 27.04.2009)

Recurso especial. Processo Civil. Tributário. INSS. Justiça Estadual. Pagamento antecipado de custas. Dispensa. Contribuição previdenciária. Falência. Habilitação. Caso concreto. Possibilidade.

1. O INSS não está isento das custas devidas perante a Justiça estadual, mas só deverá pagá-las ao final da demanda, se vencido. Precedentes: REsp 897.042/PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 14.05.2007 e REsp 249.991/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 02.12.2002.

2. Não se conhece da alegada violação do art. 535 do CPC quando o dispositivo que teria deixado de ser apreciado pela Corte de origem não foi alvo dos embargos de declaração opostos.

3. Os arts. 187 e 29 da Lei 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência, tratam, na verdade, de uma prerrogativa do ente público em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação do crédito.

4. Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma garantia dúplice. Precedente: REsp 185.838/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 12.11.2001.

5. O fato de permitir-se a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública.

> 6. No caso, trata-se de contribuição previdenciária cujo pagamento foi determinado em sentença trabalhista. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir que a autarquia previdenciária realizasse a inscrição do título executivo judicial na dívida ativa, extraísse a competente CDA e promovesse a execução fiscal para cobrar um valor que já teria a chancela do Poder Judiciário a respeito de sua liquidez e certeza.
>
> 7. Recurso especial conhecido em parte e provido.
>
> (REsp 967.626/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09/10/2007, DJe 27/11/2008)

> Recurso especial. Execução fiscal. Penhora. Concordata. Reserva de numerário. Garantia dúplice. Impossibilidade.
>
> *Efetuada a penhora na execução fiscal, não há cogitar de reserva de numerário, no Juízo da concordata, o que se constituiria, sem dúvida, em garantia dúplice, que se não compraz com o disposto no artigo 188, § 1º, do Código Tributário Nacional.*
>
> *O processo de concordata não paralisa a execução fiscal nem desconstitui a penhora, uma vez que a execução fiscal prossegue até a alienação do bem penhorado*.
>
> Se, a teor dos artigos 1º e 29 da Lei de Execução Fiscal (6.830/80), a via adequada para a cobrança do crédito tributário é a execução fiscal, posto que não se sujeita ao concurso de credores ou à habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento, não se justifica a pretensão da recorrente de reserva de seu crédito na concordata da recorrida, já que, no caso dos autos, está sendo executado.
>
> Recurso especial não conhecido.
>
> Decisão por unanimidade de votos.
>
> (REsp 185.838/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 11/09/2001, DJ 12/11/2001, p. 134)

7. *Data venia*, penso que o entendimento que perfilha pela vedação da dúplice garantia em prol da Fazenda Pública deve ser mantido, pois ele é decorrente do próprio sistema falimentar, o que se realçou, inclusive, com a Lei n. 14.112/2020, responsável pela reforma e atualização da Lei n. 11.101/2005.

Como sabido, uma norma jurídica é considerada eficiente e, por conseguinte, almejada, no aspecto econômico, quando dela decorrer a satisfação do maior número de indivíduos de uma sociedade (maximização da utilidade).

Na perspectiva da Análise Econômica do Direito – AED, "a legislação de insolvência será mais eficiente sempre que resultar em redução dos custos de transação, aumento do ganho social, diminuição da assimetria de informações,

redução da litigiosidade, previsibilidade de sanções e prêmios, melhoria da segurança jurídica, incentivo ao sistema de crédito, refreamento de condutas abusivas, redução do sacrifício dos envolvidos, entre outros consectários" (SALOMÃO, Luis Felipe, D'ALESSANDRO, Gustavo. As recomendações do CNJ em matéria de Recuperação Judicial e Falência. *In: Recuperação de empresas e falência*: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. Barueri/SP: Atlas, 2021, pp. 41-42).

Até o advento da Lei n. 11.101/2005 e da Lei Complementar n. 118/2005, "o crédito tributário não se sujeitava à classificação de créditos, cabendo ao fisco prosseguir nas execuções fora da falência" (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 345).

A mudança legislativa, sob o prisma da AED, foi crucial para trazer maior eficiência à falência, resultando em ganhos sociais, dando maior concretude ao princípio da *par conditio creditorum*, e acrescendo incentivos comportamentais favoráveis a outros credores, tendo em vista que, pelo sistema anterior, antes da inclusão do crédito fazendário no Quadro Geral de Credores, "além da demora na realização do ativo, quase todo valor era consumido com o pagamento dos créditos tributários e previdenciários", e, com o advento da nova lei, além de uma satisfação econômica mais proporcional e igualitária da coletividade de credores, evitaram-se perdas econômicas com a eliminação da sucessão tributária e trabalhista na alienação de ativos, fazendo com que, por exemplo, "credores com direito real de garantia voltassem a se interessar na falência" (SANTOS, Paulo Penalva, *ob. cit*., p. 358).

Dessarte, pelos ditames da Lei n. 11.101/2005, ainda antes da reforma (Lei n. 14.112/2020), o fisco continuava dispensado do procedimento habilitatório, com a prerrogativa de optar entre ajuizar a execução fiscal e realizar sua habilitação no processo falimentar, desde que fizesse a opção por apenas uma forma de satisfação, evitando-se, conforme jurisprudência da Casa, a dúplice garantia.

No ponto, a doutrina especializada destaca que, definindo uma das vias, "*materializa-se renúncia com relação à outra, inclusive no que se refere a eventual pedido de reserva de numerário no âmbito da falência, pois não se admite garantia dúplice para o fisco*" (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência.* São Paulo: Almedina, 2017, p. 798).

Realmente, "como a Lei de Execução Fiscal determina que a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a competência do próprio juízo falimentar, a execução fiscal deverá prosseguir [...] *O que não poderá ocorrer é o* bis in idem, *ou seja, serem escolhidas as duas vias para a satisfação do crédito*. A habilitação de crédito ou impugnação judicial, caso apresentadas após o ajuizamento da execução fiscal, devem ser extintas, por falta de interesse de agir da habilitante ou impugnante, a menos que a execução fiscal tenha sido previamente suspensa. Isso porque não poderá ocorrer sobreposição de formas de satisfação" (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 118).

Dessarte, apesar de afastado do concurso processual, não poderá haver a sobreposição de formas de satisfação pelo fisco, independentemente da existência de penhora, sob pena de *bis in idem*. Poderá, no entanto, optando pela habilitação, prosseguir na execução em face dos corresponsáveis do falido. Ademais, competirá ao juízo da execução fiscal a análise sobre a existência, a exigibilidade e o valor do crédito (LREF, art. 7º-A, § 4º, II).

Uma vez definida a escolha pelo prosseguimento da execução fiscal, afastado, portanto, o óbice da dúplice garantia, tem-se que a satisfação do crédito fazendário continuará sujeitando-se à liquidação pelo juízo falimentar, pois submete-se materialmente aos rateios do produto da liquidação dos bens, conforme a ordem legal dos créditos prevista nos arts. 83 e 84 da Lei n. 11.101/2005, e, em respeito ao seu art. 140, busca a maximização do valor dos ativos com a alienação dos bens em bloco.

Deveras, ainda que o fisco faça a opção pelo prosseguimento da execução fiscal, não é mais possível que se façam os atos de excussão dos bens do falido fora do juízo da falência (LREF, art. 7º-A, § 4º, I).

É o que esclarece a doutrina:

> A autorização para cobrança judicial dos créditos fiscais, independentemente do processo falimentar, não pode desconsiderar seu caráter concursal. O processo de cobrança tributária pode evoluir em juízo próprio até a fase de excussão, mas os resultados da alienação ou do pagamento a qualquer título devem ser levados ao juízo falimentar para rateio, sob pena de violação da ordem de prioridade reconhecida tanto na Lei 11.101/2005 como no CTN.
>
> (SATIRO, Francisco. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, .p. 366)

> Na prática, o que ocorre é a promoção ou a continuidade da execução fiscal, com a penhora do crédito fazendário no rosto dos autos do processo falimentar, devendo o administrador judicial, devidamente citado, levá-lo em consideração quando da ordenação do quadro geral de credores e do pagamento dos credores, respeitando a ordem estabelecida no art. 83 da LREF.
>
> Embora a execução fiscal prossiga normalmente, será considerado inválido qualquer ato de constrição - penhora judicial - posteriormente à decretação da quebra. Se a penhora ocorreu antes da decretação da quebra do executado, é possível alienar judicialmente tais bens no juízo executivo, devendo, todavia, o produto de tal alienação ser revertido para o juízo falimentar para o pagamento preferencial dos credores que estão à frente do fisco na classificação dos créditos.
>
> (SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe, TELLECHEA, Rodrigo. *ob. cit*, p. 798)

Como antes já assinalado, referido entendimento, aliás, *foi ratificado com a reforma trazida pela Lei n. 14.112/2020*.

Isso porque, atualizando a Lei n. 11.101/2005, a nova legislação estabeleceu procedimento específico, denominado de "*incidente de classificação do crédito público*", a ser instaurado de ofício pelo juízo falimentar, uma forma especial de habilitação dos créditos fiscais na falência, que enseja, conforme previsão expressa, a *suspensão das execuções fiscais até o encerramento da falência, sem prejuízo da possibilidade de prosseguimento contra os corresponsáveis*.

Confira-se:

> Art. 7º-A. *Na falência*, após realizadas as intimações e publicado o edital, conforme previsto, respectivamente, no inciso XIII do caput e no § 1º do art. 99 desta Lei, *o juiz instaurará, de ofício, para cada Fazenda Pública credora, incidente de classificação de crédito público* e determinará a sua intimação eletrônica para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente diretamente ao administrador judicial ou em juízo, a depender do momento processual, a relação completa de seus créditos inscritos em dívida ativa, acompanhada dos cálculos, da classificação e das informações sobre a situação atual.
>
> § 1º Para efeito do disposto no caput deste artigo, considera-se Fazenda Pública credora aquela que conste da relação do edital previsto no § 1º do art. 99 desta Lei, ou que, após a intimação prevista no inciso XIII do caput do art. 99 desta Lei, alegue nos autos, no prazo de 15 (quinze) dias, possuir crédito contra o falido.
>
> § 2º Os créditos não definitivamente constituídos, não inscritos em dívida ativa ou com exigibilidade suspensa poderão ser informados em momento posterior.
>
> § 3º Encerrado o prazo de que trata o caput deste artigo:

I - o falido, os demais credores e o administrador judicial disporão do prazo de 15 (quinze) dias para manifestar objeções, limitadamente, sobre os cálculos e a classificação para os fins desta Lei;

II - a Fazenda Pública, ultrapassado o prazo de que trata o inciso I deste parágrafo, será intimada para prestar, no prazo de 10 (dez) dias, eventuais esclarecimentos a respeito das manifestações previstas no referido inciso;

III - os créditos serão objeto de reserva integral até o julgamento definitivo quando rejeitados os argumentos apresentados de acordo com o inciso II deste parágrafo;

IV - os créditos incontroversos, desde que exigíveis, serão imediatamente incluídos no quadro-geral de credores, observada a sua classificação;

V - o juiz, anteriormente à homologação do quadro-geral de credores, concederá prazo comum de 10 (dez) dias para que o administrador judicial e a Fazenda Pública titular de crédito objeto de reserva manifestem-se sobre a situação atual desses créditos e, ao final do referido prazo, decidirá acerca da necessidade de mantê-la.

§ 4º Com relação à aplicação do disposto neste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a decisão sobre os cálculos e a classificação dos créditos para os fins do disposto nesta Lei, bem como sobre a arrecadação dos bens, a realização do ativo e o pagamento aos credores, competirá ao juízo falimentar;

II - a decisão sobre a existência, a exigibilidade e o valor do crédito, observado o disposto no inciso II do caput do art. 9º desta Lei e as demais regras do processo de falência, bem como sobre o eventual prosseguimento da cobrança contra os corresponsáveis, competirá ao juízo da execução fiscal;

III - a ressalva prevista no art. 76 desta Lei, ainda que o crédito reconhecido não esteja em cobrança judicial mediante execução fiscal, aplicar-se-á, no que couber, ao disposto no inciso II deste parágrafo; (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

IV - o administrador judicial e o juízo falimentar deverão respeitar a presunção de certeza e liquidez de que trata o art. 3º da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III deste parágrafo;

V - as execuções fiscais permanecerão suspensas até o encerramento da falência, sem prejuízo da possibilidade de prosseguimento contra os corresponsáveis;

VI - a restituição em dinheiro e a compensação serão preservadas, nos termos dos arts. 86 e 122 desta Lei; e

VII - o disposto no art. 10 desta Lei será aplicado, no que couber, aos créditos retardatários.

§ 5º Na hipótese de não apresentação da relação referida no caput deste artigo no prazo nele estipulado, o incidente será arquivado e a Fazenda Pública credora

> poderá requerer o desarquivamento, observado, no que couber, o disposto no art. 10 desta Lei.
>
> § 6º As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às execuções fiscais e às execuções de ofício que se enquadrem no disposto nos incisos VII e VIII do caput do art. 114 da Constituição Federal.
>
> § 7º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, aos créditos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Portanto, pelo novel diploma da insolvência, ficou autorizada a habilitação do crédito fiscal na falência, desde que, em contrapartida, tenha ocorrido a suspensão das execuções fiscais (que se dará automaticamente com a instauração do incidente de classificação de crédito público), *exatamente para evitar a sobreposição de formas de satisfação e o óbice da dúplice garantia*.

Aliás, ainda tendo em foco a eficiência desejada nos processos de insolvência, o inciso que estabelece a suspensão da execução "*consagra a mudança que ocorreu na visão que o próprio Fisco passou a ter sobre o prosseguimento de suas execuções contra a massa falida*. Tinha o Fisco todo o trabalho de condução da execução para, quando realizado o bem penhorado e existente numerário na execução, esse ser enviado ao juízo da falência, pois antes do Fisco há outros credores preferenciais, como se vê da leitura da ordem estabelecida no art. 83 para a formação do quadro geral de credores. *Essa foi uma disposição salutar, que vai evitar o andamento dispendioso e inútil de execuções fiscais*" (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo, 15. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 121).

Desse modo, na falência, é vedado que o fisco utilize duas vias processuais para satisfação de seu crédito – a denominada garantia dúplice: a execução fiscal e a habilitação de crédito –, sob pena de bis in idem, *ressalvada a possibilidade de discussão, no juízo da execução fiscal, sobre a existência, a exigibilidade e o valor do crédito, assim como de eventual prosseguimento da cobrança contra os corresponsáveis (LREF, art. 7º-A, § 4º, II). A suspensão da execução, a que alude a mesma regra (inciso V), afasta a dupla garantia e permite a habilitação do crédito na falência*.

8. Na hipótese, cuida-se de pedido de habilitação de crédito pelo fisco, em que se pretende a inclusão do montante total de R$ 1.238.086,12 (um milhão, duzentos e trinta e oito mil, oitenta e seis reais e doze centavos), não tendo a Fazenda Pública, por outro lado, requerido a extinção da ação executiva, mas pleiteado o sobrestamento e o arquivamento do feito executivo.

Assim, penso que, no presente caso, é cabível o pedido de habilitação de crédito da Fazenda Pública, *haja vista que efetivado o pedido de suspensão do feito da execução fiscal*, nos exatos termos do atual § 4º, inciso V, do art. 7º-A da LREF, o que se mostra suficiente para afastar o óbice da dúplice garantia e, por conseguinte, da ocorrência de *bis in idem*.

No ponto, aliás, enfatiza a doutrina especializada:

> *O que não poderá ocorrer, entretanto, é o* bis in idem, *ou seja, serem escolhidas as duas vias para a satisfação do crédito*. A habilitação de crédito ou impugnação judicial, caso apresentadas após o ajuizamento da execução fiscal, devem ser extintas, por falta de interesse de agir da habilitante ou impugnante, ***a menos que a execução fiscal sido previamente suspensa***. Isso porque não poderá ocorrer sobreposição de formas de satisfação. (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *ob.cit.*, p. 118).

9. Ante o exposto, com os fundamentos ora explicitados, dou provimento ao recurso especial para determinar que o juízo de origem conheça do pedido de habilitação de crédito fiscal.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Tenho divergência em relação à fundamentação, quanto à impossibilidade de utilização da dupla via pela Fazenda Pública, na perseguição de seus créditos, o que me parece hoje uma necessidade.

A Fazenda deve mesmo se valer das duas vias. Com a nova lei, agora está obrigada a pedir a suspensão da execução fiscal, mas não a extinção como exigido no v. acórdão embargado, do Tribunal de Justiça.

Assim, a apreciação que faço é a mesma, porém com um juízo crítico acerca da evolução normativa e jurisprudencial.

Tivemos uma evolução legislativa que não alterou muito o cenário assegurador dos privilégios do crédito tributário, mas, paralelamente, tivemos uma evolução jurisprudencial noutra direção, a qual marchou muito favorável à afirmação do princípio da recuperação da empresa e do prestígio do juízo universal, a ponto de praticamente ignorar os privilégios do crédito fazendário e reduzir sobremaneira a competência do Juízo da Execução Fiscal.

Os créditos tributários, na prática, por construção pretoriana, foram submetidos à recuperação judicial, ao contrário do que diz a lei.

A evolução jurisprudencial, na minha compreensão, não levou em conta a necessidade de a Fazenda Pública fazer prevalecer os créditos tributários, seus privilégios, valendo-se da execução fiscal. Subtraiu-se do Juízo da Execução Fiscal a autoridade para o momento principal de qualquer execução, que é a constrição de bens do devedor para resgate dos créditos do credor. Nesse momento, entendeu a Segunda Seção que deveria ficar a cargo do juízo universal a deliberação acerca da constrição.

Com isso, na minha maneira de compreender, forçamos a Fazenda Pública a usar as duas vias, a da execução fiscal e, posteriormente, a do juízo universal, pois houve mudança na compreensão jurisprudencial em função da superação do antigo Decreto-Lei pela Lei n. 11.101/2005.

Assim, embora a Lei 11.101/2005 também consagre os privilégios do crédito tributário, nossa jurisprudência fez uma interpretação diferente acerca disso, nos termos acima referidos.

Certamente por isso, a meu ver, a nova Lei corrigiu toda a distorção criada por nossa jurisprudência e, inspirada nesta, trouxe agora uma solução positivada, permitindo expressamente a dupla via, desde que solicitada a suspensão da execução fiscal.

Acompanho a solução apresentada no voto do Relator, adotando fundamentação diferente.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Ouvi com atenção o voto de V. Exa. e as considerações feitas pelo Ministro Raul Araújo.

Penso que, desde a jurisprudência anterior à inovação feita na Lei de Falência de dezembro de 2020, sempre se impôs o ajuizamento da execução fiscal como a principal ação para a Fazenda buscar os seus créditos e não era – como continua não sendo – vedada a via dupla de cobrança dos créditos fiscais, sendo que a principal delas ainda é a execução fiscal.

A propósito, reporto-me a voto-vista proferido no agravo interno, antes da reconsideração pela Turma para julgamento do presente recurso especial:

A *União* interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra a decisão que indeferiu o pedido de habilitação de seus créditos tributários perante a massa falida de *Saúde Abc Serviços Médicos Hospitalares*

Ltda. Argumentou que a existência de execução fiscal, visando ao recebimento dos mesmos créditos, não impede a habilitação, informando que tal execução, no caso concreto, encontra-se sobrestada e arquivada.

Pediu o prosseguimento do feito com a habilitação do crédito no quadro geral de credores da massa falida. Requereu tutela de urgência para a reserva dos valores dos créditos detalhados no demonstrativo de cálculos das inscrições, anexo à petição inicial, até o julgamento final do incidente e do pedido de habilitação e classificação perante o juízo de origem.

O pedido de tutela de urgência foi indeferido (fl. 7/8 e-STJ).

A massa falida de Saúde Abc Serviços Médicos Hospitalares Ltda. apresentou contraminuta, esclarecendo que a União pretende a "inclusão do montante total de R$ 1.238.086,12 (um milhão, duzentos e trinta e oito mil e oitenta e seis reais e doze centavos), assim discriminados: principal correspondente a R$ 270.006,56 (duzentos e setenta mil, seis reais e cinquenta e seis centavos); juros parciais, calculados até a decretação de falência, no valor de R$ 559.226,95 (quinhentos e cinquenta e nove mil, duzentos e vinte e seis reais e noventa e cinco centavos); multa na monta de R$ 202.504,93 (duzentos e dois mil, quinhentos e quatro reais e noventa e três centavos) e encargo legal no montante de R$ 206.347,68 (duzentos e seis mil, trezentos e quarenta e sete reais e sessenta e oito centavos)" (fl. 21 e-STJ).

Aduz que a União não provou a inexistência de garantia dúplice, pois não deveria simplesmente requerer a suspensão e arquivamento da execução, mas a extinção do processo. Afirmou que a União poderia, após sentença de habilitação neste incidente, retomar o andamento da execução fiscal, o que implicaria *bis in idem*.

A Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo deu parecer pelo improvimento do agravo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou o recurso, em acórdão assim ementado:

> *Falência*. União. Pedido de habilitação de crédito objeto de execução fiscal em curso. Impossibilidade.
>
> Segundo jurisprudência já consolidada na 2ª Seção do STJ, composta pela 3ª e 4ª Turmas, como a agravante já fez uso da prerrogativa que lhe é conferida por lei e optou pela via da execução fiscal, rito previsto na Lei n. 6.830/1980, recusando-se a abandoná-la, então ela renunciou e continua renunciando à

> opção pela habilitação de crédito, rito previsto na Lei n. 11.101/2005, pois não se admite garantia dúplice, em verdadeiro 'bis in idem'. Falta de interesse processual. Decisão mantida. Recurso não provido.

Colhe-se da fundamentação desse julgado (fls. 35/36 e-STJ):

> Ocorre que, segundo jurisprudência já consolidada na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, composta pela Terceira e Quarta Turmas, às quais esta Câmara está submetida, como a agravante já fez uso da prerrogativa que lhe é conferida por lei e optou pela via da execução fiscal, rito previsto na Lei n. 6.830/1980, recusando-se a abandoná-la, então ela renunciou e continua renunciando à opção pela habilitação de crédito, rito previsto na Lei n. 11.101/2005, pois não se admite garantia dúplice, em verdadeiro 'bis in idem'.

Contra o acórdão, a União Federal interpôs o recurso especial de que se cuida. Indica ofensa aos artigos 1.022, inciso II e parágrafo único, inciso II c/c 489, § 1º, inciso IV do CPC de 2015, 187 do CTN, 29 da Lei n. 6.830/1980, 6º, § 7º, e 76 da Lei n. 11.101/2005, além de dissídio jurisprudencial.

Afirma inexistir dupla garantia nos autos em epígrafe, merecendo reforma as decisões que obstaculizaram os pedidos de habilitação e classificação dos créditos perante o quadro geral de credores da massa falida.

Argumenta que o fato de a *União* ter formulado pedido de habilitação do crédito tributário perante o Juízo da Falência não significa "suposta renúncia da via executiva."

Aduz que, caso extinto o processo executivo e constatado, ao final da falência, que o patrimônio da massa falida não tenha sido suficiente para saldar o débito tributário, a Fazenda Pública ficará impedida de executar os coobrigados tributários, porque certamente terá decorrido a prescrição do direito de ação. Ao contrário, se extinta a habilitação do crédito, a Fazenda terá maiores dificuldades para cobrar da massa.

O Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, negou provimento ao recurso especial, em decisão assim resumida:

> Falência. Pedido de habilitação de crédito objeto de execução fiscal em curso. Impossibilidade. Descabimento da dúplice garantia.
>
> 1. É firme a jurisprudência do STJ, no sentido de que "malgrado a prerrogativa de cobrança do crédito tributário via execução fiscal, inexiste óbice para que o Fisco (no exercício de juízo de conveniência e oportunidade) venha a requerer a habilitação de seus créditos nos autos do procedimento falimentar, submetendo-

> se à ordem de pagamento prevista na Lei 11.101/2005, o que implicará renúncia a utilizar-se do rito previsto na Lei 6.830/80, ante o descabimento de garantia dúplice" (REsp 1.466.200/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 04/12/2018, DJe 12/02/2019).
>
> 2. Na hipótese, deve ser julgada extinta a habilitação de crédito, sem resolução de mérito, já que não é cabível a dúplice garantia nem houve a comprovação da desistência da execução fiscal anteriormente ajuizada.
>
> 3. Recurso especial não provido.

Contra essa decisão, a União interpôs agravo interno, reiterando os fundamentos já expostos no recurso especial.

Impugnação às fls. 125/134 e-STJ.

O Ministro Luis Felipe Salomão proferiu voto negando provimento ao agravo interno pelos mesmos fundamentos já expostos na decisão agravada.

Pedi vista para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

Inicialmente, acompanho o eminente Relator no tocante à competência interna das Turmas da Segunda Seção, com base no art. 9º, inciso IX do Regimento Interno, por se tratar de causa a propósito de habilitação de crédito na recuperação judicial.

Observo, todavia, que a mesma questão vem sendo decidida pelas Turmas da Primeira Seção, em sentido oposto ao esposado pelo voto do Relator. Entre outros, destaco os seguintes acórdãos:

> Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Falência. Execução fiscal anterior. Habilitação de crédito tributário. Interesse de agir. Inteligência dos arts. 187 do CTN e 29 da Lei 6.830/1980.
>
> 1. O Tribunal estadual afirmou (fl. 36, e-STJ): "Ocorre que, segundo jurisprudência já consolidada na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, composta pela Terceira e Quarta Turmas, às quais esta Câmara está submetida, como a agravante já fez uso da prerrogativa que lhe é conferida por lei e optou pela via da execução fiscal, rito previsto na Lei n. 6.830/1980, recusando-se a abandoná-la, então ela renunciou e continua renunciando à opção pela habilitação de crédito, rito previsto na Lei n. 11.101/2005, pois não se admite garantia dúplice, em verdadeiro 'bis in idem'".
>
> 2. Primeiramente, observa-se que não houve violação dos arts. 485, VI, e 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015, pois o Tribunal de piso julgou integralmente a matéria, repelindo, ao seu modo, a tese recursal.

3. A prejudicialidade do processo falimentar para a satisfação do crédito tributário não implica ausência de interesse processual no pedido de habilitação do crédito tributário ou na penhora no rosto dos autos.

4. A necessidade de aguardar o término da ação de falência para eventual satisfação do seu crédito não retira da credora/exequente a faculdade de optar por ambas as vias de cobrança: habilitação no processo falimentar e ajuizamento da execução fiscal.

5. A tentativa de resguardar o interesse público subjacente à cobrança de tal espécie de crédito, através do ajuizamento da execução fiscal e de habilitação no processo falimentar, não encontra óbice na legislação aplicável. Inteligência dos arts. 187 do CTN e 29 da Lei 6.830/1980.

6. Em caso da existência de processo falimentar, eventual produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência.

7. Agravo Interno provido para dar provimento ao Recurso Especial.

(AgInt no REsp 1.857.065/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/10/2020, grifo não constante do original).

Tributário. Processual Civil. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação ao art. 1.022 do CPC. Inexistência. Pedido de habilitação de crédito tributário no Juízo Universal. Coexistência com a execução fiscal desprovida de penhora. Possibilidade. Dupla garantia. Inocorrência.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - A ação executiva fiscal não representa, por si só, uma garantia para o credor, porquanto essa salvaguarda somente se concretiza com a penhora ou a indisponibilidade de bens e direitos. Precedentes.

IV - Revela-se cabível a coexistência da habilitação de crédito em sede de juízo falimentar com a execução fiscal desprovida de garantia, desde que a Fazenda Nacional se abstenha de requerer a constrição de bens em relação ao executado que também figure no polo passivo da ação falimentar.

V - Recurso especial parcialmente provido, reformando o acórdão recorrido para determinar o processamento do incidente de habilitação de crédito no juízo falimentar, nos termos da fundamentação.

(REsp 1.831.186/SP, Relatora p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/06/2020, grifo não constante do original).

Anoto que o REsp 1.857.065/SP acima citado fora primeiramente distribuído ao eminente Ministro Raul Araújo, tendo a competência sido declinada pelo Relator e aceita pela Segunda Turma, onde foi julgado sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin.

Embora não desconheça o precedente da Quarta Turma invocado como fundamento pelo Ministro Luís Felipe Salomão (REsp 1.466.200/SP), observo que a questão central discutida no referido precedente dizia respeito à negativa, pelo Juízo da Falência, da habilitação de crédito por considerar prescrita a pretensão da Fazenda Pública.

Eis a ementa do acórdão:

> Recurso especial. Habilitação de crédito na falência. Crédito tributário considerado prescrito.
>
> *1*. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho e, no caso de devedor falido, os créditos extraconcursais, as importâncias passíveis de restituição e os créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado (artigo 186 do CTN).
>
> *2*. Sob tal perspectiva, o artigo 187 do mesmo diploma - assim como a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80, artigo 29) - dispõe que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, liquidação, inventário ou arrolamento.
>
> *3*. Nesse contexto, os créditos tributários não se submetem ao concurso formal (ou processual) instaurado com a decretação da falência ou com o deferimento da recuperação judicial, vale dizer, não se subordinam à *vis attractiva* (força atrativa) do Juízo falimentar ou recuperacional, motivo pelo qual as execuções fiscais devem ter curso normal nos juízos competentes (artigo 76 da Lei 11.101/2005).
>
> *4*. De outro vértice, os credores tributários sujeitam-se ao concurso material (ou obrigacional) decorrente da falência ou da recuperação judicial, pois deverão ser respeitadas as preferências, por exemplo, dos créditos trabalhistas e daqueles com garantia real, sem olvidar-se do pagamento prioritário dos créditos extraconcursais e das importâncias passíveis de restituição.
>
> *5*. Malgrado a prerrogativa de cobrança do crédito tributário via execução fiscal, inexiste óbice para que o Fisco (no exercício de juízo de conveniência e oportunidade) venha a requerer a habilitação de seus créditos nos autos do procedimento falimentar, submetendo-se à ordem de pagamento prevista na Lei 11.101/2005, o que implicará renúncia a utilizar-se do rito previsto na Lei 6.830/80, ante o descabimento de garantia dúplice.
>
> *6*. Na hipótese dos autos, o Fisco estadual optou por habilitar, no processo falimentar, o crédito tributário que foi considerado prescrito pelas instâncias ordinárias.

> *7.* Sobressai a perda do objeto da pretensão recursal referente aos créditos tributários em relação aos quais sobrevieram, na instância ordinária, sentenças extintivas das execuções fiscais respectivas, em razão da homologação judicial de pedidos de desistência formulados pela Fazenda estadual, que pugnou pelo caráter irrisório dos valores devidos pela devedora falida.
>
> *8.* Por outro lado, no tocante aos créditos tributários objeto das execuções fiscais (ainda em curso na origem) ajuizadas entre 24.1.2005 e 1º.06.2005, cuja habilitação na falência foi requerida em 19.4.2010, verifica-se que, à luz da jurisprudência desta Corte, a fluência do prazo prescricional quinquenal contado da constituição definitiva do crédito (data do vencimento do pagamento da obrigação tributária declarada, mas não paga) encerrou-se com o ajuizamento da execução fiscal, que pôs fim à inércia do Fisco. Precedente: *REsp 1.120.295/SP*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.5.2010, DJe 21.5.2010.
>
> *9.* As instâncias ordinárias, utilizando-se de critério equivocado para contagem da prescrição, em momento algum suscitaram o decurso de prazo quinquenal entre os marcos corretos (constituição definitiva do crédito e propositura do feito executivo), mas, sim, assinalaram que o pedido de habilitação do crédito ocorrera mais de cinco anos após a inscrição em dívida ativa.
>
> *10.* Tampouco ocorreu a prescrição intercorrente, nos termos do repetitivo da Primeira Seção (*REsp 1.340.553/RS*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12.09.2018, DJe 16.10.2018). Isso porque, ainda que se computasse, logo após a propositura das demandas (em 2005), o prazo de um ano de suspensão (previsto no artigo 40 Lei 6.830/80) acrescido de mais cinco anos referentes ao lapso prescricional, não estaria configurada a causa extintiva da pretensão de cobrança, que fora exercida em 2010, em face do administrador judicial da massa falida, mediante o pedido de habilitação na falência.
>
> *11.* Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

O fundamento da recusa da habilitação não fora, portanto, a existência de execução fiscal pendente, como no caso ora em exame, mas o entendimento do juízo da falência de que a pretensão executiva estaria prescrita, o que foi infirmado pelo voto do Ministro Luís Felipe Salomão.

Penso, portanto, que a assertiva constante do voto condutor, no sentido de que a habilitação dos créditos fiscais no procedimento falimentar implicaria renúncia à execução fiscal, constituiu, naquele caso, *obter dictum*., lastreado, é certo, em precedentes da Terceira e Segunda Turmas (*Ag 713.217/RS*, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS, Terceira Turma DJe 01.12.2009 e *REsp 1.103.405/MG*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 27.04.2009).

A possibilidade de o juízo da falência pronunciar-se a respeito da prescrição da pretensão executiva fiscal foi negada pelo voto do Ministro Raul Araújo, que aderiu ao voto do Relator, no tocante a assegurar o direito de habilitação de crédito, mas sem exame da prescrição, matéria que entendeu reservada ao juízo da execução fiscal. Transcrevo:

> Entendo, até me valendo do judicioso voto que Sua Excelência nos apresenta, que os créditos tributários não estão sujeitos a concurso formal ou processual no âmbito do juízo falimentar, mas apenas ao concurso material ou obrigacional. Quer dizer, *o juízo falimentar poderá deliberar acerca da ordem de preferência do pagamento dos créditos tributários, mas não poderá examinar discussão quanto à existência dos créditos tributários no âmbito da falência*.
>
> *O art. 38 da Lei n. 6.830 é expresso ao dispor que a discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, quer dizer, execução fiscal, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido de juros e multa de mora e demais encargos*.
>
> *Por força do disposto no art. 38, afasto a discussão, no âmbito do juízo universal da falência, quanto à existência ou não de prescrição, cabendo ao juízo falimentar tão somente acolher o pedido de habilitação dos créditos tributários, no âmbito do processo falimentar, podendo a devedora levar a discussão que queira travar acerca da ocorrência de prescrição, no âmbito da ação de execução fiscal, ou da ação de mandado de segurança, ou de ação de repetição de indébito, ou anulatória do ato declarativo da dívida*.
>
> É, aliás, o que fazemos em relação à créditos trabalhistas, onde reconhecemos que a apuração dos créditos é da competência do Juízo do Trabalho, cabendo apenas as medidas constritivas ao Juízo Universal.
>
> Portanto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para afastar o decreto de prescrição e assegurar a habilitação dos créditos tributários, no âmbito do processo falimentar, sem exame acerca do mérito. Ou seja, não estou afirmando que estejam ou não prescritos, porque entendo que essa discussão refoge ao âmbito do juízo falimentar.
>
> Com essas considerações, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, em menor extensão, porque não chego a me pronunciar sobre a validade ou não dos créditos. Entendo que, não tendo havido a impugnação desses créditos, no âmbito da execução fiscal, cabe ao juízo da falência tão somente proceder à habilitação requerida pela Fazenda Pública e depois deliberar sobre o concurso, de preferência, com os demais credores. Habilita, mas não delibera sobre a ocorrência ou não de prescrição. A discussão sobre prescrição deve ocorrer no âmbito da execução fiscal ou dos demais processos referidos no art. 38 da Lei n. 6.830.

Corroborando esse entendimento, lembro o voto do Ministro Franciulli Neto, no REsp 185.838-SP, ao ressaltar que a execução fiscal é o processo principal em relação ao pedido de habilitação de crédito na falência ou na concordata. Contestado o crédito, as partes são remetidas à respectiva discussão na execução fiscal, sendo possível a reserva de crédito na falência apenas caso não haja penhora garantindo o feito executivo. Havendo penhora, não cabe reserva de crédito na falência, o que configuraria dúplice garantia. Transcrevo:

> *Na espécie, a recorrida efetuou a garantia da instância por meio da execução fiscal. Ocorrida a penhora nesta, sobre o bem que será excutido em hasta pública, não há cogitar de reserva de numerário, no Juízo da concordata, o que se constituiria, sem dúvida, em garantia dúplice, que se não compraz com o disposto no artigo 188, parágrafo primeiro, do Código Tributário Nacional*.
>
> Não há perder de vista, por outro lado, que "*a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento*", nos exatos termos do artigo 187 do mesmo diploma legal.
>
> O processo de concordata não paralisa o processo de execução fiscal nem desconstitui a penhora, uma vez que a execução fiscal prossegue até a alienação do bem penhorado.
>
> Além disso, os créditos fiscais não estão sujeitos à habilitação no Juízo falimentar ou concordatário, conquanto não se livrem de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas, nos termos do artigo 126 do Decreto-Lei n. 7.661/45 (Lei de Falências).
>
> (...)
>
> Se, a teor dos artigos 1ª a 29 da Lei de Execução Fiscal (6.830/80), a via adequada para a cobrança do crédito tributário é a execução fiscal, posto que não se sujeita ao concurso de credores ou à habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento, não se justifica a pretensão da recorrente de reserva de seu crédito na concordata da recorrida, já que, no caso dos autos, está sendo executado.
>
> *A reserva somente ocorre quando, contestado o crédito declarado, as partes são remetidas à discussão no processo principal, que é a execução fiscal*.
>
> Equivoca-se a recorrente ao asseverar que foi negada vigência ao artigo 188 do Código Tributário Nacional, porque a reserva de crédito a que alude esse dispositivo legal refere-se à hipótese de a entidade fazendária declarar seu crédito na falência ou na concordata, e, sendo impugnado, "*o juiz remeterá as partes ao processo competente, que é o de execução fiscal*", e, ao fazê-lo, porém, "*deve mandar reservar bens suficientes à extinção total do crédito e seus acrescidos*", em razão de não ter "*competência para julgar o crédito da Fazenda, ainda que esta haja*

> *comunicado ao juízo o seu montante*" (José da Silva Pacheco, "Comentários à Lei de Execução Fiscal", Ed. Saraiva, 8ª edição, revista, p. 246).
>
> Nesse passo, *a reserva de crédito, na manifestação do insigne* **Milton Falks**, "***implica, em realidade, numa habilitação ex officio do crédito da Fazenda, com o inconveniente de não permitir o curso do prazo para embargos, uma vez que este só flui a partir da intimação da penhora***" (Comentários à Lei de Execução Fiscal", Forense, 'ps. 273/274.
>
> (...)
>
> Em suma, no que aqui interessa, *nada estava a justificar a determinação de reserva de dinheiro no Juízo da concordata, uma vez que existente execução fiscal em curso, com penhora eficaz.*

Voltando ao caso ora em julgamento, penso, com a devida vênia do eminente Relator, que a habilitação do crédito no processo de falência ou recuperação judicial não deve acarretar a necessidade de renúncia à via da execução fiscal, notadamente em casos como o presente, em que a execução foi ajuizada antes da decretação da quebra e está suspensa, sem penhora de bens. Inexistente, portanto, dúplice garantia.

Conforme acentuado nos votos acima transcritos do Ministro Raul Araújo, no REsp 1.466.200/SP, e do Ministro Franciulli Neto, no REsp 185.838-SP, segundo o art. 38 da Lei 6.830 a discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução fiscal, mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida. Nos autos da falência dar-se-á o pagamento, no âmbito do concurso de credores, sob o crivo do juízo da falência ou da recuperação.

A circunstância de haver execução judicial em tramitação - processo principal de cobrança da dívida fiscal - não acarreta, data maxima vênia, dúplice garantia, o que só ocorreria caso houvesse penhora nos autos da execução ou no rosto dos autos da falência.

A propósito, é elucidativo o voto da Ministra Regina Helena Costa condutor do acórdão no REsp 1.831.186, cuja ementa já foi transcrita acima, o qual também se reporta ao já mencionado voto do Ministro Franciulli Neto, base da jurisprudência original desta Corte:

> *O primeiro ponto a ser desvendado para a apreciação da questão ora posta refere-se à expressão "garantia dúplice", multicitada nos acórdãos colacionados.*
>
> *A garantia traduz-se, singelamente, na constrição de bens e direitos, na execução fiscal, por meio de penhora ou indisponibilidade.*

Desse modo, a tramitação da ação executiva fiscal não representa, por si só, uma garantia para o credor.

No apontado REsp n. 185.838/SP, de 2001, assinalou-se, adequadamente, tal premissa, ao consignar que "efetuada a penhora na execução fiscal, não há cogitar de reserva de numerário, no Juízo da concordata, o que se constituiria, sem dúvida, em garantia dúplice [...]".

Assim, o encaminhamento que toma por referência a omissão nos julgados mais recentes relativa à questão da constrição de bens demonstra, em meu sentir, equívoco ao aplicar o entendimento original desta Corte.

Passo, doravante, à seguinte análise de caráter central.

O juízo de conveniência e oportunidade da Fazenda Pública se dá quando completada a hipótese fática capaz de ensejar verdadeira escolha. Ou seja, *para assentar que se trata de uma opção, imperiosa a disponibilidade e concomitância das vias*.

Com efeito, sem a decretação da falência, não há alternativa pela execução, porquanto esta denota, repita-se, caminho único. Somente com a falência abre-se à Fazenda Pública a alternativa.

Pontuadas as duas premissas fundamentais da questão, passo ao delineamento da tese exigida para o deslinde do recurso especial.

Remarco a possibilidade de a Fazenda Pública optar pela habilitação de crédito em detrimento do pedido de constrição de bens em sede de execução fiscal, uma vez que obstar a coexistência da ação executiva fiscal e da habilitação de crédito no juízo falimentar malfere os arts. 187 do CTN, 5º e 29 da LEF, bem como os arts. 6º e 7º da Lei n. 11.101/2005. Tal arcabouço legislativo garante a autonomia do sistema da LEF em relação ao juízo universal falimentar, sem, contudo, comprometer, por si só, o princípio da preservação da empresa.

Consoante a jurisprudência deste Tribunal Superior, entendimento diverso reduz o campo de atuação da Fazenda Pública no âmbito do processo falimentar, olvidando-se a possibilidade de o ente público exercer a fiscalização dos trâmites no juízo da quebra, por exemplo, quanto à ordem de classificação dos pagamentos a serem efetuados aos credores com direito de preferência (AgRg no CC n. 112.646/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, julgado em 11.05.2011, DJe 17.05.2011).

Por fim, a manutenção do entendimento esposado pelo acórdão recorrido traz limitações processuais sem suporte legal para a cobrança de crédito tributário, dificultando o exercício do juízo de conveniência e oportunidade já reconhecido expressamente pela jurisprudência, conforme registrado.

Ademais, a tese ora apontada prestigia a interpretação sistemática das normas processuais do sistema da LEF e da Lei n. 11.101/2005, bem ainda o princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

> *Não há se falar, portanto, em renúncia à ação executiva fiscal diante de pedido de habilitação de crédito no juízo concursal, quando o feito executivo carece de constrição de bens*.
>
> V. O caso concreto
>
> Assiste parcial razão à Recorrente.
>
> Não vislumbro nulidade no acórdão recorrido, uma vez que apresenta fundamentação suficiente para a solução da controvérsia.
>
> *Ao apresentar as razões recursais (fl. 61e), a Fazenda Nacional expressamente aduz que não formulará pedido de penhora no rosto dos autos do processo falimentar, sobrestando os pleitos no âmbito da execução até o deslinde daquele*.
>
> O entendimento do tribunal *a quo*, nesse contexto, está em confronto com a jurisprudência desta Corte, motivo pelo qual afasto o óbice verificado na instância ordinária em relação ao pedido de habilitação, porquanto a execução fiscal em apreço não goza de garantia, bem como por ter sido proposta em 2013, antes, portanto, da decretação da quebra em 2014 (fls. 19e e 40e).
>
> *Logo, revela-se cabível a coexistência da habilitação de crédito em sede de juízo falimentar com a execução fiscal desprovida de garantia, desde que a Fazenda Nacional se abstenha de requerer a constrição de bens em relação ao executado que também figure no polo passivo da ação falimentar*.
>
> Posto isso, com a vênia do Sr. Relator, dele ***divirjo*** para ***dar parcial provimento*** ao recurso especial, reformando o acórdão recorrido para determinar o processamento do incidente de habilitação de crédito no juízo falimentar, nos termos da fundamentação. (grifos não constantes do original)

No caso ora em exame, a execução está sobrestada e arquivada, não havendo a penhora garantindo os créditos fiscais em discussão.

A Terceira Turma atualmente adotada o mesmo entendimento das Turmas da Primeira Seção, como se verifica do seguinte precedente:

> Recurso especial. Falência. Habilitação de crédito. Execução fiscal ajuizada anteriormente à decretação da quebra do devedor. Utilidade/necessidade da pretensão de habilitação. Interesse processual da União configurado.
>
> 1. Habilitação de crédito apresentada em 19/9/2017. Recurso especial interposto em 1/8/2019. Autos conclusos à Relatora em 20/1/2020.
>
> 2. O propósito recursal é definir se o ajuizamento de execução fiscal em momento anterior à decretação da quebra do devedor enseja o reconhecimento da ausência de interesse processual do ente federado para pleitear a habilitação do crédito correspondente no processo de falência.
>
> 3. Há interesse processual quando se reconhece a utilidade e a necessidade do pronunciamento judicial para a satisfação da pretensão deduzida em juízo. Precedentes.

4. Hipótese em que, por um lado, se constata que o instrumento processual eleito pela recorrente é apto a ensejar o resultado por ela pretendido, o que traduz a utilidade da jurisdição; por outro, além de o incidente de habilitação de crédito constituir o único meio à disposição do Fisco para alcançar sua pretensão, verifica-se que a massa falida opôs resistência ao pedido deduzido em juízo, o que configura a necessidade da atuação do Judiciário.

5. *Esta Corte já decidiu que "[a] prejudicialidade do processo falimentar para a satisfação do crédito tributário não implica a ausência de interesse processual no pedido de habilitação do crédito tributário ou na penhora no rosto dos autos" (REsp 1.729.249/SP)*.

Recurso especial provido.

(REsp 1.857.055/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/05/2020, grifo não constante do original).

Do voto da Ministra Nancy Andrighi extraio:

O propósito recursal é definir se o ajuizamento de execução fiscal em momento anterior à decretação da quebra do devedor enseja o reconhecimento da ausência de interesse processual do ente federado para pleitear a habilitação do crédito correspondente no processo de falência.

(...)

5. Nesse contexto, haja vista a possibilidade, expressamente reconhecida por esta Corte, de a Fazenda Pública requerer a habilitação de créditos de sua titularidade no curso de processo de falência, não há como – ao contrário do que decidido pelos juízos de primeiro e segundo graus – extinguir o incidente que objetiva tal providência ao argumento de que o ente federativo carece de interesse processual.

6. Como é sabido, para o reconhecimento da existência de interesse de agir, é necessária a confluência de dois elementos: a utilidade e a necessidade do pronunciamento judicial.

7. Na hipótese, a presença do primeiro elemento do binômio utilidade/necessidade é percebida quando se infere a viabilidade da obtenção, mediante o presente incidente, do resultado perseguido pela recorrente (habilitação de seu crédito nos autos da falência da recorrida).

8. Quanto ao segundo elemento, constata-se que – além de o incidente de habilitação de crédito constituir o único meio processual à disposição do Fisco para alcançar sua pretensão perante o juízo falimentar – a massa falida opôs resistência ao pedido deduzido em juízo, circunstâncias que, mesmo isoladas, são aptas a caracterizar a necessidade da atuação do Judiciário.

9. Convém referir, outrossim, que a Segunda Turma desta Corte Superior já teve oportunidade de se manifestar acerca da questão ora controvertida, tendo decidido em sentido idêntico ao aqui propugnado:

> [...] é assente no STJ o reconhecimento da "*prejudicialidade do processo falimentar para a satisfação do crédito tributário*, visto que a penhora dos valores no rosto nos autos da falência, ou a habilitação do crédito fazendário no mesmo processo, impõe à Fazenda Pública uma única atitude: aguardar o término da ação de falência" (AgRg no REsp 1.393.813/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.5.2014).
>
> *Tal prejudicialidade, todavia, não implica a ausência de interesse processual no pedido de habilitação do crédito tributário ou na penhora no rosto dos autos do processo falimentar*. A necessidade de aguardar o término da ação de falência para eventual satisfação do seu crédito não retira da credora/exequente a faculdade de optar por ambas as vias de cobrança: habilitação no processo falimentar e ajuizamento da execução fiscal.
>
> Não há falar em "excesso de garantia", pois, na verdade, estando a executada em situação de falência, a satisfação do crédito tributário esbarra em dificuldades acrescidas. *A tentativa de resguardar o interesse público subjacente à cobrança de tal espécie de crédito, através do ajuizamento da execução fiscal e de habilitação no processo falimentar, não encontra óbice na legislação aplicável*.
>
> Os arts. 187 do CTN e 29 da Lei 6.830/1980 afirmam que a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento. *A legislação de regência dá à Fazenda Pública a faculdade de ajuizar execução fiscal ou habilitar seu crédito no processo falimentar; todavia, não estabelece que a opção por uma das formas de cobrança impede a utilização da outra*.
>
> Ademais, *não se vislumbra o perigo da "duplicidade" de pagamento. Em caso da existência de processo falimentar, eventual produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência*.
>
> [...]
>
> Conclui-se, portanto, que o acórdão recorrido vulnerou o art. 267, VI, do CPC/1973, uma vez que, na mais extrema hipótese, deveria ser apenas suspensa a execução fiscal, não extinto o pedido de habilitação de crédito no processo falimentar.
>
> (REsp 1.729.249/SP, DJe 19/11/2018, sem destaque no original)

> 10. Diante desse panorama, em que se revela patente o interesse processual da Fazenda Nacional, a reforma do acórdão recorrido é medida impositiva, devendo os autos retornarem ao juízo de primeiro grau para que seja dado prosseguimento ao incidente. (grifos não constantes do original).

Dos precedentes mencionados, concluo, com a devida vênia, que nada obsta a existência concomitante de execução fiscal em trâmite (processo principal

de cobrança da dívida ativa) e pedido de habitação de crédito em falência. A tramitação de execução não significa existência de garantia. A garantia somente ocorreria em caso de penhora, medida de indisponibilidade de bens deferida ou reserva de crédito na falência.

Somente no curso da execução, mediante garantia suficiente (penhora na execução prévia à existência do processo concursal ou reserva de crédito ou penhora no rosto dos autos da falência), terá curso o prazo para embargos, como acentuado no voto acima transcrito do Ministro Franciulli Neto.

Decretada a falência, ou no curso da recuperação, existindo execução fiscal em trâmite, qualquer pagamento à Fazenda ocorrerá necessariamente na via concursal, devendo eventual produto da alienação de bens penhorados ser repassado ao juízo universal, como acentuado no voto do Ministro Herman Benjamin no REsp 1.857.065/SP, cuja ementa foi acima citada e também no voto da Ministra Nancy Andrighi também transcrito, ambos em hipóteses idênticas ao caso ora em julgamento.

Privar a Fazenda do direito de habilitar o crédito fiscal significa impedi-la de perseguir seu crédito em face da falida ou recuperanda, uma vez que todos os pagamentos com emprego do patrimônio sujeito ao concurso universal somente podem ocorrer no âmbito do juízo falimentar.

Exigir a extinção da execução fiscal, por outro lado, prejudicaria a discussão sobre a existência e valor do crédito fiscal - a qual, reitero, não pode ocorrer no juízo falimentar - bem como traria entraves sem base legal ao direito da Fazenda de prosseguir na execução contra demais coobrigados, caso, no encerramento da falência, não consiga receber integralmente seus créditos e ficar caracterizada alguma hipótese de responsabilização dos sócios.

Em face do exposto, com a devida vênia, dou provimento ao agravo interno, para que o juízo de origem examine o pedido de habilitação da União, superado o tema relativo à falta de interesse processual e necessidade de extinção da ação executiva."

II

E síntese, a redação originária da lei de recuperação judicial já previa que a execução fiscal deveria correr sem sequer ser suspensa pela instauração da recuperação judicial. Foram acórdãos da Segunda Seção que determinaram que a execução poderia prosseguir, mas sem penhora e constrição de bens, o que, na prática, tornava infrutífero o prosseguimento de uma execução em que não podia haver constrição de bens.

Essa situação, a meu ver, foi tratada bem melhor pela alteração legislativa de dezembro de 2020, que criou procedimento, na falência, a ser instaurado de ofício pelo juízo, a saber, um incidente de classificação de crédito público. Com isso, organizou a cobrança da dívida tributária com intimação dos titulares de créditos contra o erário para apresentar os seus créditos, com possibilidade de vista às partes para questionar esses valores, ou seja, ficou organizada a cobrança do crédito tributário.

Essa lei nova deixou ainda mais clara, a meu ver, a necessidade de que houvesse uma execução fiscal ajuizada, mas também tornou claro que a execução fiscal deve permanecer suspensa até o encerramento da falência sem prejuízo da possibilidade de cobrança contra os corresponsáveis.

Aqui a lei nova foi bastante sábia, porque acabou com o que ocorria antes da reforma: a Lei de Recuperação estabelecia que as execuções fiscais não se suspendiam, mas a jurisprudência do STJ orientava-se no sentido de que, embora as execuções não se suspendessem, não poderia haver constrição de bens.

Portanto, agora ficou mais claro o que, na realidade, já acontecia de fato, ou seja de que havia execuções ajuizadas, mas sem possibilidade de constrição de bens, vale dizer, suspensas, senão de direito, de fato. Isso está no inciso V do § 4º do art. 7º-A da lei nova.

O 7º-A, § 4º, por outro lado, deixou indene de dúvidas a necessidade de que haja execução fiscal, quando estabelece que "a decisão sobre os cálculos e a classificação dos créditos para os fins do disposto nesta Lei, bem como sobre a arrecadação dos bens, a realização do ativo e o pagamento aos credores, competirá ao juízo falimentar".

No inciso II, diz que "a decisão sobre a existência, a exigibilidade e o valor do crédito, observado o disposto no inciso II do *caput* do art. 9º desta Lei e as demais regras do processo de falência, bem como sobre o eventual prosseguimento da cobrança contra os corresponsáveis, competirá ao juízo da execução fiscal".

Ou seja, assim como na lei anterior, em que todas as decisões sobre a existência, exigibilidade e valor do crédito competiam ao juízo da execução fiscal ainda na lei atual pode haver discussão na falência, mas quem vai decidir, em caráter definitivo, sobre se existe o crédito tributário, sobre a exigibilidade, sobre o valor do crédito tributário, será o juízo da execução, o que significa dizer que há necessidade de que haja essa execução para que o juízo da execução discuta

alguma controvérsia relacionada à própria existência, exigibilidade e valor do crédito.

O relevante com a lei nova é que ficou claro que devem permanecer suspensas as execuções até o encerramento da falência, ao contrário da redação originária da Lei de Recuperação e Falências, de 2005, que previa que as execuções corriam, mas, por outro lado, a jurisprudência dispunha que não podia haver constrição de bens.

Penso, portanto, com a devida vênia, que é possível, e mais ainda, é necessária a dúplice via, mas que agora está claríssimo que a execução permanecerá suspensa e que eventuais controvérsias sobre a existência, exigibilidade e o valor do crédito continuam na alçada do juízo da execução fiscal e ficará na alçada do juízo falimentar a decisão sobre classificação dos créditos, arrecadação de bens, realização do ativo e pagamento dos credores. Ou seja, na prática, o que aconteceu foi tornar mais claro o que já ocorria na legislação anterior, tornando letra da lei, o que, a meu ver, já era a jurisprudência da Segunda Seção.

No caso, está evidenciado, no voto do eminente Relator, que a execução está suspensa e, portanto, é devido o deferimento da habilitação de crédito, motivo pelo qual acompanho a conclusão do voto do eminente Relator apenas com essa ressalva de fundamentação.

RECURSO ESPECIAL N. 1.911.099-SP (2020/0323659-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi
Recorrente: C P L B
Recorrente: F A B
Advogados: Viviane Barci de Moraes - SP166465
Felipe Genari - SP356167
Aline Panace Menino - SP314949
Bruna Arruda de Abreu - SP371281
Recorrido: L A N
Repr. por: E da S N
Advogado: Priscila Ribeiro Monteiro - SP337324

Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo
Interes.: M J M
Interes.: T C M
Advogados: Cristiane Aparecida Vaccari da Silva - SP229036
Nadia de Oliveira Santos - SP188134
Cristiane Aparecida Galucci Domingues - SP264883

EMENTA

Recurso especial. Ação de adoção personalíssima. Instância ordinária que extinguiu o pedido, sem julgamento do mérito, por considerar inexistir parentesco entre pretensos adotantes e adotando e burla ao Cadastro Nacional de Adoção. O Tribunal *a quo* confirmou a decisão recorrida e manteve os adotantes habilitados junto ao cadastro. Menor colocado em estágio de convivência em família substituta no curso do procedimento. Insurgência dos pretendentes à adoção intrafamiliar e do casal terceiro prejudicado (família substituta).

Cinge-se a controvérsia em aferir a possibilidade de adoção personalíssima intrafamiliar por parentes colaterais por afinidade, sem desprezar a circunstância da convivência da criança com a família postulante à adoção.

1. A Constituição Federal de 1988 rompeu com os paradigmas clássicos de família consagrada pelo casamento e admitiu a existência e a consequente regulação jurídica de outras modalidades de núcleos familiares (monoparental, informal, afetivo), diante das garantias de liberdade, pluralidade e fraternidade que permeiam as conformações familiares, sempre com foco na dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico.

2. O conceito de "família" adotado pelo ECA é amplo, abarcando tanto a família natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) como a extensa/ampliada (aquela constituída por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade), sendo a *affectio familiae* o alicerce jurídico imaterial que pontifica o relacionamento entre os seus membros, essa constituída pelo afeto e afinidade, que por serem elementos basilares do Direito das Famílias hodierno devem

ser evocados na interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes.

3. Conforme explicitamente estabelecido no artigo 19 do ECA, é direito da criança a sua criação e educação no seio familiar, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral e assegure convivência com os seus, sendo a colocação em família substituta excepcional.

4. O legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os *parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança*, não promoveu qualquer limitação (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por afinidade), a denotar, por esse aspecto, que a adoção por parente (consanguíneo, colateral ou por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto.

5. Em razão do novo conceito de família - plural e eudemonista – não se pode, sob pena de desprestigiar todo o sistema de proteção e manutenção no seio familiar amplo preconizado pelo ECA, restringir o parentesco para aquele especificado na lei civil, a qual considera o parente até o quarto grau. Isso porque, se a própria Lei n. 8.069/90, lei especial e, portanto, prevalecente em casos dessa jaez, estabelece no § 1º do artigo 42 que "*não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando*", a única outra categoria de parente próximo supostamente considerado pelo ditame civilista capacitado legalmente à adoção a fim de que o adotando permanecesse vinculado à sua "família" seriam os tios consanguíneos (irmãos dos pais biológicos), o que afastaria por completo a possibilidade dos tios colaterais e por afinidade (cunhados), tios-avós (tios dos pais biológicos), primos em qualquer grau, e outros tantos "parentes" considerados membros da família ampliada, plural, extensa e, inclusive, afetiva, muitas vezes sem qualquer grau de parentalidade como são exemplos os padrinhos e madrinhas, adotarem, o que seria um contrassenso, isto é, conclusão que iria na contramão de todo o sistema jurídico protetivo de salvaguarda do menor interesse de crianças e adolescentes.

6. Em hipóteses como a tratada no caso, critérios absolutamente rígidos previstos na lei não podem preponderar, notadamente quando em foco o interesse pela prevalência do bem estar, da vida com

dignidade do menor, recordando-se, a esse propósito, que no caso *sub judice*, *além dos pretensos adotantes estarem devidamente habilitados junto ao Cadastro Nacional de Adoção, são parentes colaterais por afinidade do menor "(...) tios da mãe biológica do infante, que é filha da irmã de sua cunhada" e não há sequer notícias, nos autos, de que membros familiares mais próximos tenham demonstrado interesse no acolhimento familiar dessa criança*.

7. Ademais, nos termos da jurisprudência do STJ, a *ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC n. 468.691/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019).

8. Recurso especial provido para determinar o processamento da ação personalíssima intrafamiliar.

Agravo interno manejado pelo casal terceiro (família substituta) desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial; negar provimento ao agravo interno manejado pelo casal terceiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Felipe Genari, pela parte recorrente: C P L B e Outro

Brasília (DF), 29 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 3.8.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por C. P. L. B. e F. A. B. com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a" da

Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que, na origem, trata-se de ação de adoção (personalíssima) cumulada com pedido de destituição do poder familiar, por meio da qual pretendem os ora recorrentes a regulamentação jurídica da situação de fato vivenciada atinente à criança L. A. N., a qual lhes fora entregue pela própria genitora desde o nascimento (03 de setembro de 2018), sendo desconhecido o pai biológico.

Segundo a exordial, o postulante (F. A. B.) alega ser parente do infante por afinidade, pois a genitora do menor é sua sobrinha (filha da irmã de sua cunhada) que assina todas as laudas da petição e concorda com a destituição do seu poder familiar, em caráter irrevogável, manifestando a renúncia ao seu direito de arrependimento.

Narram os autores, ainda, que a mãe biológica do menor é genitora de outros cinco filhos e dois netos, tendo apenas 36 anos de idade, e que, em razão de relacionamentos efêmeros acabou por engravidar e dar à luz o menor L. A. N., sendo que, desde o princípio, não tinha a intenção de manter o vínculo materno-afetivo com a criança, oportunidade na qual, tendo tomado conhecimento do desejo de adoção do casal ora insurgente, não titubeou ao envidar esforços para a concretização da adoção intrafamiliar.

A demanda fora ajuizada no final de outubro de 2018, objetivando, em suma: *a)* a concessão liminar de antecipação dos efeitos da tutela da guarda provisória do menor para que seja viabilizada a obtenção de licença maternidade, inclusão do infante como dependente do plano de saúde, entre outros benefícios; *b)* a decretação da extinção do poder familiar de E. da S. N. e *c)* a procedência do pedido de adoção de L. A. N. pelos requerentes, dispensado o estágio de convivência, sendo lavrado novo assento de nascimento nos termos do artigo 47, parágrafo 5º do ECA, passando a criança a ser denominada L. A. L. B.

Distribuída a ação ao Juiz de Direito da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Duque de Caxias - RJ, esse declinou da competência para a 3ª Vara Judicial da Infância e Juventude da Comarca de Ribeirão Pires - SP, conforme decisão às fls. 147-150, por considerar competente para dirimir as questões referentes ao menor o foro do domicilio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após a remessa dos autos à Comarca paulista, o Ministério Público do Estado de São Paulo exarou parecer (fls. 162-164) pela extinção do processo sem

resolução do mérito, por considerar existente adoção *intuitu personae* sem vínculo de parentalidade entre os adotantes e o adotado. Subsidiariamente, requereu fosse indeferida a guarda provisória postulada, com a determinação de entrega da criança na Vara da Infância e Juventude da Comarca. Na oportunidade afirmou, sem prejuízo do pronunciamento a ser exarado, que havia ajuizado ação de acolhimento institucional, para proteção dos direitos e interesses do menor.

O magistrado proferiu sentença extintiva do feito, sem resolução do mérito (fls. 168-170), considerando inexistente eventual parentesco civil ou de afetividade e suposta burla ao cadastro de adoção em virtude dos requerentes terem buscado, fora do Estado, criança de família hipossuficiente enquanto tramitava na mesma Vara processo de habilitação à adoção na qual reputados aptos, oportunidade em que não informaram ao juízo e à equipe técnica sobre a existência dessa criança e os vínculos de aproximação, mesmo após realizada a visita residencial. Ademais, *determinou o acolhimento institucional do menor e sua inserção no cadastro de adoção*.

Os autores interpuseram recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que o menor restou acolhido em 28/08/2018, e que o procedimento adotado pelo juízo viola o melhor interesse da criança, notadamente quando absolutamente viável a adoção intrafamiliar decorrente do inegável vínculo de parentesco e afinidade dos adotantes para com o menor e sua genitora, bem ainda quando sequer ultimados os estudos sociais necessários ao caso, tampouco analisada a ação de guarda (n. 1000617-19.2019.8.26.0505) promovida pela avó biológica da criança ou realizada a destituição do poder familiar da genitora.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo, porém, com a observação de que o casal requerente continuaria apto e habilitado como pretensos adotantes junto ao Cadastro Nacional de Adoção.

Confira-se a ementa do julgado:

> Adoção *intuitu personae*. Entrega de criança pela genitora biológica de forma irregular. Ação de adoção extinta sem resolução do mérito. Casal que alega ter grau de parentesco colateral com a genitora da criança. Caso concreto que não se amolda a quaisquer das hipóteses previstas no art. 50, § 13, do ECA. Convivência com o recém-nascido por exíguo lapso temporal. Ausência de vínculo afetivo entre a criança e os apelantes. Recorrentes que já haviam requerido habilitação em cadastro de pretendentes à adoção. Ciência inequívoca do regramento legal a ser cumprido. Violação do princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de comportamento contraditório por meio da Inobservância da preferência dos Interessados cronologicamente cadastrados para adoção. Recurso desprovido, com observação.

Irresignados, interpuseram recurso especial (fls. 292-310), alegando, além de dissidio jurisprudencial, violação aos artigos 50, § 13, 98 e 101, § 1º do Estatuto da Criança e Adolescente.

Sustentaram, em síntese: *a)* a boa-fé e transparência das condutas que culminaram no pedido de adoção personalíssima do menor pelos recorrentes, devidamente habilitados no Cadastro Nacional de Adoção, o que impõe, em observância ao superior interesse do adotando, a revogação da medida de acolhimento institucional; e, *b)* a possível relativização dos requisitos de adoção, especialmente a ordem cronológica, ou de precedência, junto ao Cadastro Nacional de Adoção, dado o princípio do melhor interesse da criança em ser mantido no seio familiar, aos cuidados de parentes próximos, mormente se devidamente habilitados à adoção e inscritos no mencionado cadastro, com os quais houve o estabelecimento de laços afetivos desde o nascimento e cuja conduta sempre foi pautada na boa-fé e transparência.

O reclamo foi admitido na origem (fls. 586-589).

Os insurgentes manejaram no âmbito desta Corte Superior pedido de tutela provisória de urgência (TP 3012) com o objetivo de atribuir excepcional efeito suspensivo a recurso especial já admitido na origem e pendente de remessa ao STJ, destacando a necessidade de desacolhimento da criança e deferimento da guarda provisória aos requerentes.

O pleito liminar fora deferido, *porém em menor extensão*, para conferir efeito suspensivo ao recurso especial, oportunidade na qual determinou-se ao magistrado *a quo* a análise *incontinenti* dos pedidos subsidiários à adoção formulados pelos requerentes, esses atinentes à guarda, eventual direito de visitas e atendimento médico do menor em rede particular, ficando ressalvado aos autores o direito de formularem na origem outros pleitos que entendessem pertinentes para atender ao melhor interesse da criança.

Eis os fundamentos utilizados no referido *decisum*:

> 1.1 Em sede do juízo estreito de cognição sumária desenvolvido nesta seara procedimental, tem-se que os postulantes logram demonstrar, nos termos acima exigidos, a presença concomitante dos requisitos necessários à concessão da tutela de urgência almejada.
>
> Inicialmente ressalta-se que o recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade perante as instâncias ordinárias e, em sede de um juízo preliminar, vislumbra-se a probabilidade de êxito do reclamo, dada a aventada afronta aos artigos 50, § 13, 98 e 100, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente e, mais

especificamente, robusta sensação de colidência da prestação de tutelas (de proteção) ante o princípio do melhor interesse do menor.

A jurisprudência desta Corte Superior, em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança, previsto no Estatuto de Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional.

Nesse norte o HC 574.439/SP, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020.

Depreende-se dos autos que, na origem, o acolhimento institucional da criança fora determinado por deliberação liminar exarada nos autos do pedido de adoção, após o seu ajuizamento pelos requerentes, os quais objetivaram solucionar juridicamente a situação de fato vivenciada, posto que a criança estava sob os cuidados do casal/autor desde o seu nascimento, diante do notório consentimento da mãe biológica, circunstância que, por si só, milita por denotar a boa-fé e transparência na conduta dos demandantes, o que é corroborado pela ausência de indícios de cometimento de crime ou da própria adoção à brasileira, a qual, frise-se, não foi cometida, pois, do contrário, não existiria razão, lógica ou jurídica, para a deflagração de todos os procedimentos advindos do caso *sub judice*.

Do mesmo modo, não se vislumbra burla ao cadastro nacional de adoção, pois é fato incontroverso, inclusive referido pela corte de origem, que em data de "07 de novembro de 2016, muito antes do nascimento de L. A. N., os recorrentes requereram sua habilitação no Cadastro de Pretendentes à Adoção (Processo n. 0003434- 78.2016.8.26.0505)", no bojo do qual foram considerados habilitados à adoção, condição essa mantida hígida pela Corte local consoante o seguinte trecho do acórdão recorrido:

> Todavia, não se pode perder de vista que o escopo último dos autores era legítimo, qual seja, ter um filho, em razão dos percalços enfrentados na tentativa de exercerem o papel de pai e mãe, por meio de uma gestação natural.
>
> Nesse contexto, deve-se registrar que, conquanto seja inviável o prosseguimento do pedido de adoção do menor L. A. N., não se mostra razoável a eventual exclusão dos apelantes do cadastro de pretendentes à adoção, extirpando-lhes, em definitivo, a única via legal de concretizarem o sonho de se tornarem pais.

Ademais, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC n. 468.691/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019).

Atualmente o infante já conta com dois (02) anos de idade (completos), estando há mais de um (01) ano e sete (07) meses abrigado em instituição pública, situação essa que, por si só, à primeira vista, afasta em larga medida encontrar-se a criança sob o manto da tutela do apontado melhor interesse, fazendo ruir o argumento utilizado pelo acórdão recorrido no seguinte trecho:

> Nem se argumente que o melhor interesse da criança, *in casu*, não foi observado, porquanto seu direito de ser adotada por família devidamente habilitada, por óbvio, será resguardado.

Certamente, em hipóteses como essa tratada no caso ora em foco, o melhor interesse deve ser compreendido como aquele que pode ser alcançado com - brevidade - de modo que haja, para além da eficiência, também a eficácia na entrega da prestação jurisdicional, mormente no âmbito da presente espécie de tutela, ante a qual o simples fluir dos dias, dos meses e, por fim, dos anos, faz diferença abissal, não sendo razoável escudar em prognóstico futuro e incerto o delicado desiderato, o derradeiro destino de um ser humano, daí porque na modalidade de jurisdição como essa ora em evidência, critérios absolutamente exatos não têm chances de - sempre - preponderar, notadamente quando em foco o interesse pela preponderância do bem estar, da vida com dignidade, recordando-se, a esse propósito, que no caso *sub judice* não há sequer notícias, nos autos, de que membros familiares mais próximos, ou mesmo, de que terceiros tenham demonstrado interesse no acolhimento familiar dessa criança.

É inegável, porquanto explicitamente estabelecido no artigo 19 do ECA, ser direito da criança a sua criação e educação no seio familiar, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral e assegure convivência com os seus (familiar) e comunitária, sendo a colocação em família substituta algo excepcional.

O legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança, não promoveu qualquer limitação (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por afinidade), a denotar, por esse aspecto, que a adoção por parente (consanguíneo, colateral ou por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto.

O conceito de "família" adotado pelo ECA é amplo, abarcando tanto a família natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) como a extensa/ampliada (aquela formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade). Nesse sentido, confira-se, por oportuno o voto vista deste signatário no REsp 1.587.477/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 10/03/2020, DJe 27/08/2020.

Depreende-se dos autos, conforme aduzido pela Corte local que os requerentes "são tios da mãe biológica do infante, que é filha da irmã de sua cunhada", ou seja, em tese, podem ser considerados parentes colaterais por afinidade.

Assim, em análise meramente perfunctória, o *fumus boni iuris* queda adequadamente demonstrado, com a efetiva probabilidade de provimento do recurso especial.

1.2 Quanto ao *periculum in mora*, o STJ também tem decidido que torna-se controversa a a aplicação do princípio do melhor interesse da criança quando está em jogo o acolhimento temporário em abrigo, mormente quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, daí exsurgindo a cautela na preservação dos laços afetivos configurados com a família no seio da qual a criança subsiste, com dignidade, ainda que a infante esteja sob o foco de tutelas jurisdicionais, como no caso dos autos.

É incontroverso que a criança permaneceu sob os cuidados dos requerentes desde o nascimento até o acolhimento em entidade de atendimento, a denotar que, caso tenha ocorrido eventual rompimento de vínculo afetivo do menor para com os peticionantes, tal fato se deu em razão do acolhimento institucional determinado pelo magistrado a quo, porém não esmaeceu o vínculo de afinidade e afetividade dos peticionantes para com a criança, pois estão em constante e inegável batalha pelo melhor interesse do menino.

Ademais, depreende-se do caderno processual que logo após o abrigamento o menor passou a sofrer de doença respiratória, circunstância agravada pela pandemia do COVID-19, tendo a Corte local aduzido a prejudicialidade dos "pleitos referentes a autorização para realização de visitas ao infante e de disponibilização de atendimento médico em rede particular, para tratamento e fisioterapia respiratória" em razão da manutenção da sentença extintiva da adoção.

Assim, reitere-se, em sede da presente tutela jurisdicional de caráter absolutamente superficial, o periculum in mora aparenta estar satisfatoriamente evidenciado, pois o risco de dano irreparável ou de difícil reparação decorre dos efeitos deletérios da análise e eventual deferimento dos pedidos subsidiários à adoção formulados pelos autores, esses atinentes à guarda, eventual direito de visitas e disponibilização de atendimento/tratamento médico ao menor.

Assim, *in casu*, impõe-se a concessão do efeito suspensivo pretendido de modo a salvaguardar, provisoriamente, a utilidade do recurso especial interposto e a esfera jurídica do menor e dos ora peticionantes cuja postulação de direito material possui, em princípio, plausibilidade jurídica.

Tão logo disponibilizada a decisão deste signatário deferindo a tutela provisória de urgência, porém em menor extensão, os pretensos adotantes, apresentaram na origem manifestação, pela qual, em síntese, requereram fosse

concedido o pedido subsidiário da adoção, consubstanciado na guarda provisória do menor e, alternativa e excepcionalmente, fosse deferida a autorização para realização de visitas livres e periódicas, autorizada a inclusão do infante como beneficiário de plano privado de assistência médica, reconhecida a higidez da permanência do nome dos requerentes no cadastro nacional de adoção e a impossibilidade da colocação da criança em família substituta até o pronunciamento definitivo do STJ.

Na origem, os pleitos formulados pelos insurgentes foram indeferidos sob o fundamento de inexistir verossimilhança nas alegações, dada a "mera suspeita de nefasta prática cometida" pelos pretensos adotantes e em virtude da modificação da situação fático-jurídica da criança, que desde maio de 2020 foi colocada em regime de convivência em família substituta.

Contra referida decisão, interpuseram os autores o competente recurso de agravo de instrumento.

Nesse ínterim, seguiu-se nesta Corte Superior o protocolo, na data de 30/09/2020, de novo pedido de tutela provisória no bojo da TP 3012 (petição n. 00837013/2020) objetivando, em síntese, fosse deferida a guarda provisória do menor.

Na oportunidade, aduziram os autores terem tomado a "e*starrecedora notícia até então absolutamente desconhecida por parte dos requerentes,* ***de que o menor L. foi colocado em regime de convivência*** *em abril de 2020 e em* ***família substituta*** *em maio do mesmo ano, data em que sequer o Recurso de Apelação interposto pelos recorrentes havia sido julgado pela C. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*".

Aduziram que, apesar da situação jurídica indefinida do processo de adoção ajuizado pelos requerentes, a guarda de L. foi concedida a terceiros, a título precário, por decisão do juízo de origem, sem qualquer possibilidade de recurso, sendo que "*as até então desconhecidas medidas implementadas no Juízo de origem na pendência de julgamento definitivo de processo de Adoção são absolutamente injustificáveis, vez que, certamente, para além de potencializarem o sofrimento dos ora Requerentes, resultarão em grave abalo psicológico do infante*".

Repisaram que o recurso especial interposto recebeu crivo positivo de admissibilidade tendo, inclusive, sido deferido o efeito suspensivo em relação ao acórdão recorrido e, consequentemente, à sentença de extinção da ação de adoção e "*jamais tiveram acesso à informação de que L. seria incluído no Cadastro Nacional de Adoção, menos ainda de que o infante seria colocado em família substituta,*

mesmo porque, a despeito do posicionamento externado pelo Juízo de Primeiro Grau e da Promotora de Justiça ali atuante, irrazoável a efetivação de tais medidas exaurientes quando sequer havia julgamento do Recurso de Apelação interposto pelos pretensos adotantes contra a Sentença que extinguiu a Ação de Adoção".

Em que pese fossem os fatos noticiados de altíssima relevância, o pleito fora indeferido liminarmente ante os seguintes fundamentos:

> A inviabilidade desta Corte Superior conhecer diretamente do requerimento ora submetido à apreciação é manifesta, porquanto constitui insurgência para a qual, no âmbito das instâncias ordinárias, há meio impugnativo processual específico e apropriado, o qual deve ser manejado de sorte a se fazer frente, adequadamente, à decisão do magistrado que apreciou os pedidos subsidiários de adoção. Portanto, há que se ter o esgotamento de etapas processuais, nas instâncias precedentes, antes de eventual apreciação do tema ora proposto diretamente por esta Corte Superior – ainda que seja, como de fato o é, de altíssima relevância o assunto trazido à baila –, sob pena, inclusive e iniludivelmente, de supressão de instâncias.
>
> (...)
>
> Nada impede, ressalta-se, que os requerentes redirecionem o presente pedido de tutela provisória ao Tribunal de origem, no bojo de recurso a ser interposto – se já não o foi – contra as deliberações que reputam injustas, exaradas pelo magistrado de piso. A propósito, caso provocada, a segunda instância poderá reexaminar com mais propriedade o conjunto fático compreendido na hipótese, procedendo à análise percuciente dos episódios ora noticiados, o que seguramente fará à luz do postulado do melhor interesse da criança.
>
> Apenas para elucidar essa fundamentação processual, é prudente referir que o único tema sobre o qual há recurso especial admitido e pendente de remessa a esta Corte Superior é afeto à extinção prematura da adoção, sendo que no âmbito daquele reclamo não houve a análise dos pedidos subsidiários à adoção, tanto que a liminar anteriormente concedida fora justamente para estabelecer, frente à plausibilidade da tese veiculada no recurso especial, a necessidade de apreciação incontinenti, pelo órgão competente, de tais requerimentos e de outros porventura considerados relevantes pelos autores/pretensos adotantes.

O *Parquet* estadual, em 01/12/2020, apresentou no bojo da TP 3012 pedido de contracautela (petição n. 00988042/2020) objetivando fosse cassado o efeito suspensivo concedido ao recurso especial e consequentemente afastado o dever do magistrado *a quo* analisar os pedidos subsidiários à adoção, tendo este signatário indeferido o pleito na data de 02/12/2020.

Na sequência, em pedido de reconsideração protocolizado em 03/12/2020, o Ministério Público do Estado de São Paulo objetivou, em síntese, fosse

conferida contracautela à decisão monocrática proferida pela Desembargadora relatora do agravo de instrumento n. 2262735-156.2020.8.26.0000 (interposto junto ao Tribunal Paulista contra a decisão do magistrado que indeferiu os requerimentos subsidiários à adoção e noticiou que o menor havia sido desabrigado e colocado em estágio de convivência em família substituta), no âmbito do qual concedeu a guarda provisória do menor L.A.N aos pleiteantes à adoção F.A.B. e C. P.L.B. (ora recorrentes), a título de antecipação da tutela recursal e determinou o cumprimento da deliberação concessiva de antecipação da tutela recursal, a fim de que a criança fosse entregue diretamente aos cuidados dos pretensos adotantes no dia 4 de dezembro, às 14:00 horas, sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão.

Na mesma data, esse signatário não acolheu o pedido de reconsideração ante os seguintes fundamentos:

> O pedido não comporta acolhimento.
>
> 1. De início, necessário mencionar que falta a esta Corte Superior, ante o não exaurimento de instância, a competência para reformar ou cassar as deliberações monocráticas exaradas pela Desembargadora relatora do agravo de instrumento n. 2262735-156.2020.8.26.0000, que concedeu a guarda provisória do menor L.A.N aos pleiteantes à adoção F.A.B. e C. P.L.B., a título de antecipação da tutela recursal e determinou o cumprimento da deliberação concessiva de antecipação da tutela recursal, a fim de que a criança seja entregue diretamente aos cuidados de F.A.B e C.P.L.B. no dia 4 de dezembro, às 14:00 horas, sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão.
>
> Ressalte-se, por oportuno que, caso fosse possível a reconsideração da decisão concessiva do efeito suspensivo ao recurso especial proferida no âmbito desta Corte Superior - o que não se cogita, pois o órgão do *Parquet* estadual não logrou demonstrar que o reclamo especial seria inadmissível ou não teria chance de êxito -, ainda assim, a reconsideração não teria o alcance pretendido pelo Ministério Público, afinal, as decisões monocráticas de tutela de urgência recursal exaradas pela Desembargadora relatora do agravo de instrumento n. 2262735-156.2020.8.26.0000 desafiam recurso próprio a ser interposto naquela instância, não cabendo ao STJ, de ofício, interferir no adequado andamento processual, notadamente quando não se vislumbra qualquer teratologia nas deliberações exaradas que foram claras e bem fundamentadas com o foco no princípio do melhor interesse da criança.
>
> Ademais, o decisum em questão leva em consideração: a) o absoluto descumprimento da determinação exarada na tutela de urgência recursal; b) a verossimilhança das alegações tecidas no recurso especial admitido na origem e pendente de remessa a esta Corte Superior, a que faz alusão a decisão liminar

> exarada na TP 3012, por este signatário; c) os procedimentos açodados de entrega do menor a pretensos adotantes, sem atentar para a ausência de trânsito em julgado das decisões relativas à destituição do poder familiar da genitora e da extinção, sem análise do mérito, da adoção do menor pelo casal F.A.B. e C.P.L.B; d) a desarrazoada determinação de reacolhimento institucional e início de reaproximação do menor com o casal F.A.B. e C.P.L.B por poucas horas em apenas dois dias na semana; e) que a proposta apresentada pelo estudo psicossocial, acolhida pelo magistrado a quo, enseja a protelação, por prazo indeterminado, do cumprimento da decisão concedida, a título de antecipação dos efeitos da tutela recursal; f) que a reaproximação do casal F. A. B. e C. P. L. B com o menor poderia ser revista pelo juízo de origem a qualquer tempo; e, g) a experiência da julgadora que, durante 28 (vinte e oito) anos à frente da Vara da Família e Sucessões da Capital, lidou diariamente com casos de guarda semelhantes ao presente. Assim, impositivo o não acolhimento do pedido de reconsideração.

Na mesma data, 03/12/2020, aportou ao STJ o HC 631509, com pedido de liminar, impetrado por M.J.M e T.C.M. (família substituta) contra ato da Desembargadora da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sede de tutela de urgência no agravo de instrumento n. 2262735-156.2020.8.26.0000, determinou a entrega da criança L.A.N., então acolhido junto à família substituta, aos agravantes F.A.B. e C.P.L.B. (ora recorrentes), fixando prazo para o cumprimento da medida que se esgotaria às 14 horas do dia 04/12/2020.

Este signatário indeferiu liminarmente a ordem de *habeas corpus*, com amparo na seguinte fundamentação:

> A presente ordem deve ser liminarmente indeferida.
>
> 1. Inicialmente, é necessário ressaltar que o habeas corpus é instrumento processual caracterizado por cognição sumária e rito célere, não comportando, por isso, a análise de questões que, para seu deslinde, demandam aprofundado exame dos elementos fático-probatórios coligidos nos autos, característica típica do processo de conhecimento, sendo certo que o seu exame deve restringir-se à regularidade ou não da ordem emanada da autoridade apontada como coatora.
>
> Na hipótese, destaca-se que a impetração se apresenta como sucedâneo recursal, sem que tenha sido demonstrada eventual teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder a autorizar excepcionalmente a concessão de ofício da ordem pleiteada.
>
> O presente *writ* apresenta como ato coator decisão monocrática proferida pela Desembargadora Relatora - do agravo de instrumento n. 2262735-156.2020.8.26.0000, interposto por pretensos adotantes contra deliberação de indeferimento dos pedidos subsidiários à adoção - que, em detrimento dos

interesses dos ora impetrantes, manteve, na integralidade, decisão concessiva de guarda provisória do menor L.A.N aos requerentes da adoção F.A.B. e C.P.L.B., a título de antecipação da tutela recursal (fls. 23-29) e determinou o cumprimento da medida, a fim de que o menor seja entregue diretamente aos cuidados de F.A.B e C.P.L.B. no dia 4 de dezembro, às 14:00 horas, sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão (fls. 15-22).

1.1 No que se refere, especificamente, ao requisito do exaurimento das instâncias ordinárias, verifica-se que sequer houve pronunciamento, no caso, do competente órgão colegiado, tendo a presente insurgência sido manifestada (ainda que por terceiros interessados) como efetivo sucedâneo do recurso cabível contra o ato impugnado, o que enseja a inviabilidade de acolhimento da medida ora pleiteada.

Deste modo, na medida em que não esgotadas as instâncias ordinárias, descabida a impetração do writ perante esta Corte de Justiça, atraindo a aplicação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal (STJ, HC n. 58.339/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, DJU de 14/09/2006).

Com efeito, esta Corte de Justiça tem se posicionado pela inadmissibilidade da deflagração de habeas corpus contra decisão monocrática de relator originário, salvo se para reparar manifesta ilegalidade ou decisão de cunho teratológico, sob pena de supressão de instância. Sobre o assunto, citam-se os seguintes precedentes: HC 41.623/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; HC 41.634/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz; HC 42.832/ES, Rel. Min. Gilson Dipp; HC 48.892/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; HC 55.856/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha.

1.2 Não se vislumbra a existência de teratologia ou evidente ilegalidade na deliberação atacada, a justificar a superação do referido óbice, pois são claras, coerentes e estão adequadamente expostas as razões de decidir com foco no princípio do melhor interesse da criança.

Como se pode ver, a decisão impugnada leva em consideração: a) o absoluto descumprimento da determinação exarada na tutela de urgência recursal; b) a verossimilhança das alegações tecidas no recurso especial admitido na origem e pendente de remessa a esta Corte Superior, a que faz alusão a decisão liminar exarada na TP 3012, por este signatário; c) os procedimentos açodados de entrega do menor a pretensos adotantes, sem atentar para a ausência de trânsito em julgado das decisões relativas à destituição do poder familiar da genitora e da extinção, sem análise do mérito, da adoção do menor pelo casal F.A.B. e C.P.L.B; d) a desarrazoada determinação de reacolhimento institucional e início de reaproximação do menor com o casal F.A.B. e C.P.L.B por poucas horas em apenas dois dias na semana; e) que a proposta apresentada pelo estudo psicossocial, acolhida pelo magistrado a quo, enseja a protelação, por prazo indeterminado, do cumprimento da decisão concedida, a título de antecipação dos efeitos da tutela recursal; f) que a reaproximação do casal F. A. B. e C. P. L. B com o menor poderia ser revista pelo juízo de origem a qualquer tempo; e, g) a experiência da julgadora

que, durante 28 (vinte e oito) anos à frente da Vara da Família e Sucessões da Capital, lidou diariamente com casos de guarda semelhantes ao presente.

Confira-se, por oportuno, excertos das deliberações exaradas:

(...) Se é certo, que o escopo da concessão da guarda provisória a casal regularmente inscrito no cadastro de adoção foi evitar a permanência da criança na instituição de acolhimento, também emerge patente que essa decisão foi absolutamente açodada, pois antes mesmo do trânsito em julgado das sentenças proferidas na ação de destituição do poder familiar e de acolhimento institucional, determinou o imediato encaminhamento da criança para adoção, com início de aproximação gradativa de convivência com pretensos adotantes e concessão de guarda provisória.

Se isso não bastasse, mesmo ciente da decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sinalizadora de que os prognósticos negativos com relação aos recorrentes, em primeiro grau, possivelmente seriam revertidos em sede de Recurso Especial, indeferiu o pedido de guarda provisória formulada pelos agravantes.

Salvo melhor juízo, ante a perspectiva que já se antevê do julgamento favorável à admissibilidade do prosseguimento do pleito de adoção formulado pelos agravantes, a permanência do menor por mais tempo sob os cuidados de seus atuais guardiões, com possível posterior deferimento do pleito de adoção aos recorrentes, indubitavelmente, causará prejuízos ainda maiores e irreparáveis ao infante.

É natural, que a esta altura, por força da decisão proferida em primeiro grau, o vínculo do menor com os agravantes seja mais tênue do que em relação àqueles que exercem atualmente sua guarda, mas caberá ao setor técnico do juízo utilizar as ferramentas adequadas para esboçar um plano eficaz de transição do menor entre o núcleo familiar dos adotantes e dos recorrentes.

Por fim, consoante já exposto na decisão que antecipou a tutela recursal, não se ignora que alternâncias de guarda possam gerar consequências ao desenvolvimento da criança, no entanto, quando elas são efetuadas ainda em tenra idade - como no caso concreto - os efeitos dela decorrentes são menos deletérios do que aqueles advindos mais tardiamente.

Ademais, oportuno frisar, mais uma vez, que o período de convivência do petiz com os guardiões atuais e com os agravantes não é consideravelmente superior, de modo a autorizar prevalência fundada nesta circunstância.

Pelo exposto, mantenho *in totum* a decisão que concedeu a guarda provisória do menor aos recorrentes, a título de antecipação da tutela recursal.

No caso em testilha, não obstante tenha sido concedida a antecipação da tutela recursal, em 16 de novembro p.p. (fls.523/530), o magistrado de primeiro grau, atendendo a pedido formulado pela Promotora de Justiça, ao invés de determinar

o imediato cumprimento da decisão proferida por esta Superior Instância, que concedeu a guarda provisória aos recorrentes, optou por acolher o parecer ministerial para que fosse apresentado pelo setor técnico um "procedimento" de reaproximação do infante com os agravantes.

E, não obstante o louvável escopo almejado pela representante do Ministério Público, que deveria ter sido submetido, no mínimo, à apreciação desta Relatora, antes de ser deferido pelo juízo a quo, pois a forma de cumprimento das decisões judiciais emanadas das Instâncias Superiores incumbe a quem as profere e não a quem deve cumprí-las, a proposta apresentada pelo setor técnico é absolutamente contraria aos interesses do menor.

A proposta psicossocial (fls. 609/618), além de ter adentrado indevidamente no mérito da decisão proferida em segundo grau, ao consignar que a melhor solução seria a permanência do infante com o casal habilitado para sua adoção, pontuou que "caso fosse mantida referida determinação", a entrega do menor aos agravantes deveria ser realizada da seguinte forma:

"Considerando a importância de assegurar tempo suficiente para que L. se desligue e se despeça gradualmente das pessoas com as quais construiu vinculações afetivas, sugerimos o prazo de quinze (15) dias para que a família ora adotante e a criança possam se despedir. Período de despedida após o qual sugerimos que o próprio casal adotante entregue a criança no Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes desta cidade, cujo ambiente ela já conhece e conta com pessoas com as quais conviveu por considerável período, por entender que tal medida possa lhe gerar menos prejuízos a ter que ser entregue para pessoas estranhas abruptamente. Uma vez acolhido, inicia-se, segundo sugestão, gradativamente, por no mínimo quinze (15) dias, o processo de reaproximação da criança com o casal recorrente, sob supervisão direta dos técnicos do SAICA, mediante plano de aproximação previamente definido por eles, a fim de preparar sua integração em novo núcleo familiar com acompanhamento psicossocial pertinente ao processo de Adoção." Na verdade, aludida proposta, acolhida em primeiro grau, implicou, por via obliqua, na protelação por prazo indeterminado do cumprimento da decisão concedida, a título de antecipação dos efeitos da tutela recursal. A uma, porque a decisão proferida nestes autos de agravo foi proferida em 16 de novembro p.p. e, portanto, não cabia a permanência do menor com a família substituta até o dia 4 de dezembro p.f.. Aliás, conforme já ressaltado inúmeras vezes nestes autos, o fator tempo somente prejudicará os interesses do infante e, além do mais, ele permaneceu por lapsos temporais praticamente idênticos sob os cuidados de cada um dos casais.

A duas, porque é manifestamente incabível novo acolhimento institucional, por "no mínimo" quinze dias, segundo sugerido pelas peritas judiciais.

Com efeito, as técnicas do juízo deveriam saber que o menor é integrante de grupo de risco, porquanto portador de histórico de doença respiratória, e,

> portanto, não deve permanecer em uma entidade de acolhimento institucional, em contato com outras crianças e adultos, em meio a uma pandemia, com atual curva ascendente.
>
> Ademais, não se vislumbra em que medida a autorização de apenas duas visitas semanais pelos agravantes ao menor, na instituição de acolhimento, contribuiria para uma reaproximação saudável. Se esse fosse realmente o escopo da aludida proposta, as visitas deveriam ser, ao menos, diárias.
>
> Por fim, é cabido mencionar que aos ora impetrantes - família que até então detém a guarda precária do menor - há de se levar em consideração, também, a sua ciência inequívoca em relação à situação processual indefinida de adoção pleiteada por F. A. B. e C. P. L. B, porquanto, nos termos do parecer Ministerial colacionado aos autos da TP 3012 e a decisão do magistrado a quo na qual indeferidos os pedidos subsidiários à adoção, há a comprovação de que o estágio de convivência e a guarda do menor pelos ora requerentes sempre ostentaram caráter precário e sabidamente reversível.
>
> Em conclusão, concordando-se (ou não) com as razões expostas na decisão ora impugnada, certo é que não se vislumbra na hipótese evidente teratologia a autorizar, ao arrepio do devido processo legal, a concessão de medida extrema, sobretudo porque – repita-se – ainda cabíveis, na origem, recursos a serem dirigidos ao próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
>
> Tratando-se, portanto, de habeas corpus manifestamente incabível, impõe- se a rejeição, de plano, da ordem nele veiculada.

Seguiu-se pedido de reconsideração manejado pela família substituta (petição 01017934/2020), protocolado em 10/12/2020, *quando já ultimada a entrega do menor aos cuidados e guarda dos ora recorrentes*, tendo sido o pleito rejeitado com amparo nos seguintes argumentos:

> (...)
>
> 2. No caso, deve ser mantido o indeferimento liminar do *habeas corpus*, pois além da impetração se apresentar como sucedâneo recursal, não fora demonstrada a eventual teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder a autorizar excepcionalmente a concessão de ofício da ordem pleiteada.
>
> Como já referido, foram claras, coerentes e estão adequadamente expostas as razões de decidir da Desembargadora relatora do agravo de instrumento n. 2262735-156.2020.8.26.0000, interposto por pretensos adotantes contra deliberação de indeferimento dos pedidos subsidiários à adoção.
>
> Ressalte-se, inclusive, que a entrega do menor já se ultimou, sendo que eventual nova alternância de guarda não tem por foco o melhor interesse do menor.
>
> Ademais, cabe rememorar que os ora impetrantes - família que até então detinha a guarda precária do menor - tinham ciência inequívoca em relação

> à situação processual indefinida de adoção pleiteada por F. A. B. e C. P. L. B, porquanto, nos termos do parecer Ministerial colacionado aos autos da TP 3012 e a decisão do magistrado a quo na qual indeferidos os pedidos subsidiários à adoção, há a comprovação de que o estágio de convivência e a guarda do menor pelos ora requerentes sempre ostentaram caráter precário e sabidamente reversível.
>
> Desta forma, tratando-se, portanto, de habeas corpus manifestamente incabível, mantém-se a rejeição, de plano, da ordem nele veiculada.

No final de dezembro de 2020, o reclamo especial admitido na origem e que pendia de remessa a esta Corte Superior aportou ao STJ, tendo seguido com vista ao *Ministério Público Federal para elaboração de parecer* (fls. 613-616), o qual concluiu pelo *provimento do recurso especial* consoante a seguinte fundamentação:

> (...)
>
> Vislumbra-se que a argumentação expendida no acórdão objurgado (suposta má-fé e violação da ordem de preferência para adoção) não merece prosperar; porquanto os interesses do menor são os valores que devem ser priorizados (em detrimento de formalidades processuais). Vale dizer, ainda que tenha havido sonegação de informação por parte dos pretendentes adotantes acerca de processo de adoção em curso, a criança não deveria ter sido subtraída do lar no qual vinha recebendo os cuidados necessários que os abrigos temporários não podem oferecer. Sobre a ausência de parentesco (a mãe biológica de L. A. N. é filha da irmã da cunhada do recorrente F. A. B), igualmente não se revela razoável destinar o adotante a família aleatoriamente escolhida, nas hipóteses de proximidade com os pais biológicos (ainda que não se trate de um parentesco na acepção jurídica do termo).
>
> Ademais, a jurisprudência da Corte Superior sugere conceder prevalência à família na qual o menor se encontrava: (...) (REsp 1.819.860/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020).

No interregno do afastamento deste signatário para tratamento de saúde, precisamente na data de 05/05/2021, nos termos do art. 52, I, do RISTJ, os autos foram conclusos ao e. Ministro Luis Felipe Salomão para a apreciação de novo pedido de tutela de urgência formulado pelos recorrentes diante dos novos fatos ocorridos após o parcial deferimento da tutela de urgência, que atribuiu efeito suspensivo ao presente apelo extremo, quais sejam, o julgamento improcedente do agravo de instrumento n. 2262735-156.2020.8.26.0000 e o acolhimento do agravo interno interposto pela família substituta contra a decisão liminar proferida no mencionado recurso, que concedera a guarda provisória do infante aos ora recorrentes.

Pretenderam, em suma, "revogar decisão antecipatória recursal e reverter a guarda provisória do menor exercida pelos requerentes de forma plena desde o seu nascimento e pelos últimos cinco meses, situação que, uma vez mais impõe ao menor risco iminente de ruptura da relação afetiva mantida com aqueles que hoje reconhece como seus pais" (fls. 623- 692).

O e. Ministro Luis Felipe Salomão, pela decisão de fls. 737-742 deferiu "o pedido liminar na cautelar requerida para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo TJSP no agravo interno, devendo o menor ser mantido sob a guarda provisória dos requerentes, até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial".

Eis os termos da mencionada deliberação:

> 3. No caso em análise, entendo presentes os requisitos autorizadores para a concessão da liminar.
>
> Em análise perfunctória dos autos, verifica-se que o recurso especial foi interposto contra acórdão do TJSP que negou provimento ao recurso de apelação, nos termos do acórdão assim ementado (fls. 275-284):
>
> > Adoção *intuitu personae*. Entrega de criança pela genitora biológica de forma irregular. Ação de adoção extinta sem resolução do mérito. Casal que alega ter grau de parentesco colateral com a genitora da criança. Caso concreto que não se amolda a quaisquer das hipóteses previstas no art. 50, § 13, do ECA. Convivência com o recém-nascido por exíguo lapso temporal.
> >
> > Ausência de vínculo afetivo entre a criança e os apelantes. Recorrentes que já haviam requerido habilitação em cadastro de pretendentes à adoção.
> >
> > Ciência inequívoca do regramento legal a ser cumprido. Violação do princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de comportamento contraditório por meio da Inobservância da preferência dos Interessados cronologicamente cadastrados para adoção. Recurso desprovido, com observação.
>
> Em face do acórdão referido, a requerente interpôs o especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c" do CPC, alegando violação aos arts. 98 e 101, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (fls. 292-310).
>
> *O recurso recebeu juízo positivo de admissibilidade na origem (fls. 586-589).*
>
> *Conforme asseverado, houve a concessão de efeito suspensivo ao recurso pelo nobre relator no âmbito da TP n. 3012, em setembro de 2020.*
>
> *O MPF exarou manifestação nos autos pelo provimento do recurso para que seja garantido o melhor interesse do menor (fls. 613-616).*
>
> *Com efeito, a plausibilidade do direito está consubstanciada na grande probabilidade de êxito do recurso especial interposto.*

> *Nestes termos, já muito bem delineou o nobre relator, considerando as peculiaridades do caso, por ocasião do deferimento parcial do pedido de efeito suspensivo*.
>
> Transcrevo:
>
> (...)
>
> *Na verdade, por decisão liminar proferida em agravo de instrumento, voltou ao convívio dos requerentes, lá estando por aproximadamente 5 meses, sendo iminente, a seu turno, nova retirada do menor de seu lar, pela quarta vez, enquanto não decidida a controvérsia dos autos, circunstância que não pode prevalecer, notadamente quando presente o* ***fumus boni iuris***.
>
> 4. Ante o exposto, defiro o pedido liminar na cautelar requerida para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo TJSP no agravo interno, devendo o menor ser mantido sob a guarda provisória dos requerentes, até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial.
>
> No mais, defiro o pedido de vista dos autos formulado pelo MP estadual, petição n. 423543-21, às 17h34.
>
> Intimadas as partes e adotadas as providências necessárias, retornem os autos de imediato ao eminente relator para julgamento do recurso e adoção de medidas que entenda adequadas ao caso.
>
> Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se com urgência, imediatamente. (grifos nossos)

Contra tal *decisum*, seguiu-se pedido de reconsideração manejado pelo MPSP (petição n. 00431123/2021 - fls. 750-755), o qual foi rejeitado pela deliberação deste signatário proferida às fls. 979-981 e agravo interno, com pedido liminar, interposto pela família substituta na qualidade de terceiros interessados/prejudicados (petição 00500146/2021 - fls. 760-976), tendo sido negada a tutela de urgência e mantida a integralidade do julgado exarado às fls. 737-742 até ulterior julgamento do recurso especial manejado e do agravo interno interposto pelos peticionantes.

Contraminuta às fls. 1.010-1.072.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar, a fim de que seja admitido o processamento do pedido de adoção personalíssima.

A controvérsia cinge-se em aferir a possibilidade de adoção personalíssima intrafamiliar por parentes colaterais por afinidade, sem desprezar a circunstância da convivência da criança com a família postulante à adoção.

1. De início, informa-se que o presente caso é trazido à apreciação e deliberação deste colegiado, valendo destacar as peculiaridades que permeiam a demanda na origem e, em virtude da imprescindível ponderação acerca do melhor interesse da criança, essa que não pode vir a ser penalizada por eventuais procedimentos cometidos, seja pelo judiciário local, seja em face dos adotantes, porquanto, irremediavelmente, todas as medidas tomadas em demandas dessa jaez devem ser sempre - e sempre – voltados ao melhor interesse do menor, elemento fulcral de todo o aparato legal e das políticas públicas e instituições voltadas à proteção de crianças e adolescentes.

Como referido quando do relatório, todos os fundamentos/argumentos lançados na primeira deliberação liminar exarada - na qual, rememore-se, deferiu-se o pedido de tutela provisória de urgência, porém em menor extensão, para que concedido o efeito suspensivo ao reclamo especial interposto pelos pretensos adotantes, fossem analisados os pedidos subsidiários da adoção pelo magistrado *a quo* - foram na medida do que se vislumbrava possível ao melhor interesse da criança *até então considerada abrigada em instituição pública segundo informação trazida à baila pelos insurgentes e corroborada pelos elementos constantes dos autos da ação de adoção personalíssima*. Ocorre que, com amparo na decisão proferida no bojo da TP 3012 e após as diligências promovidas pelos recorrentes na origem, houve uma reviravolta fática atinente à situação jurídica do menor, pois os pedidos subsidiários à adoção formulados - esses atinentes à guarda, eventual direito de visitas e atendimento médico da criança em rede particular - foram indeferidos pelo magistrado *a quo*, o qual asseverou que "*a mera suspeita de nefasta prática já se mostra(va) suficiente para a rejeição dos pleitos*", bem ainda diante da manifestação do MPSP que reputava prejudicados os pleitos formulados "*ante a atual situação do menor, que em abril de 2020 iniciou aproximação gradativa com um casal de pretendentes, sendo iniciado o estágio de convivência no mês de maio de 2020*".

Confira-se, por oportuno, excertos do decisum proferido pelo magistrado *a quo* acerca do ponto em questão:

> Respeitado entendimento contrário, não verifico qualquer alteração nos fundamentos das decisões atacadas, o que faz com que as alegações dos autores não sejam verossímeis, pois o fato de E. (mãe biológica do menor) ser filha da

irmã da cunhada do autor F. não cria qualquer vínculo familiar, seja sanguíneo ou afetivo, do menor com os autores.

Não há indícios de convivência próxima entre os núcleos familiares e o processo de adoção foi cercado de irregularidades, com a clara tentativa de burlar a ordem legal, inclusive com o custeio do parto realizado em outro Estado da Federação, indício de negociação prévia da criança que não pode ser ignorado.

A mera suspeita de nefasta prática já se mostra suficiente para a rejeição dos pleitos, pois revela não só o desrespeito ao ordenamento jurídico e aos procedimentos legais de adoção, mas também risco concreto de novas transações envolvendo o menor e sujeição da criança a riscos imprevisíveis.

Ademais, o Ministério Público informou que o infante já se encontra com família substituta (fls. 322), tendo sido expedido termo de guarda e responsabilidade, em que os pretensos adotantes possuem ciência da situação jurídica indefinida. Tal providência foi tomada, inclusive, em razão do menor fazer parte do grupo de risco de Covid-19, por sofrer de problemas respiratórios e foi embasada por estudos técnicos da equipe do Juízo e da entidade acolhimento, além de entrevistas e informações extraídas do Cadastro Nacional de Adotantes.

Desta feita, reputo que qualquer contato com autores pode ser prejudicial à aproximação do menor com a atual família substituta, confundindo suas referências e afetando os vínculos afetivos em construção. Deve se sopesar ainda o impacto que a indefinição da causa e a possível reversão das medidas implementadas pelo Juízo e equipe técnica até o momento podem gerar sobre o correto desenvolvimento da criança, sendo mais razoável que os autores voltem a ter eventual contato com ele apenas após a resolução da controvérsia judicial.

Por fim, não há notícia de que o menor esteja desassistido de qualquer forma, não sendo o caso de sua inclusão no plano de saúde dos autores.

Destarte, por não verificar o periculum in mora, vez que o menor não está mais em acolhimento temporário em abrigo e já se encontra em processo de aproximação com núcleo familiar diverso, indefiro a tutela de urgência requerida nos itens "i, ii, iii e v "de fls. 06.

Por fim, como ressaltado na parte final do acórdão de fls. 290/299, os autores não devem ser excluídos do cadastro nacional de pretendentes à adoção, ainda que termine por ser inviável o prosseguimento do pedido de adoção do menor L.A.N.

Desta forma, defiro a permanência do nome dos requerentes no cadastro nacional da adoção.

Pois bem, a situação de acolhimento do menor em abrigo público não mais subsiste, porém tal circunstância não traz alento ao caso, notadamente em virtude de ter sido recolhido em tenra idade (aproximadamente 7 meses)

por decisão exarada no bojo de ação de adoção personalíssima ajuizada pelos pretendentes à adoção intrafamiliar - parentes colaterais por afinidade da criança - que estavam com a guarda de fato do menor desde o seu nascimento, não se tendo notícia de que os recorrentes faltassem aos cuidados necessários e adequados ou negligenciassem o infante, somando-se à perplexidade, os fatos incontroversos segundo os quais: *a)* não ocorreu a famigerada adoção à brasileira; *b)* os insurgentes são habilitados junto ao Cadastro Nacional de Adoção; *c)* a criança fora lançada para estágio de convivência com guarda precária deferida em favor de família substituta, sem que fossem os autores comunicados e, ainda, em momento anterior ao próprio julgamento do recurso de apelação contra a sentença de extinção da adoção personalíssima intrafamiliar.

Para situar cronologicamente o caso, faz-se breve concatenamento dos períodos pelos quais passou o adotando: de 03/09/2018 (nascimento) até 28/02/2019, ou seja, por mais de 6 meses esteve na companhia dos adotantes; de 28/02/2019 a maio/2020, portanto, por aproximadamente 1 ano e 3 meses ficou abrigado em instituição pública; de maio/2020 a 04/12/2020 o menor fora mantido sob os cuidados de família substituta e de 04/12/2020 até a presente data (aproximadamente 7 meses) está sob a guarda provisória dos adotantes.

É necessário referir, inúmeras foram as oportunidades nas quais o casal ora recorrente fez uso dos instrumentos legais postos à disposição para obter, ainda que precariamente, a guarda da criança ou, em menor extensão, o direito de visitá-la, ampará-la, prestar-lhe o auxílio médico necessário, entre outras tantas circunstâncias, tendo sempre sido negado pelas instâncias precedentes quaisquer dos requerimentos formulados. Essa corrida incessante dos pretensos adotantes, apenas no âmbito desta Corte Superior, dessume-se pelos 2 (dois) *habeas corpus* apresentados, esses que, ao tempo, quedaram indeferidos, primeiro por ausência de competência do STJ para o trato das questões tormentosas que se delineavam na origem, bem como pela fase inicial do abrigamento que, diante dos *indícios* ilícitos supostamente cometidos, que estavam em fase preliminar de apuração, em princípio poderiam justificar a medida tomada.

Hoje, a situação é deveras diversa, pois a aludida ilicitude da conduta dos pretensos adotantes não passou de meras conjecturas ou, nos termos do expressamente referido pelo magistrado *a quo*, "mera suspeita de nefasta prática cometida".

Dito isso, apenas em caráter de mera elocubração, verifica-se, em uma análise ainda superficial, que o procedimento tomado pelo juízo de origem,

embora supostamente amparado em inegável boa-fé e com foco no melhor interesse do menor, possivelmente violou os princípios e regras constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, vez que tolheu dos ora recorrentes a oportunidade de se insurgirem em face de decisão da qual decorreu grave prejuízo a seus interesses e, consequentemente, aos interesses do menor.

Não fora dado, pois, pelo magistrado *a quo*, a publicidade a atos processuais relevantes e claramente prejudiciais em relação à ação de adoção personalíssima, seja para as partes envolvidas no feito (ora recorrentes), seja para o órgão jurisdicional a quem competia o julgamento da apelação, tanto que ao tempo em que deferido o estágio de convivência e a colocação do infante em família substituta, ainda que em caráter precário e mediante a ciência dos guardiões acerca da situação jurídica indefinida atinente à adoção, sequer havia sido julgado o apelo interposto pelos pretensos adotantes junto ao Tribunal de origem, esse que, ressalte-se, *daria parcial provimento ao recurso, embora em pequena proporção, para manter a inclusão dos autores no cadastro nacional de adoção*.

Por oportuno, é imprescindível mencionar que o próprio magistrado, ao deliberar acerca dos pedidos subsidiários em razão do deferimento da medida liminar TP 3012, assim afirmou:

> Por fim, *como ressaltado na parte final do acórdão de fls. 290/299, os autores não devem ser excluídos do cadastro nacional de pretendentes à adoção, ainda que termine por ser inviável o prosseguimento do pedido de adoção do menor L.A.N.*
>
> Desta forma, defiro a permanência do nome dos requerentes no cadastro nacional da adoção. (grifo nosso)

É certo que era possível, desde o princípio, o deferimento da guarda provisória do menor L.A.N. aos autores como medida alternativa à colocação do infante em abrigo ou em família substituta, de modo que fosse resguardada sua proteção integral e prioritária e seu melhor interesse, já que sua permanência provisória em instituição pública ou lar de terceiros - com os quais não possui qualquer grau de parentesco e que estão devidamente cientificados do caráter precário da guarda e da situação jurídica indefinida - representa sua exposição, dia após dia, a perigo de dano irreversível agravado com a passagem do tempo, consubstanciado em sua futura sujeição a novos episódios de rompimento de vínculos afetivos, dos quais poderiam resultar em graves abalos psicológicos ao infante.

Assim, em que pesem todas as circunstâncias tormentosas atinentes ao caso, serve o exposto nesse preâmbulo apenas como alicerce fático ao delineamento jurídico que segue.

2. Verifica-se, na hipótese, efetiva violação aos princípios basilares regentes da matéria atinente à proteção da criança e aos ditames legais apontados pelos insurgentes como malferidos (artigos 50, § 13, 98 e 100, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente), tanto em virtude da opção pelo acolhimento institucional (abrigo) em detrimento da manutenção do menor em família que o acolheu desde o nascimento, bem como em razão da extinção prematura da ação de adoção personalíssima a despeito dos adotantes estarem inscritos no Cadastro Nacional de Adoção e de possuírem laços familiares (parentesco colateral e de afinidade) com o menor.

A jurisprudência desta Corte Superior, em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança, previsto no Estatuto de Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional. Dentre inúmeros julgados, cita-se o HC 574.439/SP, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020.

E, especificamente em precedentes nos quais evidenciada a eventual adoção *intuitu personae*, esta Corte Superior já se posicionou no sentido de que o acolhimento institucional não atende ao melhor interesse do menor quando existir família extensa pretendendo a adoção.

Confiram-se:

> *Habeas corpus*. Família. Menor. Ação de destituição de poder familiar cumulada com anulação de registro de nascimento. *Suspeita de adoção intuitu personae. Entrega da criança pela mãe ao pai registral desde o nascimento. Paternidade biológica afastada. Medida protetiva excepcional. Acolhimento institucional. Ofensa ao melhor interesse do menor*. Ordem parcialmente concedida.
>
> 1. Conforme as circunstâncias do caso em análise, é inadmissível o *habeas corpus* manejado como sucedâneo recursal, mormente para atendimento ao melhor interesse do paciente menor.
>
> *2. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral e prioritária do menor, torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.*
>
> *3. Esta Corte Superior tem entendimento assente de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional em detrimento do familiar.*

4. Nessa senda, o afastamento da medida protetiva de busca e apreensão atende ao princípio do melhor interesse da criança, porquanto, neste momento, o maior benefício à menor é mantê-la com a sua família extensa, até ulterior julgamento definitivo da ação principal.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, com liminar confirmada.

(HC 593.613/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 02/02/2021) - grifos nossos

"Habeas corpus". Direito da criança e do adolescente. Busca e apreensão de menor (1 ano e dez meses). *Suspeita de adoção "intuitu personae"*. Entrega pela mãe ao pai registral. Paternidade biológica afastada. Acolhimento institucional em abrigo. Ilegalidade. Primazia do acolhimento familiar. Ausência de risco à integridade física ou psíquica do infante. Princípio do melhor interesse e de proteção integral da criança e do adolescente. Precedentes.

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

2. Hipótese em que a criança foi retirada do ambiente familiar quando contava com aproximadamente um ano e três meses e colocada em instituição de acolhimento, com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção e fraude registral.

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

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

5. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, com a preservação de vínculos afetivos estabelecidos durante significativo período. Precedentes desta Corte Superior.

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

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

(HC 575.883/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 04/08/2020, DJe 20/08/2020) - grifos nossos

É incontroverso dos autos que a criança permaneceu sob os cuidados dos recorrentes desde o nascimento até o acolhimento em abrigo institucional, esse que se deu – vale ressaltar – em razão do ajuizamento pelos peticionantes da ação de adoção, porquanto objetivaram solucionar juridicamente a situação

de fato vivenciada, diante do notório consentimento da mãe biológica, circunstância que, por si só, denota a boa-fé e transparência na conduta dos demandantes, as quais são corroboradas pela ausência de cometimento de crime ou da própria adoção à brasileira, a qual, frise-se, não se caracterizou no caso, pois, do contrário, não existiria razão, lógica ou jurídica, para a deflagração de todos os procedimentos advindos do caso *sub judice*.

Do mesmo modo, diversamente do que afirmam as instâncias ordinárias, inocorrente a apontada burla ao Cadastro Nacional de Adoção, pois é fato incontroverso, inclusive referido pela Corte de origem, que em data de "07 de novembro de 2016, muito antes do nascimento de L. A. N., os recorrentes requereram sua habilitação no Cadastro de Pretendentes à Adoção (Processo n. 0003434- 78.2016.8.26.0505)", no bojo do qual foram considerados *habilitados à adoção, condição essa mantida hígida pela Corte local* consoante o seguinte trecho do acórdão recorrido:

> Todavia, não se pode perder de vista que o escopo último dos autores era legítimo, qual seja, ter um filho, em razão dos percalços enfrentados na tentativa de exercerem o papel de pai e mãe, por meio de uma gestação natural.
>
> Nesse contexto, deve-se registrar que, conquanto seja inviável o prosseguimento do pedido de adoção do menor L. A. N., não se mostra razoável a eventual exclusão dos apelantes do cadastro de pretendentes à adoção, extirpando-lhes, em definitivo, a única via legal de concretizarem o sonho de se tornarem pais.

Nesse ponto, prudente mencionar que nos termos da jurisprudência do STJ, a *ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC n. 468.691/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019).

Do mesmo modo, o prévio cadastro não é condição *sine qua non* para o deferimento da adoção, notadamente porque *o próprio ECA no artigo 50, § 13 autoriza o deferimento da adoção a candidato não cadastrado previamente* elencando as hipóteses autorizativas do acolhimento do pleito, quais sejam: a) quando se tratar de pedido unilateral; b) for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou; c) for oriundo de pleito formulado por quem já detenha a tutela ou guarda legal de criança maior

de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 da referida lei.

E mais, este Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a relativização de regras previstas no ECA, em atenção à primazia dos interesses do menor tutelado, sendo permitido, excepcionalmente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, que o adotante seja pessoa não inscrita previamente no cadastro e, ainda, não raro, seja "escolhida" pelos pais do adotando na chamada adoção *intuitu personae*.

A propósito:

> Recurso especial. *Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção* intuitu personae. *Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados. Permanência da criança durante os primeiros oito meses de vida*. Tráfico de criança. Não verificação. Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito. Recurso especial provido.
>
> I - *A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro*;
>
> II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;
>
> III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade;
>
> IV - *Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando*

a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

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

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

VI - Recurso Especial provido. (REsp 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010) - grifo nosso

Recurso especial. Adoção. Cadastro de adotantes. Relatividade. Princípio da prevalência do interesse do menor. Vínculo afetivo da menor com casal de adotantes devidamente cadastrados. Permanência da criança por aproximadamente dois anos, na somatória do tempo anterior e durante o processo. Albergamento provisório a ser evitado. Artigo 197-E, § 1º, do ECA. Precedentes desta Corte. Recurso especial provido.

1.- *A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente*.

2.- No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos.

3.- *Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que eles estavam devidamente habilitados para a adoção. Além disso, o § 1º, do mesmo dispositivo legal afirma expressamente que "A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando"*.

4.- Caso em que, ademais, a retirada do menor da companhia do casal com que se encontrava há meses devia ser seguida de permanência em instituição de acolhimento, para somente após, iniciar-se a busca de colocação com outra família, devendo, ao contrário, ser a todo o custo evitada a internação, mesmo que em caráter transitório.

> 5.- A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança.
>
> 6.- alegações preliminar de nulidade rejeitadas.
>
> 7.- Recurso Especial provido.
>
> (REsp 1.347.228/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 20/11/2012) - grifo nosso

> Recurso especial. Civil e Processual Civil. Direito de Família. ***Adoção*** *intuitu personae*. ***Pretendente não inscrita no cadastro de adotantes***. Impossibilidade jurídica do pedido. ***Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Estabelecimento de vínculo afetivo da criança com a pretensa adotante não cadastrada. Recurso especial provido***.
>
> (REsp 1.628.245/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 15/12/2016) - grifo nosso

Portanto, em hipóteses como a tratada no caso ora em foco, critérios absolutamente rígidos estabelecidos na lei não podem preponderar, notadamente quando em foco o interesse pela prevalência do bem estar, da vida com dignidade do menor, recordando-se, a esse propósito, que no caso *sub judice*, *além dos pretensos adotantes estarem devidamente habilitados junto ao Cadastro Nacional de Adoção, não há sequer notícias, nos autos, de que membros familiares mais próximos tenham demonstrado interesse no acolhimento familiar dessa criança*.

Depreende-se dos autos, conforme aduzido pela Corte local, que os recorrentes "são tios da mãe biológica do infante, que é filha da irmã de sua cunhada", pelo que, a rigor, pode-se considerá-los, sim, parentes colaterais por afinidade para o propósito que aqui almejam.

É inegável, porquanto explicitamente estabelecido no artigo 19 do ECA, ser direito da criança a sua criação e educação no seio familiar, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral e assegure convivência com os seus (familiares) e comunitária, sendo a colocação em família substituta algo excepcional.

O conceito de "família" adotado pelo ECA é amplo, abarcando tanto a família natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) como a extensa/ampliada (aquela constituída por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade). Nesse sentido, confira-se, por oportuno o voto vista deste signatário no REsp 1.587.477/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 10/03/2020, DJe 27/08/2020.

Ressalte-se que a promulgação da Constituição Federal de 1988 permitiu o rompimento de paradigmas clássicos acerca do reconhecimento, até então, apenas da família consagrada pelo casamento e admitiu a existência e a consequente regulação jurídica de outras modalidades de núcleos familiares (monoparental, informal, afetivo), diante das garantias de liberdade, pluralidade e fraternidade que permeiam as conformações familiares, sempre com foco na dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico.

Tal alargamento é reflexo dos anseios lançados à sociedade brasileira estampados no preâmbulo do texto constitucional, no qual o povo brasileiro, representado pelos constituintes, objetivando a criação de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, *a liberdade*, a segurança, *o bem-estar*, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade *fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*, estabeleceu as diretrizes, as garantias da norma jurídica regente de todo o sistema voltado ao ordenamento e desenvolvimento nacional.

Dada a dinamicidade na evolução das relações interpessoais e sua necessidade de adequação jurídica, verifica-se ter a Lei n. 8.069/90 avançado com a evocação de corrente mais moderna na qual *a afinidade e o afeto* – inegáveis elementos da garantia à fraternidade - são pontos nodais de toda a interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes.

Como delineado pela célebre estudiosa Geralda Magella de Faria Rossetto na tese "A (re)afirmação dos Direitos Humanos na contemporaneidade: uma análise na perspectiva do Direito Fraterno", é somente a partir da ligação que decorre da garantia – leia-se, enquanto princípio, fundamento basilar - com a norma (regra legal), que se pode compreender e planejar o efetivo estado da "norma jurídica", pois sem o estabelecimento da observância (em maior ou menor grau) desta última, paradoxalmente, inexiste efetividade e, assim, não tem razão de ser todo o arcabouço normativo criado para lhe dar sustentáculo. Afinal, é apenas no conjunto do conteúdo e do sentido das normas que se encontra a melhor tradução para a garantia da norma jurídica.

Tendo isso em mente, afirma-se que o legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os *parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança*, *não promoveu qualquer limitação* (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por

afinidade), a denotar, por esse aspecto, que a adoção por parente (consanguíneo, colateral ou por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto.

Isso porque, o que caracteriza uma "família" nos moldes atuais da sociedade em que vivemos não é a formalidade ou solenidade em consonância ao quanto é prescrito no texto legal, mas, sim, admite-se qualquer forma de agregação humana com propósito de exercer com plenitude as atividades, atribuições, direitos, deveres/obrigações e faculdades que se pode evidenciar nas diversas e multifacetadas unidades/conformações familiares. Afinal, é a *affectio familiae*, o alicerce jurídico imaterial que pontifica o relacionamento.

O afeto - figura abstrata e psíquica configurada pelo ato de gostar, querer-se bem, desejar estar junto, compartilhar, auxiliar, alimentar-se solidariamente, conviver, edificar patrimônio em comum e principalmente alcançar a felicidade em conjunto - é o requisito basilar do Direito das Famílias hodierno.

É exatamente em razão desse novo conceito de família - plural e eudemonista – cujo conteúdo e significado perpassa, necessariamente, pela retomada de sua historicidade, evolução, sentido e reconhecimento, que não se pode, sob pena de desprestigiar todo o sistema de proteção e manutenção no seio familiar amplo preconizado pelo ECA, restringir o parentesco para aquele especificado na lei civil, a qual considera o parente até o quarto grau.

Cumpre ressaltar que, se a própria Lei n. 8.069/90, *lex specialis* e, portanto, prevalecente em casos dessa jaez, estabelece no § 1º do artigo 42 que "*não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando*", a única outra categoria de parente supostamente considerado pelo ditame civilista capacitado legalmente à adoção, a fim de que o adotando permanecesse vinculado à sua "família", seriam os tios consanguíneos (irmãos dos pais biológicos), o que afastaria por completo a possibilidade dos tios colaterais e por afinidade (cunhados), tios-avós (tios dos pais biológicos), primos em qualquer grau, e outros tantos "parentes" considerados membros da família ampliada, plural, extensa e, inclusive, afetiva, muitas vezes sem qualquer grau de parentalidade como são exemplos os padrinhos e madrinhas, adotarem, o que seria um contrassenso, isto é, conclusão que iria na contramão de todo o sistema jurídico protetivo de salvaguarda do menor interesse de crianças e adolescentes.

Nem se diga que o ECA tenha feito limitação do que é considerado "parente próximo" pelo ditame constante do § 2º do artigo 41 quando estabelece

ser "recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e *colaterais até o 4º grau*, observada a ordem de vocação hereditária", pois tal normativo não tem outra pretensão senão a de delimitar eventuais efeitos sucessórios para fins patrimoniais seguindo o preceituado nas normas específicas do direito das sucessões.

Assim, *o parentesco até o quarto grau definido na legislação civil não tem o alcance capaz de restringir o conceito de família ampla/extensa e do que se possa considerar parentes próximos*, pois a "família" dos tempos hodiernos é eudemonista, tendo como escopo precípuo a satisfação pessoal de cada indivíduo que a compõe. Para isso, faz-se mister que esta família seja democrática, aberta e plural e para conquistar-se tal desiderato é imperioso que haja a menor intervenção possível do Estado em sua configuração e intimidade, para que a família seja de fato e não apenas de direito, de modo que os acontecimentos e anseios da vida colmatem/corrijam/contrabalanceiem as lacunas legais.

Neste sentido, confira-se o escólio de Farias e Rosenvald na seguinte passagem da doutrina de Leonardo Barreto Moreira Alves:

> Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente a vontade do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade [...].
>
> A partir disso, percebesse, sem embaraçamentos, que o estado começa a se retirar de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se que venha, em futuro próximo, a cuidar com mais vigor e competência das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação). Foi vencido na guerra. E o vencedor (a pessoa humana, revigorada pelo reconhecimento, em sede constitucional, de sua fundamental privacidade, como expressão e sua dignidade) pode, agora, desenvolver amplamente seus projetos existenciais e patrimoniais, como corolário de sua liberdade. (FARIAS E ROSENVALD, 2008)
>
> (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 142)

Nessa medida, o Estado e, por consequência, os seus operadores só devem intervir na intimidade familiar para garantir a aplicação dos direitos fundamentais, quando no caso concreto estes estejam sendo violados, circunstância que jamais foi posta à prova na adoção personalíssima pretendida na hipótese.

Corrobora essa assertiva o parecer pelo provimento do recurso especial elaborado pelo órgão do Ministério Público Federal:

> (...)
>
> *Vislumbra-se que a argumentação expendida no acórdão objurgado (suposta má-fé e violação da ordem de preferência para adoção) não merece prosperar; porquanto os interesses do menor são os valores que devem ser priorizados (em detrimento de formalidades processuais).* Vale dizer, ainda que tenha havido sonegação de informação por parte dos pretendentes adotantes acerca de processo de adoção em curso, a criança não deveria ter sido subtraída do lar no qual vinha recebendo os cuidados necessários que os abrigos temporários não podem oferecer. *Sobre a ausência de parentesco (a mãe biológica de L. A. N. é filha da irmã da cunhada do recorrente F. A. B), igualmente não se revela razoável destinar o adotante a família aleatoriamente escolhida, nas hipóteses de proximidade com os pais biológicos (ainda que não se trate de um parentesco na acepção jurídica do termo).*
>
> Ademais, a jurisprudência da Corte Superior sugere conceder prevalência à família na qual o menor se encontrava: (...) (REsp 1.819.860/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020).

Ressalte-se, uma vez mais, ser fato incontroverso e já devidamente mencionado desde a deliberação liminar antecedente que os recorrentes reúnem, em princípio, até prova em contrário, todos os requisitos necessários para que procedam à adoção da criança, estando devidamente habilitados e inseridos no cadastro nacional de pretendentes à adoção, inclusive, muito tempo antes do nascimento do menor adotando, o que, como já referido, afasta a tese aventada pelas instâncias precedentes de burla ao cadastro.

Ademais, podem ser considerados família extensiva do menino, vez que, apesar de não se verificar vínculo sanguíneo/genético, possuem parentesco colateral por afinidade com o infante.

Por fim, não é razoável que o menor e, consequentemente, os ora insurgentes sejam prejudicados na justa pretensão de que fique a guarda provisória mantida até que se ultime o processamento e deliberação final acerca do mérito do pedido de adoção personalíssima, não sendo prudente ou adequado, frente ao melhor interesse da criança, que seja colocada em família substituta já que, nem sequer por um dia, os recorrentes esmaeceram de sua pretensão adotiva e constituem parentes colaterais por afinidade do menor que desde o nascimento o acolheram no amplo conceito de família preconizado pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

No ponto, prudente mencionar que o cabimento do deferimento de guarda, ainda que provisória, a parentes colaterais por afinidade encontra previsão legal no art. 1.584, § 5º, do Código Civil, que assim dispõe:

> Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, *deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade*. (grifo nosso)

3. No tocante ao recurso de agravo interno (fls. 760-976) manejado pela família substituta representada pelo casal terceiro que deteve, até início de dezembro de 2020 (de maio/2020 a 04/12/2020), a *guarda* precária do menor, deve ser desprovido o recurso, dada a sua ciência inequívoca em relação à situação processual ora debatida, pois, nos termos do parecer do Ministério Público Paulista (fls. 326-331 da TP n. 3012) e da decisão do magistrado *a quo* (fl. 30 do HC n. 493.275/SP), resta inequívoco que o estágio de convivência e a *guarda sempre ostentaram caráter precário e sabidamente reversível*.

Por oportuno, confira-se excertos do parecer elaborado pelo Ministério Público Paulista que corroboram a prévia e adequada informação repassada ao casal terceiro acerca da situação jurídica indefinida do menor:

> E assim, no mês de abril do corrente ano, iniciou-se a aproximação gradativa com um casal de pretendentes, sendo remetidos os respectivos relatórios técnicos acerca do intenso acompanhamento, o que culminou com o início do estágio de convivência no mês subsequente.
>
> Como consequência natural, *expediu-se Termo de Guarda e Responsabilidade, cientificando-se os pretensos adotantes sobre a situação jurídica indefinida da criança (informação expressa no referido documento)*. (grifou-se)

Embora não se negue eventual laço afetivo e todos os cuidados mantidos pelos terceiros com o menor L. A. N. durante o prazo que permaneceu na companhia do casal, em estágio de convivência, é certo que a inclusão expressa dos riscos processuais no termo de guarda (fls. 31-32 do HC n. 493.275/SP) afastam quaisquer direitos atinentes à retomada da guarda precária do infante, notadamente quando é absolutamente incontroverso que o casal agravante (terceiros) não possui com o menor qualquer grau, sequer remoto, de parentesco.

4. Do exposto, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e a sentença extintiva da ação e determino o retorno dos autos à origem para que promova o devido processamento do pedido de adoção personalíssima, considerando todas as peculiaridades do caso, notadamente o

parentesco colateral por afinidade agregado à afinidade e afetividade mantida entre os pretensos adotantes e adotando e a inexistência de burla ao Cadastro Nacional de Adoção.

Por conseguinte, nega-se provimento ao agravo interno manejado pelo casal terceiro prejudicado.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.966.030-SP (2016/0134033-9)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Banco Arbi S/A
Advogados: Luís Paulo Serpa - SP118942
Jairo Corrêa Ferreira Júnior e outro(s) - SP209508
Recorrido: Caetano Fabrini Neto
Advogado: André Gustavo Salvador Kauffman e outro(s) - SP168804

EMENTA

Processual Civil e Civil. Recurso especial. Alienação fiduciária. Ação de cobrança. Taxa de ocupação. Ilegitimidade passiva do locatário do imóvel. Recurso desprovido.

1. O locatário do imóvel cuja propriedade foi consolidada nas mãos do credor fiduciário diante da inadimplência do devedor fiduciante (antigo locador do bem) não é parte legítima para responder pela taxa de ocupação, prevista no art. 37-A da Lei n. 9.514/1997, por não fazer parte da relação jurídica que fundamenta a cobrança da taxa em questão.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

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 (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 30.11.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado (e-STJ fl. 189):

> Alienação fiduciária. Taxa de ocupação. Art. 37-A da Lei n. 9.514/97. Obrigação restrita ao fiduciante. Manutenção da sentença (art. 252 do RITJSP)
>
> - Mantém-se a sentença por meio da qual se reconheceu a impossibilidade de condenação do ora apelado ao pagamento de valores de taxa de ocupação, vez que o art. 37-A da Lei n. 9.514/97 impunha a obrigação do pagamento ao fiduciante e não ao terceiro (locador do imóvel - demandado).
>
> *Recurso improvido*.

Cuida-se, na origem, de ação de cobrança proposta por *Banco Arbi S.A.* contra *Caetano Fabrini Neto* objetivando o recebimento dos valores correspondentes à taxa de ocupação prevista no art. 37-A da Lei n. 9.514/1997, como forma de compensação pelo período que o réu ocupou indevidamente o seu imóvel.

Narrou o autor que o imóvel descrito na inicial foi dado em garantia fiduciária em cédula de crédito bancário celebrada com terceiros. Aduziu que, diante da inadimplência dos devedores fiduciários e da inércia destes após a intimação para a purga da mora, o banco consolidou a propriedade do imóvel para si e, após a realização de dois leilões infrutíferos, concedeu aos devedores a quitação integral da dívida.

Afirmou que, ao tentar investir-se na posse do bem, tomou conhecimento de que o imóvel havia sido locado pelo antigo proprietário e devedor a *Caetano Fabrini Neto*, ora recorrido, fato que ensejou sua notificação para que desocupasse o imóvel, o que só veio efetivamente a ocorrer 246 (duzentos e quarenta e seis) dias após o prazo de 120 (cento e vinte) dias concedido pelo banco para a desocupação, causando-lhe prejuízos.

Nesse contexto, defendeu fazer jus à taxa de ocupação pleiteada.

A sentença (e-STJ fls. 151/154), aplicando a teoria da asserção, reconheceu a ilegitimidade passiva do recorrido e julgou improcedente o pedido.

Inconformado, apelou o banco recorrente ao TJSP, que negou provimento ao recurso, nos termos da ementa transcrita.

As razões recursais (e-STJ fls. 193/213), fundamentadas no art. 105, III, "a" e "c", da CF, apontam dissídio jurisprudencial e ofensa ao art. 37-A da Lei n. 9.514/1997.

O recorrente alega ser evidente a legitimidade do recorrido "em função de sua posição de locatário e possuidor direto do imóvel, o qual, permanecendo na posse do imóvel, mesmo após a extinção da relação jurídica decorrente da alienação fiduciária entre credor fiduciário e devedor fiduciante, continuou obrigado ao pagamento de justa contraprestação pelo uso e gozo do imóvel, só que a partir da notificação efetivada em 29/08/2012, em favor do Recorrente, posto a sucessão de posição na relação jurídica" (e-STJ fl. 200).

No seu entender, "a taxa de ocupação assumiu natureza jurídica de cláusula penal com finalidade de reparação das perdas e danos imputados ao Recorrente durante o período em que restou configurado o esbulho possessório por parte do Recorrido" (e-STJ fl. 201).

Salienta que o texto legal não veda a cobrança da taxa de ocupação diretamente do sucessor do devedor fiduciante.

A seu ver, "Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciante (ou ainda por quem o sucedeu v.g. um eventual locatário) é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciário, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível não só qualificar a permanência no imóvel como esbulho, como também atribuir ao devedor fiduciante ou ao real/atual ocupante a responsabilidade pelo pagamento da taxa de ocupação ou de justa contraprestação pelo uso e fruição do bem" (e-STJ fl. 203).

Aponta dissídio jurisprudencial indicando como paradigma o acórdão proferido pela Quarta Turma no julgamento do REsp n. 1.328.656/GO.

O recorrido apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 228/240).

O recurso especial foi inadmitido na origem (e-STJ fls. 241/242), ensejando a interposição de agravo nos próprios autos (e-STJ fls. 244/267), ao qual dei provimento para melhor análise da controvérsia (e-STJ fl. 298).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): O recurso especial foi interposto com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, motivo por que devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

A questão objeto da controvérsia cinge-se em saber se o locatário do imóvel, objeto de alienação fiduciária celebrada entre o banco (autor da ação de cobrança) e terceiros, como garantia das obrigações decorrentes de cédula de crédito bancário, é parte legítima para responder pela taxa de ocupação prevista no art. 37-A da Lei n. 9.514/1997 (com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004), exigida pela instituição financeira em razão da ocupação indevida do bem após a consolidação da propriedade para si e a notificação para que o locador procedesse à devolução do imóvel, no prazo que estipulou.

O art. 37-A, incluído pela Medida Provisória n. 2.223/2001 (Lei n. 10.931/2004) na Lei n. 9.514/1997 (que trata da alienação fiduciária de bens imóveis), estabelecia, em sua redação original, vigente à época dos fatos, que:

> Art. 37-A. O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitido na posse do imóvel.

Anote-se que a Lei n. 13.465/2017 (não aplicável ao caso concreto) deu nova redação a esse dispositivo, deixando mais claro o momento a partir do qual a taxa de ocupação se torna exigível, mantendo, todavia, o restante da redação original do dispositivo.

A norma passou a conter o seguinte teor:

> Art. 37-A. O devedor fiduciante pagará ao credor fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a 1% (um por cento) do valor a que se refere o inciso VI ou o parágrafo único do art. 24 desta Lei, computado e exigível desde a data da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciante até a data em que este, ou seus sucessores, vier a ser imitido na posse do imóvel.

O acórdão recorrido entendeu que "a r. sentença corretamente ressaltou a impossibilidade de condenação do ora apelado ao pagamento de valores de taxa

de ocupação, vez que o art. 37-A da Lei n. 9.514/97 impunha a obrigação do pagamento ao fiduciante e não ao terceiro ([locatário] do imóvel demandado), não se olvidando de destacar, ainda, que, no caso dos autos, foram os fiduciantes que auferiram os frutos decorrentes da locação" (e-STJ fl. 190).

Nesse contexto, cabe inicialmente anotar que não foi objeto de debate na Corte de origem o principal fundamento apresentado nas razões do especial, relativo à suposta legitimidade do recorrido para responder pela taxa decorrente do contrato de alienação fiduciária firmado com terceiro, sob o enfoque da "sucessão de posição na relação jurídica" (e-STJ fl. 200). Além disso, não foram opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente sobre a matéria.

Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pela decisão recorrida, impede o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento. A insurgência, nesse ponto, encontra óbice nas Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Cabe ainda salientar que o dispositivo legal em questão não disciplina a possível sucessão do devedor do contrato de alienação fiduciária, dispondo apenas sobre a possibilidade de sucessão do credor do ajuste, para fins de exigência da taxa de ocupação, motivo pelo qual não possui carga normativa para sustentar a tese apresentada pelo recorrente, o que impede o conhecimento da insurgência, nos termos da Súmula n. 284/STF.

Por outro lado, embora o recorrente alegue que "[a]quele que detém injustamente a posse direta do imóvel, usa e goza do mesmo em detrimento do direito do legítimo proprietário, por um princípio do comutatividade deve responder pela justa contraprestação, bem como pelos encargos devidos" (e-STJ fl. 201), o direito à indenização pela ocupação ilegítima não é o objeto de discussão no acórdão ou no recurso, e sim a legitimidade do recorrido para responder pelo pagamento da taxa de ocupação prevista no art. 37-A da Lei n. 9.514/1997.

Com efeito, o acórdão recorrido, inclusive, admite ter o recorrente o direito à justa reparação pelo dano sofrido, ao ratificar a sentença, na qual "irretocavelmente foi esclarecido, que não estava sendo defendida a conduta do apelado, reconhecendo a possibilidade de eventual condenação deste, a arcar com o uso do imóvel, caso houvesse pedido de lucros cessantes em decorrência do ilícito, mas, em face da existência de pedido certo e determinado

para a condenação do ocupante do imóvel ao pagamento de taxa de ocupação decorrente do contrato de alienação fiduciária, não poderia ser admitido este pleito" (e-STJ fl. 191).

Quanto à questão de mérito, correta a conclusão do acórdão recorrido.

> De fato, a taxa de ocupação do imóvel, conforme ressaltou o Ministro *Marco Buzzi*, no voto que proferiu no julgamento do REsp n. 1.328.656/GO, "visa remunerar o adquirente do bem imóvel pelo período que mediar entre a sua aquisição e efetiva imissão na posse" e, "em contrapartida, impede que o devedor continue desfrutando do imóvel sem arcar com a devida contraprestação" (REsp n. 1.328.656/GO, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/08/2012, DJe 18/09/2012).

Assim, a taxa tem por fundamento a posse injusta exercida pelo devedor fiduciante a partir do momento em que consolidada a propriedade no patrimônio do credor, sendo sua finalidade compensar o legítimo proprietário do imóvel – o credor fiduciário, ou quem vier a sucedê-lo – pela ocupação ilegítima.

Nesse contexto, observa-se que os sujeitos da relação jurídica apta a ensejar a cobrança da taxa de ocupação prevista no art. 37-A da Lei n. 9.514/1997 estão expressos na norma e são apenas os sujeitos originários do ajuste – fiduciante e fiduciário –, ou aqueles que sucederam o credor na relação contratual.

No caso, o recorrente consolidou a propriedade do imóvel para si e, após a realização de dois leilões infrutíferos, concedeu ao devedor a quitação integral da dívida, tornando-se proprietário pleno do bem. Em seguida, ao tentar investir-se na posse do imóvel, tomou ciência de que, em razão de um contrato de locação firmado com o então devedor-fiduciante, o bem estava sendo ocupado por um terceiro.

Diante dessas circunstâncias, correta a conclusão do acórdão recorrido de manter a sentença de improcedência do pedido do autor porque o ônus do pagamento da taxa de ocupação só pode ser atribuído ao devedor fiduciante, sendo o locatário parte ilegítima para tanto.

Cabe anotar que a cessão da posse do imóvel objeto de alienação fiduciária, por meio da celebração de contrato de locação com terceiros, é uma faculdade assegurada ao devedor fiduciante, pois a lei lhe confere, "enquanto adimplente, a livre utilização por sua conta e risco do imóvel objeto da alienação fiduciária" (art. 24, V, da Lei n. 9.514/1997).

No entanto, havendo a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, conforme salienta, Melhim Namen Chalhub, "nos casos em que o

credor fiduciário concordar, por escrito, em que o devedor fiduciante dê em locação o imóvel alienado fiduciariamente, antes ou depois de contratada a alienação fiduciária, deve respeitar a locação nos termos, prazo e nas condições do contrato" (Chalhub, Melhim Namen, Alienação fiduciária. Negócio Fiduciário. 7ª Edição, Forense, 2021).

Dessa forma, havendo anuência do credor fiduciário, a locação deve ser respeitada, passando o credor a figurar na relação locatícia como sucessor do locador, e os valores que o credor poderá cobrar do ocupante do imóvel, após a consolidação da propriedade são aqueles decorrentes do contrato de locação.

Por outro lado, não havendo essa anuência, inexiste qualquer vínculo entre o locatário e o credor fiduciário, que poderá, apenas, denunciar a locação, nos termos do disposto nos arts. 27, § 7º, da Lei 9.514/1997, *in verbis*:

> Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.
>
> (...)
>
> § 7º. Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei n. 10.931, de 2004).

Por fim, cumpre anotar que o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio, mediante o exame das circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados.

No caso concreto, o paradigma colacionado pelo recorrente trata de situação em que se discutiu a possibilidade de a taxa de ocupação ser arbitrada em favor do credor fiduciário na hipótese de a propriedade se resolver a seu bem, diante da frustração das tentativas de venda extrajudicial. O acórdão recorrido, por sua vez, tratou da legitimidade do locatário, terceiro estranho ao contrato de alienação fiduciária, para responder pelo pagamento da taxa de ocupação prevista no art. 37-A da Lei n. 9.514/1997. Falta, portanto, a necessária similitude fática entre os casos confrontados.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.