



Súmula n. 530

SÚMULA N. 530

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Referências:

CC/2002, arts. 112, 122, 170, 406 e 591.

CPC, art. 543-C.

Precedentes:

(*)REsp	1.112.879-PR	(2ª S, 12.05.2010 – DJe 19.05.2010)
(*)REsp	1.112.880-PR	(2ª S, 12.05.2010 – DJe 19.05.2010) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	964.923-SC	(3ª T, 19.05.2011 – DJe 1º.08.2011)
AgRg no REsp	1.349.376-PR	(3ª T, 18.12.2012 – DJe 04.02.2013)
AgRg no REsp	1.284.863-SC	(3ª T, 08.10.2013 – DJe 14.10.2013)
AgRg no AREsp	393.119-MS	(3ª T, 08.04.2014 – DJe 15.04.2014)
AgRg no REsp	1.342.807-SP	(3ª T, 27.05.2014 – DJe 03.06.2014)
AgRg no Ag	1.417.040-RS	(4ª T, 18.10.2011 – DJe 26.10.2011)
AgRg no AREsp	140.298-MS	(4ª T, 07.08.2012 – DJe 15.08.2012)
AgRg no AREsp	360.562-RS	(4ª T, 22.10.2013 – DJe 30.10.2013)
AgRg no REsp	1.246.796-SC	(4ª T, 18.11.2014 – DJe 26.11.2014)

(*) Recursos repetitivos.

Segunda Seção, em 13.5.2015

DJe 18.5.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.112.880-PR (2009/0015834-3)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A

Advogados: Jose Augusto Araujo de Noronha e outro(s)

Luciano Correa Gomes e outro(s)

Recorrido: Construtora Porto Figueira Ltda

Advogado: Marcos Antônio de Oliveira Leandro e outro(s)

EMENTA

BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS

1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

- Invertido, pelo Tribunal, o ônus da prova quanto à regular cobrança da taxa de juros e consignada, no acórdão recorrido, a sua abusividade, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.

- Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP n. 1.963-17/00 (reeditada sob o n. 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
Ônus sucumbenciais redistribuídos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, consolidou-se o entendimento de que:

1) Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, deve ser consignado no respectivo instrumento o montante dos juros remuneratórios praticados. Ausente a fixação da taxa no contrato, deve o juiz limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo BACEN, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente. 2) Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina, Paulo Furtado, Honildo Amaral de Mello Castro e Aldir Passarinho Junior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Presidente

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 19.5.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Trata-se de recurso especial interposto por Unibanco – União Brasileira de Bancos S.A., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/PR.

Ação: de revisão de contrato de cheque especial c/c repetição de indébito, ajuizada pela Construtora Porto Figueira Ltda., em face do Unibanco. Alegou que, no contrato firmado entre as partes, “nunca houve a pactuação de qualquer taxa de juros ou encargos financeiros”, mas apenas “cláusulas contratuais que permitem ao Réu alterar unilateralmente as taxas de juros” (fls. 03). Aduziu que, nos termos do art. 4º do Decreto 22.626/33, é vedada a prática do anatocismo e que os valores indevidamente pagos devem ser restituídos, de acordo com o art. 42, parágrafo único, do CDC.

Ao final, requereu que fosse: (i) estipulada a aplicação de juros remuneratórios de 12% (doze por cento) ao ano; (ii) excluída a capitalização dos juros em qualquer periodicidade; e (iii) devolvida, em dobro, a quantia indevidamente paga.

Sentença: julgou procedentes os pedidos formulados na inicial. Considerou que são “nulas e, portanto, ilegais, as cláusulas que estabelecem a incerteza não só quanto à taxa de juros incidentes, como também quanto ao sistema da cobrança” (fls. 372), razão pela qual reduziu os juros remuneratórios para 12% ao ano. Determinou a devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados, bem como a exclusão da capitalização dos juros.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pelo recorrente, apenas para determinar que a restituição dos valores indevidamente cobrados se dê de forma simples. Confira-se a ementa:

“Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. Porte de remessa - Recolhimento posterior à interposição do recurso e pagamento do preparo - Mera insuficiência (CPC, art. 511, § 2º) - Possibilidade de intimação do apelante para suprir nulidade sanável (CPC, art. 515, § 4º) - Prosseguimento no julgamento da apelação. Nulidade de citação - Inocorrência - Pessoa jurídica - Teoria da aparência. Taxa de juros e capitalização - Apelante que não junta aos autos cópia do contrato e desiste da produção de prova pericial - Ausência de prova de que não praticou juros abusivos e nem capitalizou - Aplicação da regra do ônus da prova (CPC, art. 333, inc. II). Comissão de permanência - Taxa média de mercado - Incidência exclusiva para os períodos de inadimplemento. Cobranças indevidas - Restituição em dobro (CDC, art. 42, parágrafo único) - Relação de consumo não configurada - Não cabimento - Repetição dos juros no mesmo percentual pago. Recurso parcialmente provido.

I - Ao apelante não é dado inovar no juízo da apelação, não lhe sendo dado pedir o que não pedira em primeiro grau. “No procedimento superior, não se pode deduzir outra coisa nem mais” (Chiovenda).

II - A comissão de permanência deve ser fixada pela taxa média de mercado, respeitado o limite de juros pactuado” (fls. 440).

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente e pela recorrida, foram rejeitados (fls. 506/509).

Recurso Especial: interpostos pelo Unibanco, alega-se violação:

I – do art. 4º, VI e IX, da Lei 4.595/64 e dissídio jurisprudencial, pois os juros remuneratórios devem ser limitados à taxa média de mercado, quando não há prova da taxa de juros remuneratórios pactuada;

II – do art. 5º da MP 2.170-36/01 e dissídio jurisprudencial, porque é possível a capitalização de juros desde que pactuada.

Juízo Prévio de Admissibilidade: apresentadas as contrarrazões ao recurso especial às fls. 603/611, foi este admitido na origem (fls. 629/630).

Despacho de afetação (fls. 636/367): considerando a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito e o disposto no art. 2º, § 1º, da Resolução 08/STJ, afetei à 2ª Seção o julgamento do presente recurso especial e do REsp 1.112.879/PR, para os efeitos do art. 543-C do CPC.

Determinei a expedição de ofícios ao Presidente do STJ, aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com cópia do acórdão recorrido e da petição de interposição do recurso especial, comunicando a instauração do aludido procedimento, para que suspendam o processamento dos recursos especiais que versem sobre a legalidade da cobrança de juros remuneratórios devidos em contratos bancários, desde que não haja prova da taxa pactuada ou a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado.

Manifestaram-se, nos termos do art. 3º, I, da Resolução 8/2008 do STJ, a Defensoria Pública da União (fls. 655/662), o Bacen (fls. 664/676) e a Febraban (fls. 678/696). O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC -, entretanto, não se manifestou, apesar de ter sido notificado (fls. 742).

Parecer do Ministério Público Federal: por fim, o Ministério Público Federal opinou às fls. 737/741 - em parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Dr. Pedro Henrique Távora Niess - pela parcial procedência do especial, para limitar aos juros remuneratórios à taxa média de mercado e não em 12% (doze por cento) ao ano.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora):

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

A natureza do procedimento do art. 543-C do CPC visa unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos.

No despacho que instaurou o incidente do processo repetitivo, determinei que fosse suspenso o processamento dos recursos especiais que “*versem sobre a legalidade da cobrança de juros remuneratórios devidos em contratos bancários, desde que (i) não haja prova da taxa pactuada ou (ii) a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado*” (fls. 636).

Quanto à possibilidade de capitalização mensal dos juros trazida no especial, esse tema será apreciado apenas no exame do recurso representativo, em face da afetação dos REspS 1.046.768/RS, 973.827/RS, 1.003.530/RS, para os efeitos do art. 543-C do CPC.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

JUROS REMUNERATÓRIOS

No julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.061.530/RS, de minha relatoria, 2ª Seção, DJe de 10/03/2009, adotaram-se as seguintes orientações quanto aos juros remuneratórios:

a) as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) é admitida, em relações de consumo, a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto.

Todavia, no referido julgamento, não foi abordada a legalidade da cobrança de juros remuneratórios devidos em contratos bancários, quando não há prova

da taxa pactuada ou a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado. Dessarte, passa-se a analisar essa questão, nos termos do art. 543-C do CPC.

JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A
MULTIPLICIDADE - ART. 543-C, § 7º, DO CPC

TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS

A 2ª Seção desta Corte pacificou o entendimento de que é nula a cláusula contratual que prevê a incidência de juros remuneratórios, sem precisar a respectiva taxa, visto que fica ao exclusivo arbítrio da instituição financeira o preenchimento de seu conteúdo. A fixação dos juros, porém, não fica adstrita ao limite de 12% ao ano, mas deve ser feita segundo à taxa média de mercado nas operações da espécie.

A maioria dos Ministros que compõem esta 2ª Seção já teve a oportunidade de apreciar o tema, conforme se verifica dos seguintes julgados:

APLICAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO		
Relator	Julgado	Órgão
Aldir Passarinho Junior	AgRg no REsp 1.068.221/PR – DJe 24/11/2008	4ª Turma
João Otávio de Noronha	AgRg no REsp 1.003.938/RS – DJe 18/12/2008	4ª Turma
Luis Felipe Salomão	AgRg no REsp 1.071.291/PR – DJe 23/03/2009	4ª Turma
Massami Uyeda	REsp 1.039.878/RS – DJe 20/06/2008	3ª Turma
Nancy Andrichi	AgRg no REsp 1.050.605/RS – DJe 05/08/2008	3ª Turma
Paulo Furtado	AgRg no Ag 761.303/PR – DJe 04/08/2009	3ª Turma
Sidnei Beneti	AgRg no REsp 1015238/RS – DJe 07/05/2008	3ª Turma
Vasco Della Giustina	EDcl no Ag 841.712/PR – DJe 28/08/2009	3ª Turma
Fernando Gonçalves	AgRg no REsp 1.043.101/RS – DJe 17/11/2008	4ª Turma

Traçando o histórico dos julgamentos promovidos pelo STJ sobre a matéria, nota-se que o precedente uniformizador da jurisprudência é o REsp 715.894/PR, de minha relatoria, 2ª Seção, DJ de 19/03/2007, assim ementado:

"Direito bancário. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Juros remuneratórios. Previsão em contrato sem a fixação do respectivo montante. Abusividade, uma vez que o preenchimento do conteúdo da cláusula é deixado ao arbítrio da instituição financeira (cláusula potestativa pura). Limitação dos juros à média de mercado (arts. 112 e 113 do CC/02). Art. 6º da LICC. Questão constitucional. Honorários advocatícios. Ação condenatória. Estabelecimento em valor fixo. Impossibilidade. Necessidade de observância da regra do art. 20, § 3º, do CPC.

- As instituições financeiras não se sujeitam ao limite de 12% para a cobrança de juros remuneratórios, na esteira da jurisprudência consolidada do STJ.

- Na hipótese de o contrato prever a incidência de juros remuneratórios, porém sem lhe precisar o montante, está correta a decisão que considera nula tal cláusula porque fica ao exclusivo arbítrio da instituição financeira o preenchimento de seu conteúdo. A fixação dos juros, porém, não deve ficar adstrita ao limite de 12% ao ano, mas deve ser feita segundo a média de mercado nas operações da espécie. Preenchimento do conteúdo da cláusula de acordo com os usos e costumes, e com o princípio da boa fé (arts. 112 e 133 do CC/02).

- A norma do art. 6º da LICC foi alçada a patamar constitucional, de modo que sua violação não pode ser discutida em sede de recurso especial. Precedentes.

- Tratando-se de ação condenatória, os honorários advocatícios têm de ser fixados conforme os parâmetros estabelecidos no art. 20, § 3º do CPC. Merece reforma, portanto, a decisão que os estabelece em valor fixo. Precedentes.

Recursos especiais da autora e do réu conhecidos e parcialmente providos."

Nesse precedente, declarou-se a nulidade da cláusula inserida em contrato de abertura de crédito em conta corrente que previa a incidência de juros remuneratórios sem definir a respectiva taxa, determinando-se a aplicação da taxa média de mercado em operações da espécie.

- Da fixação da taxa de juros remuneratórios.

A nulidade da cláusula em comento evidencia-se seja por abusividade (art. 51, X, do CDC) seja por ser potestativa (art. 122, do CC/02; 115 do CC/16). Assim, têm-se apenas duas possibilidades: (i) a primeira, é a de simplesmente extirpar a disposição do contrato, considerando não pactuados os juros remuneratórios (arts. 168, parágrafo único e 169, do CC/02); (ii) a segunda, seria a de estipular a taxa de juros a ser cobrada, segundo a intenção das partes, para ajustar a disposição nula, nos termos do art. 170 do CC/02.

A primeira hipótese, de se considerar não pactuados os juros, não deve prosperar, porque, mesmo quando não são previstos no contrato, a incidência dos juros se presume nos empréstimos destinados a fins econômicos, nos termos do art. 591 do CC/02, aplicável aos contratos firmados no período anterior à sua vigência, no que diz respeito à regência dos respectivos efeitos, de acordo com o art. 2.035 do CC/02 (REsp n. 691.738/SC). Conforme sustentei, juntamente com o Ministro Sidnei Beneti e a Desembargadora Vera Andrichi, ao analisar o art. 591 do CC/02 “*nos mútuos contratados com fins econômicos, o mutuário recebe o empréstimo, sob o compromisso de restituí-lo, juntamente com uma remuneração ao mutuante, chamada de juros, prevalecendo tal regra mesmo naquelas hipóteses em que as partes silenciaram sobre a retribuição ao empréstimo*”. Vale dizer que “*as partes que queiram contratar gratuitamente mútuo com fins econômicos só poderão fazê-lo se, por cláusula expressa, excluírem a incidência de juros*”. (**Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp 156-157).

Assim, o caminho é o da segunda hipótese, ou seja, deve-se preencher a omissão do contrato, em relação aos juros que deixaram de ser previstos na disposição reputada lacunosa. A partir daí, surgem dois desdobramentos possíveis: a) perquirir se há previsão legal para o limite de juros, na espécie, ou b) caso não haja esse limite legal, deve-se proceder à integração do contrato, de acordo com a vontade presumida das partes.

Nos termos da jurisprudência do STJ, não há previsão legal que limite os juros remuneratórios para as operações realizadas por instituições financeiras. Nesse sentido, entre outros, é o Recurso Especial Repetitivo n. 1.061.530/RS, de minha relatoria, 2ª Seção, DJe de 10/03/2009.

Assim, ante a ausência de dispositivo legal indicativo dos juros aplicáveis, torna-se necessário interpretar os negócios jurídicos, tendo em vista a *intenção* das partes ao firmá-los, de acordo com o art. 112 do CC/02. Essa intenção, nos termos do art. 113, deve ter em conta a *boa-fé, os usos e os costumes do local da celebração do contrato*.

A jurisprudência do STJ tem utilizado para esse fim a taxa média de mercado. Essa taxa é adequada, porque é medida segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa o ponto de equilíbrio nas forças do mercado. Além disso, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um *spread* médio.

A adoção da taxa média de mercado ganhou força quando o Banco Central do Brasil passou, em outubro de 1999, a divulgar as taxas médias,

ponderadas segundo o volume de crédito concedido, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (conf. Circular n. 2.957, de 30.12.1999).

As informações divulgadas por aquela autarquia, as quais são acessíveis a qualquer pessoa por meio da Internet (conforme <http://www.bcb.gov.br/?ecoimpom>; ou <http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>, acesso em 07.04.2010), são agrupadas de acordo com o tipo de encargo (prefixado, pós-fixado, taxas flutuantes e índices de preços), com a categoria do tomador (pessoas físicas e jurídicas) e com a modalidade de empréstimo realizada (*hot money*, desconto de duplicatas, desconto de notas promissórias, capital de giro, conta garantida, financiamento imobiliário, aquisição de bens, 'vendedor', cheque especial, crédito pessoal, entre outros).

Dessarte, nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, deve ser consignado no respectivo instrumento o montante dos juros remuneratórios praticados. Ausente a fixação da taxa no contrato, deve o juiz limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen. Esses são os usos e costumes, e é essa a solução que recomenda a boa-fé.

Ressalta-se que a taxa média somente não deverá prevalecer nas hipóteses em que o efetivo índice praticado pelo banco se mostrar inferior a ela e, portanto, mais vantajoso para o cliente.

É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Dessa forma, nas hipóteses em que não houver a divulgação pelo Bacen da taxa média relativa a um contrato específico, nada impede o juiz de acolher, com base em regras de experiência, a média adotada pelo mercado em contratos similares.

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Dessa forma, no que diz respeito aos juros remuneratórios, a 2ª Seção do STJ consolida o entendimento de que:

a) nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, deve ser consignado no respectivo instrumento o montante dos juros remuneratórios praticados. Ausente a fixação da taxa no contrato, deve o juiz limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

b) em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.

JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

I – Dos juros remuneratórios (violação do art. 4º, VI e IX, da Lei 4.595/64, e dissídio jurisprudencial).

Na hipótese dos autos, trata-se de ação de revisão de cláusula contratual, decorrente de contrato de cheque especial, que previu a incidência de juros remuneratórios, sem precisar a respectiva taxa, na qual requer a declaração de nulidade de tal cláusula.

O acórdão recorrido concluiu, mediante análise do substrato fático-probatório do processo, que o banco “*não logrou demonstrar que o contrato continha estipulação da taxa de juros e que esta não era abusiva*” (fls. 460), consignando que ele “*não se preocupou em provar suas alegações, pois deixou de juntar o contrato requerido (f. 292) e desistiu da produção da prova pericial que havia requerido (f. 305)*” (fls. 449v). Por isso, o TJ/PR limitou os juros remuneratórios em 12% ao ano, entendendo ser essa a taxa legal.

A partir daí, extraem-se duas consequências: a) impôs-se ao banco o ônus de produção de provas; b) considerou-se não demonstrada a regularidade quanto ao montante dos juros cobrados.

A ausência de juntada do contrato, pela instituição financeira, não obstante tenha sido a ela imputado o respectivo ônus, tornou impossível a comprovação dos juros remuneratórios praticados.

Nessa hipótese, o reconhecimento da abusividade na cobrança dos juros conduz à aplicação da taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen.

II – Da capitalização dos juros (violação do art. 5º da MP 2.170-36/01, e dissídio jurisprudencial).

Nos termos da iterativa jurisprudência do STJ, é admitida a capitalização de juros, inclusive em periodicidade inferior à anual, nos contratos de mútuo bancário, desde que esteja pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000. Nesse sentido: REsp 602.068/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Seção, DJ 21/03/2005; e AgRg no Ag 882.861/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJ 11/02/2008.

A esse respeito, o acórdão recorrido assentou que houve capitalização de juros e que o recorrente não juntou aos autos o contrato firmado entre as partes (fls. 449). Dessa forma, não demonstrada a expressa pactuação da capitalização dos juros, é de afastar a sua incidência.

Ademais, a alegação do recorrente, de que não houve capitalização de juros, não merece prosperar, pois alterar o decidido no acórdão impugnado exige o reexame de fatos e provas, procedimento vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do Recurso Especial e, nessa parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para determinar a incidência da taxa média de mercado aos juros remuneratórios.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados esses no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), que serão reciprocamente distribuídos e suportados na proporção de 50% pelo recorrente e de 50% pela recorrida, e devidamente compensados, conforme a Súmula 306/STJ.

É o voto.



Súmula n. 531

SÚMULA N. 531

Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cédula.

Referência:

CPC, arts. 543-C, 1.102a, 1.102b e 1.102c.

Precedentes:

**(*)REsp 1.094.571-SP (2ª S, 04.02.2013 – DJe 14.02.2013) –
acórdão publicado na íntegra**

**(*)REsp 1.101.412-SP (2ª S, 11.12.2013 – DJe 03.02.2014)
acórdão publicado na íntegra na Súmula 503**

AgRg nos
EAREsp 223.963-PR (2ª S, 26.02.2014 – DJe 28.02.2014)

AgRg no REsp 1.265.979-AL (3ª T, 06.10.2011 – DJe 19.10.2011)

AgRg nos
EDcl no REsp 1.158.386-DF (3ª T, 11.09.2012 – DJe 17.09.2012)

AgRg no AREsp 218.286-RJ (3ª T, 20.09.2012 – DJe 05.10.2012)

AgRg no REsp 1.250.792-SC (3ª T, 05.06.2014 – DJe 24.06.2014)

AgRg nos
EDcl no AREsp 501.131-SC (3ª T, 07.08.2014 – DJe 15.08.2014)

AgRg no AREsp 441.553-SP (3ª T, 20.11.2014 – DJe 28.11.2014)

AgRg no Ag 1.315.759-GO (4ª T, 17.05.2011 – DJe 23.05.2011)

REsp 926.312-SP (4ª T, 20.09.2011 – DJe 17.10.2011)

EDcl no REsp 1.007.821-MA (4ª T, 13.12.2011 – DJe 19.12.2011)

AgRg no Ag 1.143.036-RS (4ª T, 24.04.2012 – DJe 31.05.2012)

REsp 1.199.001-RS (4ª T, 02.05.2013 – DJe 20.05.2013)

AgRg nos
EDcl no AREsp 327.722-MT (4ª T, 27.08.2013 – DJe 03.09.2013)

(*) Recursos repetitivos.

Segunda Seção, em 13.5.2015

DJe 18.5.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.094.571-SP (2008/0215442-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: J C Ferrari e Companhia Ltda

Advogado: Paulo Roberto Brunetti e outro(s)

Recorrido: Oswaldo Murari Filho

Advogado: Palma Regina Murari e outro(s)

Interes.: ANFAC - Associação Nacional das Sociedades de Fomento
Mercantil - Factoring - “Amicus Curiae”

Advogado: José Luís Dias da Silva e outro(s)

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP - “Amicus Curiae”

Advogado: Eduardo Talamini e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM CHEQUE PRESCRITO. DISPENSA DA MENÇÃO À ORIGEM DA DÍVIDA.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.

2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial para anular as decisões de primeira e segunda instâncias para que o feito tenha regular prosseguimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: “Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”. Os Srs.

Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 14.2.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. J. C. Ferrari & CIA Ltda ajuizou em face de Oswaldo Murari Filho, em 11 de outubro de 2002, ação monitória instruída por cártula de cheque, emitida pelo réu em 22 de dezembro de 2000, no valor de R\$ 486,00 (quatrocentos e oitenta e seis reais).

O Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto - SP, por entender ser “o ônus da prova positiva do direito do requerente-embargado” e que a inicial ressenete de elemento demonstrador da *causa debendi* originária do débito expresso na cártula, indeferiu a inicial, extinguindo o feito monitório, “por falta de interesse de agir e ausência de pressuposto válido e regular, ante ausência de declaração e propósito, que deveriam ter sido manifestados já com a inicial (para possibilitar ampla defesa e abertura de dilação probatória) de demonstração da “*causa debendi*” que originara o débito apontado, indispensável à propositura da demanda, prejudicados os embargos, juridicamente desnecessários”.

Interpôs a autora apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

MONITÓRIA. CHEQUE. OMISSÃO QUANTO À ORIGEM DO DÉBITO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES. AÇÃO MONITÓRIA VIA INADEQUADA. ADMISSIBILIDADE DO DECISÓRIO SINGULAR. IMPRESCINDÍVEL A ANÁLISE DA ORIGEM DO DÉBITO SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. RECURSO IMPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Interpôs a autora recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, sustentando divergência

jurisprudencial, omissão, contradição, obscuridade e violação aos artigos 535 e 1.102a do Código de Processo Civil.

Afirma que o acórdão recorrido violou o artigo 1.102a do CPC e, contrariando a orientação da Súmula 229/STJ, assentou ser necessária a comprovação da causa subjacente à emissão da cártula de cheque para admissibilidade da ação monitória.

Em contrarrazões, afirma o recorrido que: a) não se pode admitir o manejo de ação monitória para se reconhecer executividade de título prescrito; b) há necessidade de demonstração, pelo autor, da causa da dívida; c) o cheque prescrito que instrui a inicial não tem o condão de explicitar o crédito que o autor afirma ter; d) em momento algum reconheceu haver relação negocial entre as partes; e) o recorrente pretende o reexame de provas.

Admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos à Corte Superior e, verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia, submeti o feito à apreciação da Egrégia Segunda Seção, na forma do que preceitua o artigo 543-C do CPC, determinando a ciência - facultando-se-lhes manifestação no prazo de quinze dias (art. 3º, I, da Resolução n. 08/2008) -, à Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, à Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - ANFAC e ao Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

A Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - ANFAC, como *amicus curiae*, opina, com base em parecer de José Roberto dos Santos Bedaque, pelo reconhecimento do “cheque não dotado de executividade como prova escrita apta a fundamentar pedido de tutela monitória” (fls. 225-252 e-STJ).

O Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, como *amicus curiae* propõe as seguintes soluções, no que tange à admissibilidade de ação instruída por cheque: a) “no prazo de seis meses contados da apresentação, o cheque tem eficácia de título executivo - cabendo ação de execução fundada em título extrajudicial”; b) “no prazo subsequente, de dois anos contados da prescrição da força executiva, o cheque mantém-se com atributos cambiários (notadamente a característica da abstração)”, não servindo para aparelhar execução, todavia prescindido para sua cobrança em Juízo, tanto por ação comum de conhecimento quanto de ação monitória, da descrição da origem da dívida; c) exaurido o prazo previsto no artigo 61 da Lei do Cheque, cabe ao autor narrar na petição inicial, como causa de pedir, os fatos que levaram à constituição e

exigibilidade do crédito pretendido, servindo o cheque como prova dessa versão fática apresentada.

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 270-273, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que viesse a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Note-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. FATO NOVO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. “Tendo o Acórdão recorrido decidido as questões debatidas no recurso especial, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte” (AgRg no REsp 1.039.457/RS, 3ª Turma, Min. Sindeci Beneti, DJe de 23/09/2008).

2. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver qualquer fato novo a ensejar a modificação do julgado. Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1.047.725/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008)

3. A primeira questão controvertida consiste em saber se o cheque, à luz do artigo 1.102a do Código de Processo Civil, mesmo prescrito, é prova hábil a instruir ação monitória.

O acórdão recorrido dispôs:

Trata-se de ação monitória onde os seus títulos embaixadores, pela ocorrência da prescrição, perdem os princípios cambiariformes não passando, portanto, de provas documentais ordinárias.

Em assim sendo, a origem do suposto débito é imprescindível de análise junto aos documentos eventualmente apresentados com a única finalidade de evitar o locupletamento ilícito de qualquer das partes.

O instituto monitório foi criado com a finalidade de disponibilizar um procedimento mais célere que viabilizasse aos credores, detentores de documentos sem natureza executiva, a obtenção do reconhecimento judicial de sua exeqüibilidade.

Entretanto, não se pode desvirtuar a finalidade originária de sua criação que não foi outra senão a de evitar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.

Desta forma, imprescindível se faz o esclarecimento da origem do débito reclamado uma vez que, não possuindo os documentos força executiva, deve somente o legítimo credor exigir o adimplemento contratual originado entre as partes.

Admitir que o mero portador de documentos sem eficácia executiva possa vir a obtê-la pela via monitória seria desnaturar o instituto permitindo e legitimando o enriquecimento ilícito.

Inadequada, portanto, a via processual eleita para a lide em tela nada impedindo, no entanto, eventual ajuizamento de ação de conhecimento para eventual apuração de relação jurídica entre as partes.

Não se pode deslembrar que a omissão da relação jurídica embaixadora do débito cobrado afronta cabalmente o direito à ampla defesa uma vez que não proporciona ao demandado a exatidão do objeto da lide ajuizada. (fl. 112)

3.1. A denominada “Reforma do Código de Processo Civil”, por meio da edição de sucessivas leis processuais introduziu significativas alterações no sistema processual brasileiro, inclusive o procedimento monitório, com o intuito de promover a celeridade processual.

No Brasil, adotou-se o procedimento monitório documental, que ao contrário do puro, necessita de prova documental a demonstrar o fato constitutivo do direito do autor.

Nesse diapasão, a Lei 9.079/95 introduziu no Código de Processo Civil (artigos 1102-A, 1.102-B e 1.102-C do CPC) o procedimento monitório-há muito empregado por países europeus -, de possível utilização por aquele portador de “prova escrita” que pretenda soma em dinheiro, coisa fungível ou

determinado bem móvel propiciando a célere formação do título executivo, com base em documento(s) que permita(m) exsurgir um juízo de probabilidade acerca do alegado crédito do autor.

Com efeito, a prova hábil a instruir a ação monitória, isto é, apta a ensejar a determinação, em cognição sumária, da expedição do mandado monitório, a que alude o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil, precisa ter forma escrita e ser suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado.

De fato, para admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor.

Esta é a lição da doutrina:

A pretensão à constituição de título judicial, deduzida no monitório, há de se fundar em prova pré-constituída. Não se cuida de um documento único, nem sequer de documento emanado do próprio devedor, mas de conjunto, formado pela prova documental produzida com a inicial, que permita ao juiz forma um juízo positivo liminar quanto à existência do crédito. Desse modo, admitem-se documentos forjados pelo próprio credor. Essa afirmativa deve ser entendida nos devidos termos. Logo acode à mente o documento em que o próprio credor declara que alguém se obrigou a pagar-lhe certa quantia. É claro que esse hipotético documento é inidôneo.

Mas há outros documentos que preenchem o requisito, apesar da sua origem.

[...]

Percebeu o alcance da exigência, no essencial, o seguinte julgado do STJ: “Uma das características marcantes da ação monitória é o baixo formalismo predominante na aceitação dos mais pitorescos meios documentais, inclusive daqueles que seriam naturalmente descartados em outros procedimentos. O que interessa, na monitória, é a possibilidade de formação da convicção do julgador a respeito de um crédito, e não a adequação formal da prova apresentada a um modelo pré-definido, modelo este muitas vezes adotado mais pela tradição judiciária do que por exigência legal.” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 1.560 e 1.561)

5. *Prova documental*: A petição inicial deverá vir instruída com a prova documental, podendo o autor apresentar dois ou mais documentos escritos, se a insuficiência de um puder ser suprida por outro; ou até mesmo se valer de

documento proveniente de terceiro, desde que este e aqueles tenham aptidão para demonstrar a existência de uma relação jurídica material que envolva autor e réu e, ainda, para atestar a exigibilidade e a liquidez da prestação. Por outras palavras, deve ser considerado documento hábil, a respaldar a pretensão à tutela monitória, aquele produzido de forma escrita e dotado de aptidão e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor, como influiria se tivesse sido utilizado no processo de cognição plena. (MARCATO, Antonio Carlos (Org.). Código de Processo Civil Interpretado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 2.645)

3.2. Em sequência, é imperiosa a análise específica acerca da “prova escrita” apresentada pelo autor da presente ação de procedimento monitório, consubstanciada em cártula de cheque prescrito.

O cheque, ordem de pagamento à vista, tem por função extinguir a obrigação causal que ensejou sua emissão, sendo, em regra, *pro solvendo*, de modo que, salvo pactuação em contrário, só extingue a dívida, isto é, a obrigação que o título visa satisfazer consubstanciada em pagamento de importância em dinheiro, com o seu efetivo pagamento.

Dessarte, a menos que exista pactuação expressa prevendo que a cártula terá efeito *pro soluto*, a regra é que o cheque não opera novação, subsistindo a obrigação concernente ao débito que decorre do negócio jurídico subjacente.

Esta é a lição da abalizada doutrina:

O cheque é uma ordem de pagamento à vista, sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos depositados pelo sacador em mãos do sacado ou decorrente de contrato de abertura de crédito entre ambos. O elemento essencial do conceito de cheque é a sua natureza de ordem à vista, que não pode ser descaracterizada por acordo entre as partes.

[...]

O pagamento feito por cheque tem efeito *pro solvendo*, ou seja, até a sua liquidação, não se extingue a obrigação a que se refere. Desta forma, o pagamento de aluguel por cheque sem fundos não impossibilita a retomada do bem locado, ainda que eventual quitação fornecida pelo locador não faça menção ao cheque.

[...]

As partes, no entanto, podem pactuar que o pagamento de determinada obrigação por cheque tenha efeito *pro soluto*, hipótese em que restará ao credor da obrigação apenas um direito cambial no caso de o cheque não ser liquidado por insuficiência de fundos. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, ps. 308 e 318)

No caso, o demandado, ora recorrido, consta como emitente do cheque “à ordem” nominal à autora, estampando a importância de R\$ 486,00 (quatrocentos e oitenta e seis reais), em consonância com a quantia requerida na inicial.

Nesse passo, é bem verdade que a Súmula 299/STJ (“É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”) pacificou a matéria. Anota Araken de Assis que, antes mesmo da edição do enunciado sumular, essa já era a posição da doutrina especializada majoritária:

A prescrição da pretensão cambiária e executiva do cheque não impede o emprego da ação monitória. Essa controvertida questão recebeu solução favorável, no âmbito da doutrina especializada, posteriormente transformada no verbete n. 299, do STJ, *in verbis*: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”.

[...]

No sentido da doutrina majoritária, *vide* Francisco Fernandes de Araújo, *Ação Monitória*, p. 45; Flávia Machado da Silva, *Análise sistemática da ação monitória no direito brasileiro*, p. 36; Antônio Raphael Silva Salvador, *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*, p. 21; Elaine Harzheim Macedo, *Do procedimento monitório*, n. 7.3, p. 135; Eduardo talamini, *Tutela monitória*, p. 262-269; José Rodrigues de Carvalho Netto, *Da ação monitória*, p. 71; José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitória*, p. 61; Celso Anicet Lisboa, *A utilidade da ação monitória*, p. 46; Antonio Carlos Marcato, *O processo monitório brasileiro*, n. 13.2.2, p. 65; Ernane Fidélis dos Santos, *Ação monitória*, n. 30, p. 69. (ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191)

3.3. Apenas a título de registro, cabe esclarecer que mesmo o cheque endossado - meio cambiário próprio para transferência dos direitos do título de crédito, que se desvincula da sua causa, conferindo ao endossatário as sensíveis vantagens advindas dos princípios inerentes aos títulos de crédito, notadamente o da autonomia das obrigações cambiais -, confere, em benefício do endossatário, ainda em caso de endosso póstumo, nos termos do artigo 27 da Lei do Cheque, os efeitos de cessão de crédito:

O título de crédito nasce para circular e não para ficar restrito à relação entre o devedor principal e seu credor originário. Daí a preocupação do legislador em proteger o terceiro adquirente de boa-fé para facilitar a circulação do título.

[...]

O endosso é meio cambiário próprio para operar a transferência dos direitos decorrentes dos títulos de crédito, sendo a transmissão da letra de câmbio e da nota promissória regada pelos arts. 11 a 20 do Decreto n. 57.663, de 24.1.66, que

não foram objeto de reserva. A Lei n. 7.357, de 2.9.85 disciplina a transmissão do cheque nos arts. 17 a 28.

[...]

Não se esqueça que o endosso não é o único meio que viabiliza a transferência do título de crédito porque pode ocorrer por outros meios. O endosso corresponde a ato abstrato por que se desvincula da sua causa...

[...]

O art. 914 do CCB de 2002 estabelece que [...]. Todavia, tal dispositivo não se aplica aos títulos de crédito regrados por lei especial que disponha em sentido contrário (art. 903).

[...]

3. *Forma de endosso.* A transferência do título de crédito após o protesto ou o decurso do prazo legal reveste-se da *forma de endosso* porque apenas seus efeitos de cessão. Quando a legislação cambiária quer adotar a forma de cessão para a transmissão do título, ela o determina expressamente, como no caso da cláusula não à ordem (LUG, art. 11, al. 2ª, e LC, art. 17, § 1º). Assim, existindo cláusula não à ordem, o título só é transmissível pela forma e com os efeitos de cessão (vide item VI supra), enquanto o endosso póstumo tem forma de endosso, mas produz efeitos de cessão, ou seja, *corresponde à cessão... Tendo o endosso tardio a forma de endosso, a sua validade em relação ao devedor independe da sua notificação, não se aplicando, portanto, a norma do art. 290 do CCB de 2002.*

O endosso póstumo não descaracteriza o documento como título de crédito... *Observe-se ainda que, embora produza efeitos de cessão, o endosso tardio não desfigura o endossatário como portador legítimo do título, porque o art. 16, al. 1ª, da LUG, e o art. 22 da LC não estabelecem distinção entre endosso tempestivo e endosso tardio. A diferença principal consiste em que o endossatário tempestivo adquire direito autônomo, enquanto o endossatário póstumo adquire direito derivado, mas isto não afeta a sua legitimação como portador do título, porque não deixa de adquirir os direitos dele decorrentes.*

[...]

Disso decorre que os devedores podem opor ao adquirente do título eventual exceção que tenham em relação ao credor originário (CCB de 2002, art. 294... (ROSA JR, Luiz Emygdio Franco. **Títulos de Crédito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, ps. 215- 222, 256, 257 e 258)

Por outro lado, e também apenas como registro, como o aval é instrumento exclusivamente de direito cambiário, conforme iterativa jurisprudência do STJ, prescrita a ação cambiária, embora, em tese, seja possível o ajuizamento de ação causal em face do emitente, não existe pretensão a ensejar ação monitória em face do avalista, com base apenas na cártula:

CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. AVALISTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA A CAUSA.

I. Prescrita a ação cambiária, perde eficácia o aval, não respondendo o garante pela obrigação assumida pelo devedor principal, salvo se comprovado que auferiu benefício com a dívida, circunstância não registrada na espécie.

II. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.022.068/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 02/02/2009)

Ação monitória. Cheque prescrito. Avalista.

Prescrito o cheque, desaparece a relação cambial e, em consequência, o aval. Permanece responsável pelo débito apenas o devedor principal, salvo se demonstrado que o avalista se locupletou.

(REsp 200.492/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 21/08/2000, p. 123)

AÇÃO MONITÓRIA. BORDERÔ DE DESCONTO. AUSÊNCIA DE CAMBIARIEDADE. AVAL. INEXISTÊNCIA FORA DO TÍTULO. COBRANÇA QUE DEVE SER DIRECIONADA EXCLUSIVAMENTE CONTRA O DEVEDOR PRINCIPAL.

[...]

3. *O aval é instrumento exclusivamente de direito cambiário, não subsistindo fora do título de crédito ou cambiariforme ou, ainda, em folha anexa a este (art. 31 da Lei Uniforme). Com efeito, inexistindo a cambiariedade, no caso ora em exame, o aval não pode prevalecer, subsistindo a dívida apenas em relação ao devedor principal.*

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp 707.979/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. RESPONSABILIDADE DO AVALISTA.

I - Na linha dos precedentes desta Corte, prescrito cheque, desaparece a relação cambial e, em consequência o aval. Dessa forma, o avalista só responde pela dívida se provado o seu locupletamento.

II - A mesma orientação deve ser aplicada ao avalista de nota promissória prescrita, mesmo que ele seja também o representante legal da empresa devedora.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 849.102/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 02/09/2009)

4. A par disso, resta ser apreciado se, de fato, a ação monitória ajuizada em face do emitente, tendo por “prova escrita” cheque prescrito, sem descrição na exordial do negócio jurídico subjacente (relação fundamental), tem, por si só, o condão de inviabilizar a ampla defesa do sacador da cártula.

A autorizada doutrina, em lição que guarda estrita sintonia com a lei processual, propugna que, no procedimento monitório, tendo em vista o seu propósito de propiciar a celeridade na formação do título executivo judicial, a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa é feita em cognição sumária, havendo inversão da iniciativa do contraditório, cabendo ao demandado a faculdade de opor embargos, suscitando toda a matéria de defesa, visto que recai sobre ele o ônus probatório. Por todos, confira-se a lição de Humberto Theodoro:

Os principais Códigos europeus, diante dessa particular situação do credor munido de relativa certeza de seu direito, mas privado de título executivo extrajudicial, engendraram uma forma de *summária cognitio*, sem contraditório do devedor, em que à base de prova documental do credor, ou diante de determinadas relações jurídicas materiais, se permite ao juiz “o imediato pronunciamento de uma decisão, suscetível de constituir título executivo judicial”.

Ao lado do processo de execução e do processo de cognição, em sua pureza, existe, portanto, um procedimento intermediário, de larga aplicação prática e de comprovada eficiência para abreviar a solução definitiva de inúmeros litígios: trata-se do procedimento monitório ou de injunção.

[...]

Por ele, consegue o credor, sem título executivo e sem contraditório com o devedor, provocar a abertura da execução forçada, tornando o contraditório apenas uma eventualidade, cuja iniciativa, ao contrário do processo de conhecimento, será do réu, e não do autor.

Assim, de acordo com este instituto, o credor, em determinadas circunstâncias pode pedir ao juiz, ao propor a ação, não a condenação do devedor, mas desde logo a expedição de uma ordem ou mandado para que a dívida seja saldada no prazo estabelecido em lei.

Tem o procedimento monitório “uma estrutura particular em virtude da qual, se aquele contra quem se propõe a pretensão não embarga, o juiz não procede a uma cognição mais que em forma sumária, e, em virtude dela, emite um provimento que serve de título executivo á pretensão e desse modo autoriza, em sua tutela, a execução forçada”.

[...]

Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento

monitório consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório.

[...]

Seu escopo especial “é de alcançar a formação de um título executivo sem que a ação de condenação seja exercitada nos moldes da cognição em contraditório”.

Difere, assim, do procedimento comum de cognição pela “preordenada ausência inicial do contraditório, a qual se tende a favorecer ou preparar a formação da declaração de certeza mediante preclusão”, na lição de Calamandrei.

[...]

No prazo estipulado para o pagamento, o devedor tem a opção entre embargar ou silenciar. Se adota a primeira alternativa, abre-se o contraditório, assumindo o procedimento a forma completa de cognição; caso contrário, por deliberação de plano do juiz, a ordem de pagamento se transforma em mandado executivo, com força de sentença condenatória trânsita em julgado. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, ps. 329-332)

Nesse mesmo diapasão é a iterativa jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL. ÔNUS DA PROVA. DEVEDOR. AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM TÍTULO PRESCRITO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Nos Embargos ajuizados em Ação Monitória, o ônus para desconstituir a prova apresentada pelo autor do pedido é do Embargante.

Precedentes.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1.361.869/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE CHEQUE PRESCRITO POR AÇÃO MONITÓRIA. PROVA DA CAUSA *DEBENDI*. CONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO.

1. Na cobrança de cheque prescrito por ação monitória, o credor não precisa provar a *causa debendi*.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a defesa de prescrição só pode ser conhecida em recurso especial caso atendido o requisito do prequestionamento.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.158.386/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. COMPROVAÇÃO DA CAUSA *DEBENDI*. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

(AgRg no REsp 1.265.979/AL, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Processual Civil. Agravo no agravo de instrumento. Ação monitória. Súmula 83/STJ.

- Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.

- É inviável o recurso especial quando a decisão recorrida se orienta no sentido da jurisprudência assente neste STJ.

Agravo no agravo de instrumento não provido.

(AgRg no Ag 839.108/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 293)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PROPÓSITO NITIDAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE SEM EFICÁCIA EXECUTIVA. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. SÚMULA 299/STJ. IMPUGNAÇÃO. INICIAL. DESCRIÇÃO DE CAUSA *DEBENDI*. DESNECESSIDADE.

1. Súmula n. 299/STJ: "É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito".

2. Segundo o entendimento desta Superior Corte, o autor da ação monitória não está obrigado a indicar na petição inicial a origem da dívida expressa no título de crédito sem eficácia executiva. Nesse caso, o ônus da prova incumbe ao réu. Precedentes.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(EDcl no AgRg no REsp 707.116/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 25/10/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA *DEBENDI*. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE, CONFERIDA AO RÉU, DE DEMONSTRAR A INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA. SÚMULA 7 DO STJ. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA.

1. A teor da jurisprudência do STJ, na ação monitória fundada em cheque prescrito, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.

2. Pela análise dos elementos fático-probatórios coligidos nos autos, o eg. Tribunal de origem entendeu que o réu se desincumbiu de seu ônus de provar a inexistência do débito. Alterar tal conclusão é inviável, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

3. A agravante não atacou os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para considerar a possibilidade de perquirir a origem dos cheques. Aplicação da Súmula 283 do Pretório Excelso: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

4. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a similitude fática entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único do art. 541 do CPC e dos parágrafos do art. 255 do RISTJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.143.036/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 31/05/2012)

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA EMBASADA EM CHEQUE PRESCRITO. VIABILIDADE. MENÇÃO AO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE. DESNECESSIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À MONITÓRIA DISCUTINDO O NEGÓCIO QUE ENSEJOU A EMISSÃO DO CHEQUE. POSSIBILIDADE.

1. O cheque é ordem de pagamento à vista, sendo de 6 (seis) meses o lapso prescricional para a execução após o prazo de apresentação, que é de 30 (trinta) dias a contar da emissão, se da mesma praça, ou de 60 (sessenta) dias, também a contar da emissão, se consta no título como sacado em praça diversa, isto é, em município distinto daquele em que se situa a agência pagadora.

2. Se ocorreu a prescrição para execução do cheque, o artigo 61 da Lei do Cheque prevê, no prazo de 2 (dois) anos a contar da prescrição, a possibilidade de ajuizamento de ação de locupletamento ilícito que, por ostentar natureza cambial, prescinde da descrição do negócio jurídico subjacente. Expirado o prazo para ajuizamento da ação por enriquecimento sem causa, o artigo 62 do mesmo Diploma legal ressalva a possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança fundada na relação causal.

3. No entanto, caso o portador do cheque opte pela ação monitória, como no caso em julgamento, o prazo prescricional será quinquenal, conforme disposto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil e não haverá necessidade de descrição da *causa debendi*.

4. Registre-se que, nesta hipótese, nada impede que o requerido oponha embargos à monitória, discutindo o negócio jurídico subjacente, inclusive a sua eventual prescrição, pois o cheque, em decorrência do lapso temporal, já não mais ostenta os caracteres cambiários inerentes ao título de crédito.

5. Recurso especial provido.

(REsp 926.312/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 17/10/2011)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL. CAUSA *DEBENDI*. INDICAÇÃO NA INICIAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

- Na linha da orientação das Turmas da Segunda Seção, o cheque prescrito é prova suficiente a ensejar o ajuizamento de ação monitória, *pouco importando a origem da dívida*.

(REsp 419.477/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 199)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. EMBARGOS. PROVA DE INEXISTÊNCIA DA CAUSA *DEBENDI* REVISÃO IMPOSSÍVEL NO ÂMBITO DO STJ. SÚMULA N. 7.

I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva.

II. Para a propositura de ações que tais é despicienda a descrição da causa da dívida. Todavia, opostos os embargos, abre-se amplo contraditório. Descaracterizado o crédito mediante o cotejo probatório realização nas instâncias ordinárias, impossível o seu reexame nesta Corte, em razão do óbice do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 471.392/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/12/2002, DJ 02/06/2003, p. 303)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA CONTRÁRIA QUE CABE AO RÉU. REVISÃO FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva.

II. Apresentado pelo autor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito cabe ao réu.

III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 07 do STJ).

IV. Recurso especial conhecido pela divergência e desprovido.

(REsp 285.223/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2001, DJ 05/11/2001, p. 116)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. EMITENTE.

1 - Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que na ação monitoria, instruída com cheque prescrito, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão, cabendo ao réu (emitente) o ônus da prova da inexistência do débito.

2 - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 537.038/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 22/08/2005, p. 281)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

- Na ação monitoria fundada em cheque prescrito, é suficiente a juntada do título, sendo do réu o ônus da prova da inexistência do débito.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 564.892/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 03/10/2005, p. 262)

AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. EMBARGOS AO MANDADO MONITÓRIO. ARGUMENTO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA E DE INÉPCIA DA INICIAL. IMPROCEDÊNCIA DAS PRELIMINARES.

- Para o exercício da ação monitoria, cabe ao autor instruí-la com a prova escrita da dívida sem eficácia de título executivo (art. 1.102a do CPC). Apresentado pelo credor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito incumbe ao réu (REsp n. 285.223-MG). Réu embargante que, no caso, não nega a emissão das cédulas, assim como a própria existência da dívida.

Recurso especial não conhecido

(REsp 440.653/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2002, DJ 17/03/2003, p. 237)

Recurso especial. Ação monitoria. Título de crédito. Cheque. Prescrição.

1. Sendo documento escrito comprobatório do débito, o cheque prescrito dá sustentação à ação monitoria, pouco importando a causa de sua emissão.

2. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(REsp 262.657/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2000, DJ 19/03/2001, p. 106)

Com efeito, de acordo com a jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, o autor da ação monitoria não precisa, na exordial, mencionar ou comprovar a

relação causal que deu origem à emissão do cheque prescrito, todavia nada impede o requerido, em embargos à monitória, discuta a *causa debendi*, cabendo-lhe a iniciativa do contraditório e o ônus da prova - mediante apresentação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Ademais, a questão acerca do aventado prejuízo à ampla defesa, por decorrência da tutela diferenciada introduzida pela ação monitória, já foi dirimida em precedente deste Colegiado, relatado pela Ministra Nancy Andriighi, relativo ao REsp 222.937/SP, assim ementado:

Processual Civil. Recurso Especial. Ação monitória. Reconvencção. Admissibilidade.

Segundo a *mens legis* os embargos na ação monitória não têm "natureza jurídica de ação", mas se identificam com a contestação. Não se confundem com os embargos do devedor, em execução fundada em título judicial ou extrajudicial, vez que, inexistente ainda título executivo a ser desconstituído.

Não pagando o devedor o mandado monitório, abre-se-lhe a faculdade de defender-se, oferecendo qualquer das espécies de respostas admitidas em direito para fazer frente à pretensão do autor.

Os embargos ao decreto injuncional ordinarizam o procedimento monitório e propiciam a instauração da cognição exauriente, regrado pelas disposições de procedimento comum. Por isso, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com a possibilidade do réu oferecer reconvencção, desde que seja esta conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

A tutela diferenciada introduzida pela ação monitória, que busca atingir, no menor espaço de tempo possível a satisfação do direito lesado, não é incompatível com a ampla defesa do réu, que deve ser assegurada, inclusive pela via reconvencional.

Recurso provido, na parte em que conhecido.

(REsp 222.937/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2001, DJ 02/02/2004, p. 265)

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

Consultando, porém, a *mens legis* vê-se que os embargos na ação monitória não têm "natureza jurídica de ação", como ocorre nos embargos do devedor, em execução fundada em título judicial ou extrajudicial.

Estes embargos identificam-se com a contestação, até porque inexistente ainda título executivo a ser desconstituído. Não se confundem com os embargos do devedor. Eis que, estes têm natureza jurídica de ação incidental proposta finalisticamente com o objetivo de extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título executivo.

Como os embargos representam defesa, e esta dirige-se contra o mandado injuncional, que se apoia na pretensão inicial, pode o embargante opor-se à pretensão do autor sob quaisquer espécie de resposta admitida em direito, inclusive por meio de reconvenção.

Ordinarizado o procedimento monitório, por força do disposto no art. 1.102c CPC, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com a possibilidade do réu oferecer reconvenção, desde que seja esta conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

[...]

Esta amplitude de defesa remonta as origens da ação monitória.

Com efeito, na exposição de motivos do projeto de lei que reinstaurou a “ação monitória” em nosso ordenamento jurídico, há menção às suas raízes no direito luso brasileiro, em evidente referência à ação de assinação de dez dias ou ação decendiária.

Por este processo “o devedor é citado, *sine aliquo libello*, como diz Castro, e sob pena de imediata condenação, para dentro de um decêndio satisfazer o empenho contraído pelo escrito ajuizado, *ou alegar e provar pagamento ou qualquer outro fato que o releve de pagar*”.

À luz do Direito Comparado, outra não pode ser a conclusão adotada, pois a disciplina da ação monitória sofreu direta influência do moderno direito italiano. E neste, o procedimento injuncional foi considerado compatível com a reconvenção.

5. No que tange à tese suscitada pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, de que, à luz do disposto no artigo 61 da Lei do Cheque, “no prazo subsequente, de dois anos contados da prescrição da força executiva, o cheque mantém-se com atributos cambiários (notadamente a característica da abstração)”, prescindido para sua cobrança em Juízo, independentemente do rito do processo de conhecimento utilizado, da descrição da origem da dívida, embora relevante, é inviável sua apreciação, tendo em vista que não foi debatida pelas instâncias ordinárias, tampouco suscitada pelo recorrente.

6. Assim, a tese a ser firmada para efeito do art. 543-C do CPC, que ora encaminho, é a seguinte:

“Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”.

7. No caso, o acórdão recorrido manteve o decidido na sentença, que julgou inepta a inicial da ação monitória ajuizada pela beneficiária do cheque

em face do emitente, de modo que dou parcial provimento ao recurso especial para anular as decisões de primeira e segunda instância para que o feito tenha regular prosseguimento, dando por superado o entendimento, perfilhado pelas instâncias ordinárias, de que a inicial é inepta, por não conter menção ao negócio jurídico subjacente.

É como voto.



Súmula n. 532

SÚMULA N. 532

Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa.

Referência:

CDC, art. 39, III.

Precedentes:

REsp	1.261.513-SP	(2ª T, 27.08.2013 – DJe 04.09.2013) – acórdão publicado na íntegra
REsp	1.297.675-SP	(2ª T, 27.08.2013 – DJe 04.09.2013)
REsp	1.061.500-RS	(3ª T, 04.11.2008 – DJe 20.11.2008)
AgRg no AREsp	152.596-SP	(3ª T, 15.05.2012 – DJe 28.05.2012)
AgRg no AREsp	105.445-SP	(3ª T, 12.06.2012 – DJe 22.06.2012)
REsp	1.199.117-SP	(3ª T, 18.12.2012 – DJe 04.03.2013)
REsp	514.358-MG	(4ª T, 16.03.2004 – DJ 03.05.2004)
AgRg no AREsp	33.418-RJ	(4ª T, 27.03.2012 – DJe 09.04.2012)
AgRg no AREsp	275.047-RJ	(4ª T, 22.04.2014 – DJe 29.04.2014)
EDcl no AREsp	528.668-SP	(4ª T, 19.08.2014 – DJe 26.08.2014)

Corte Especial, em 3.6.2015

DJe 8.6.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.261.513-SP (2011/0069522-9)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Banco Santander Banespa S/A

Advogado: Karen Cristina Ruivo e outro(s)

Recorrido: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor

Procurador: Maria Bernadete Bolsoni Pitton e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. MULTA IMPOSTA PELO PROCON. ENVIO DE CARTÃO COM FUNÇÃO CRÉDITO SEM QUE TENHA SIDO SOLICITADA PELO CONSUMIDOR. ART. 39, INCISO III, DO CDC. CONDUTA ABUSIVA. MULTA. FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Os acórdãos recorridos - tanto da apelação quanto dos embargos de declaração juntados respectivamente às fls. 859/870 e 889/898 dos autos - se manifestaram de forma suficiente e fundamentada sobre todas as questões colocadas em Juízo, decidindo satisfatoriamente a controvérsia em exame. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da *quaestio*, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

2. Conforme analisado pela Corte de origem, a conduta constatada diz respeito ao fato de a parte recorrente ter enviado um “cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor”. Ou seja, o pedido do consumidor não disse respeito a um cartão de crédito múltiplo, tendo sido a conduta comprovada a partir dos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos.

3. O art. 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor veda a prática de enviar ao consumidor produtos ou serviços não requeridos por ele. Nesse ponto, cai por terra a alegação da parte recorrente de que o cartão enviado estaria com a função crédito inativada, pois tal

argumento é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque, pelo o que consta do acórdão impugnado, o pedido da consumidora se restringiu a um cartão de débito, tão somente, não havendo registro de que tenha havido qualquer manifestação de vontade por parte dela quanto ao cartão múltiplo.

4. Há a abusividade da conduta com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, pois tutelam-se os interesses dos consumidores em fase pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores na relação consumerista com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva. Precedentes: REsp 1.199.117/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/03/2013; AgRg no AREsp 152.596/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

5. O Tribunal a quo se manifestou acerca da legalidade nos critérios utilizados na fixação de penalidade e pela presença de motivação suficiente para a aplicação da multa de R\$ 158.240,00 (cento e cinquenta e oito mil duzentos e quarenta reais). Assim, para análise da pretensão do recorrente, no sentido de que não houve fundamentação na aplicação dos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e motivação suficiente para a aplicação da multa, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do verbete de Súmula n. 7 desta Egrégia Corte.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e,

nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco.” A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 4.9.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por BANCO SANTANDER - BANESPA S/A -, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 861):

CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - A PROVA REQUERIDA PELA RECORRENTE PARA QUE SE AUFERISSE O FATURAMENTO DE UMA DAS EMPRESAS DO CONGLOMERADO BANESPA É INADMISSÍVEL, PORQUANTO O CARTÃO DE CRÉDITO FOI REMETIDO À CONSUMIDORA EM NOME DA EMPRESA-AUTORA, LOGO, O FATURAMENTO DEVE SER CONSIDERADO DESSA ÚLTIMA.

PRELIMINAR REJEITADA.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - A CONDUTA DA AUTORA AO ENVIAR CARTÃO DE CRÉDITO À CONSUMIDORA, SEM O PRÉVIO PEDIDO, CONFIGURA INFRAÇÃO AO ART. 39, III, DO CDC.

MULTA - FIXAÇÃO - O FATURAMENTO A SER CONSIDERADO EM ATENÇÃO A “CONDIÇÃO ECONÔMICA DO FORNECEDOR” (ART. 57, “CAPUT”, DO CDC), É O DA EMPRESA-APELANTE, E NÃO DE UMA SUA COLIGADA.

PENA PECUNIÁRIA - QUANTIFICOU DE CONFORMIDADE COM A LEI DE REGÊNCIA (CDC) E SEUS CRITÉRIOS.

RECURSO IMPROVIDO.

Apresentados embargos de declaração, esses foram rejeitados (fls. 889/898).

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente alega violação ao art. 535 do CPC, aos artigos 39, inciso III, e 57 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 50, inciso II, da Lei n. 9.784/99.

Sustenta que o Tribunal a quo foi omissivo ao não se manifestar acerca dos seguintes pontos: (i) inexistência de conduta infracional, uma vez que se trata de cartão múltiplo, cujas funções são débito (movimentação da conta-corrente) e crédito (que dependia da ativação por parte da recorrente); (ii) art. 57 do Código de Defesa do Consumidor; (iii) artigo 50, inciso II, da Lei n. 9.784/99.

Aduz: (i) a ausência de conduta abusiva por parte do recorrente, uma vez que foi enviado ao consumidor cartão com função múltipla para a movimentação de sua conta (função débito), cuja função crédito só seria ativada por solicitação do cliente; (ii) a ausência de fundamentação aos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal, uma vez que foi desconsiderado o fato de inexistir dano ao consumidor, bem como a real condição econômica do fornecedor; (iii) a ausência de motivação suficiente para a aplicação da multa.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 971/983).

Decisão de admissibilidade do recurso especial (fl. 1.212).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso especial *sub examine* (fls. 1.235/1.241).

É o relatório, no que interessa à presente análise.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O recurso não merece acolhida.

Conforme relatado, em síntese, a parte recorrente aduz a ocorrência de violação aos seguintes dispositivos legais: (a) dos arts. 39, III e 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor; (b) do art. 535 do CPC; e, (c) do art. 50, II, da Lei n. 9.784/99.

É sobre tais pontos que trato a seguir no presente voto.

Em primeiro lugar, verifico que os acórdãos recorridos - tanto da apelação quanto dos embargos de declaração juntados respectivamente às fls. 859/870 e 889/898 dos autos - se manifestaram de forma suficiente e fundamentada sobre todas as questões colocadas em Juízo, decidindo satisfatoriamente a controvérsia em exame. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da *questio*, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

Em segundo lugar, quanto à falta de enquadramento da conduta como prática abusiva, o Tribunal *a quo* se manifestou nos seguintes termos (fls. 864/865):

[...]

Ora, a prova dos autos (fls. 480) é no sentido de que a apelante enviou correspondência ao consumidor, comunicando-lhe o envio de cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor.

A conduta que infringia o art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor, foi devidamente comprovada através dos documentos e f s. 476, 477 e 480, porquanto foi enviado um cartão de crédito à consumidora, sem que esta o tivesse pedido.

Ora, constitui prática abusiva enviar ao consumidor, sem solicitação previa, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço, nos termos do art. 39, III, do CDC.

[...]

Conforme analisado pela Corte de origem no excerto acima transcrito, a conduta constatada diz respeito ao fato de a parte recorrente ter enviado um “cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor”. Ou seja, o pedido do consumidor não disse respeito a um cartão de crédito múltiplo, tendo sido a conduta comprovada a partir dos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos.

Dispõe o art. 39, inciso III, do CDC, *in verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994)

[...]

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

O Código de Defesa do Consumidor veda a prática de enviar ao consumidor produtos ou serviços não requeridos por ele.

Nesse ponto, cai por terra a alegação da parte recorrente de que o cartão enviado estaria com a função crédito inativada, pois tal argumento é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque, pelo o que consta do acórdão impugnado, o pedido da consumidora se restringiu a um cartão de débito, tão somente, não havendo registro de que tenha havido qualquer manifestação de vontade por parte dela quanto ao cartão múltiplo.

Assim, impõe-se seja reconhecida a abusividade da conduta com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, pois tutelam-se os interesses dos consumidores em fase pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores na relação consumerista com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. ABUSO DE DIREITO CONFIGURADO.

1. O envio do cartão de crédito, ainda que bloqueado, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, caracteriza prática comercial abusiva, violando frontalmente o disposto no artigo 39, III, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1.199.117/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/03/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. SAQUES E DESCONTOS NÃO AUTORIZADOS PELA CONSUMIDORA, EMISSÃO E ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO SEM SOLICITAÇÃO E INSCRIÇÃO NO CCF. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM PROFUSÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (R\$ 50.000,00). REPROVABILIDADE DA CONDUTA DA RÉ. PRÁTICA ABUSIVA TIPIFICADA (CDC. ART. 39, III). RAZOABILIDADE.

1.- Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que, ante as peculiaridades do caso, não ocorreu no presente feito.

2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 152.596/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012)

Em relação à fundamentação aos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e a ausência de motivação suficiente para a aplicação da multa de R\$ 158.240,00 (cento e cinquenta e oito mil duzentos e quarenta reais), o Tribunal *a quo* se manifestou nos seguintes termos (fls. 866/870):

[...]

A questão relevante é a referente à pena base da multa e, para tanto, como afirmei da análise da preliminar - cerceamento de defesa -, retorno ao tema. A apelante, como já salientado, alega que a fixação da estimativa do Procon

(R\$50.000.000,00) é inadmissível, pois deveria ser levado em conta apenas o faturamento mensal da empresa coligada a ela que expediu o cartão de crédito. Contudo, sem razão, porquanto o cartão de crédito foi remetido à consumidora em nome da apelante, logo a “condição econômica da atuada” é que deve ser adotada, dessarte é preciso levar em conta o faturamento da empresa.

Ora, o art. 57 já referido determina que a condição econômica é um dos fatores para o cálculo da sanção pecuniária, para evitar que fornecedor de pequeno porte pague os mesmos valores estabelecidos para grandes empresas, como apelante.

A pena foi fixada no valor mínimo, razão pela qual não foi levado em conta em nenhum atenuante e tampouco as agravantes (fls. 536), e, em face a Portaria nQ 23/05, que determinou novos critérios para a fixação da multa (fls. 567), foi ela reduzida (fls. 569).

Finalmente, conforme bem ficou destacado a fls. 599, a autora não trouxe “aos autos qualquer documento hábil a comprovar o alegado, limitando-se a apresentar simples declaração de faturamento no corpo da manifestação e às fls. 113/114

O documento apresentado pela atuada não atende ao disposto no § 1º do art. 4Q da Portaria Normativa Procon nQ 23/05 e mesmo, considerando-se o que dispunha a Portaria Normativa Procon nQ 06/00 a simples declaração apresentada pela atuada não pode ser considerada documento hábil para comprovar que o valor estimado pela Fundação não se encontra correto.”

E, conforme analisado quando do exame da preliminar de cerceamento de defesa, a prova pericial requerida pela recorrente, e da forma como ela quer restringir o alcance do “faturamento” da empresa-atuada para uma simples agência, não é admissível, conforme retro fundamentado.

Com efeito, o objetivo principal da pena pecuniária é desestimular os infratores e, dessa forma, o valor somente teria sentido se forçasse a empresa infratora a evitar o cometimento de infração à Lei do Consumidor, pois se ela fosse quantitativamente menor provavelmente muitos empresários não teriam o coibir a prática de conduta contrária à lei em seus estabelecimentos.

O PROCON, conforme infere-se da leitura de sua defesa, adotou como parâmetro a condição econômica do fornecedor e a sua receita, sendo que a lei também deixou a cargo do administrador estabelecer como os três critérios (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica) iriam interagir no estabelecimento da pena. Não existe outro meio de se estabelecer essa interação a não ser por meio de uma fórmula aritmética pelo qual, inserindo-se os parâmetros, pudesse ser extraídos os limites concretos para a pena

A pena pecuniária estabelecida foi de conformidade com a lei, isto é, observou o princípio da proporcionalidade e de longe não tem o efeito confiscatório, como alegou a autora-apelante, mas tem por finalidade intimidar e desmotivar os fornecedores à prática das infrações ao Código de Defesa do Consumidor

Desta forma, a pena se mostra apta a atingir a sua função, qual seja, a de proteger os direitos básicos do consumidor, sendo imprescindível que ela efetivamente tenha um caráter intimidativo e desmotivador, a fim de coibir práticas abusivas e ilegais e compelir o fornecedor a gerenciar melhor o seu estabelecimento, estabelecendo-se uma regular relação de consumo

Ademais, conforme já decidido no Agravo de Instrumento nQ 592.911-5/0-001, "o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 57, *caput*, determina que a pena de multa deverá ser 'graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.

A referida portaria estipula as multas a serem atribuídas a infrações à legislação do consumidor de acordo com os patamares previstos pela Lei 8.078/90, e a fixação dos valores das multas se divide em quatro grupos, de acordo com a gravidade da infração (arts. 1º e 2º). Estipula, outrossim, quais os métodos de apuração da vantagem auferida pelo fornecedor infrator (art. 3-), e ainda prevê que 'a condição econômica do fornecedor será auferida por meio de sua receita mensal média' (art. 4e). Vê-se, portanto, que a referida portaria está rigorosamente de acordo com as exigências do artigo 57, *caput*, do Estatuto do Consumidor, que traça os critérios a serem levados em conta na aplicação da pena de multa

Ademais, a utilização da receita média mensal do fornecedor para estipular o valor da multa atende precisamente aos critérios do princípio da proporcionalidade..."

De outro lado, em relação à vantagem auferida, esta foi considerada como sendo não apurada, o que favoreceu a recorrente já que não houve qualquer acréscimo em decorrência de tal fator. Por outro lado, somente poderia ser invalidada a pena sob este aspecto caso ficasse evidenciada a desproporção entre os meios empregados pelo administrador e os fins que a lei desejasse alcançar, o que, absolutamente, não é o caso dos autos

Logo, o Judiciário, sendo legal, razoável e proporcional a pena imposta ao fornecedor, não pode substituir o critério utilizado pela ré pelo do juiz, sob pena de vulneração do princípio da separação dos Poderes

[...]

Assim, para análise da pretensão do recorrente, no sentido de que não houve fundamentação na aplicação dos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e motivação suficiente para a aplicação da multa, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do verbete de Súmula n. 7 desta Egrégia Corte.

Salienta-se que a multa aqui aplicada diz respeito à infração às normas de defesa do consumidor - aqui entendido em seu sentido amplo que se refere

à coletividade de pessoas descrita no art. 2º, parágrafo único do CDC - e não o desrespeito a cláusula contratual *inter partes*. Nesse sentido, por ser de potencialidade lesiva mais ampla, entendo que os valores fixados devem ter parâmetros mais específicos do que aqueles levados em consideração tratando-se de danos individuais.

Tanto é assim que os valores arrecadados pelo PROCON não se reverterem para a parte individualmente lesada, mas sim à coletividade em geral, vez que se reverterem em entradas orçamentárias que serão utilizadas no aperfeiçoamento da proteção dos interesses difusos e coletivos envolvidos.

Feitas estas considerações, destaco que o valor da multa aplicada - cento e cinquenta e oito mil, duzentos e quarenta reais (fl. 79) - é proporcional e razoável à conduta infrativa praticada. Isso porque foram atendidos todos os requisitos estabelecidos tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto por seu regulamento de execução, os quais estabelecem todos os critérios que devem ser seguidos para a determinação do montante da reprimenda.

Ademais, foi dada à parte recorrente a oportunidade de se insurgir quanto a este tema, sendo certo que não o fez de maneira válida, uma vez que não apresentou os dados necessários para demonstrar a sua pretensão. Nesse ponto, registra-se que o cartão de crédito múltiplo enviado foi marcado com a bandeira da parte recorrente, não sendo plausível a alegação de que deve ser considerado como faturamento aquele da agência que constou no remetente da correspondência que continha o indigitado produto.

Assim, ante tudo quanto exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE e, nessa parte, NEGO PROVIMENTO ao RECURSO ESPECIAL.

É como voto.



Súmula n. 533

SÚMULA N. 533

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Referências:

CF/1988, art. 5º, XXXV.

CPC, art. 543-C.

Lei n. 7.210/1984, arts. 15, 16, 47, 48, 53, 54, 57, 59 e 118.

Precedentes:

(*)REsp	1.378.557-RS	(3ª S, 23.10.2013 – DJe 21.03.2014) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	1.251.879-RS	(5ª T, 17.12.2013 – DJe 19.12.2013)
HC	241.357-ES	(5ª T, 11.02.2014 – DJe 17.02.2014)
HC	281.014-RS	(5ª T, 20.02.2014 – DJe 27.02.2014)
HC	275.709-RS	(5ª T, 11.03.2014 – DJe 19.03.2014)
HC	165.200-RS	(6ª T, 20.03.2012 – DJe 09.04.2012)
HC	175.251-RS	(6ª T, 12.11.2013 – DJe 13.12.2013)
HC	247.874-RS	(6ª T, 08.04.2014 – DJe 24.04.2014)
HC	279.384-RS	(6ª T, 24.04.2014 – DJe 02.05.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.378.557-RS (2013/0128491-5)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Fabiano Cougo

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz, que dava provimento ao recurso especial.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 21.3.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça assim ementado (fl. 148):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. FUGA. AUSÊNCIA DE PAD. RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE, COM IMPOSIÇÃO DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA SEXTA CÂMARA CRIMINAL.

‘Não se aplica qualquer sanção judicial à falta disciplinar se não foi ela apurada em processo administrativo disciplinar. Mesmo que o art. 118 da Lei de Execuções Penais autorize o julgador a regredir o regime prisional do apenado, condiciona a referida providência a determinadas hipóteses, nenhuma delas atinentes ao caso dos autos, porquanto não se trata da prática de fato definido como crime doloso ou de condenação por delito anterior e o procedimento destinado a apurar a falta grave não foi instaurado. Embora o § 1º possibilite a gradação prisional negativa do condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime aberto, exige o implemento das condições postas nos incisos do art. 118 da Lei de Execução Penal somadas à frustração dos fins da execução ou ao não pagamento, podendo, da multa cumulativamente imposta, o que não se verifica no caso presente, em especial no tocante aos incisos da norma legal mencionada.’ (Agravo n. 70043618628, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, julgado em 6/10/2011).

DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO, DESCONSTITUINDO A DECISÃO HOSTILIZADA.

RECURSO PREJUDICADO.

No presente recurso, o Ministério Público alega violação dos arts. 59 e 118, inciso I e parágrafo 2º, ambos da Lei de Execução Penal, bem como do art. 563 do Código de Processo Penal, sustentando, em síntese, que “tendo havido procedimento na esfera judicial, na qual o apenado foi assistido pela Defensoria Pública, prescinde-se de procedimento administrativo disciplinar para a apuração do cometimento de falta grave”, ressaltando-se, ainda, que “não se declara a nulidade de ato processual sem a comprovação de prejuízo, ônus que, na espécie, cabia à defesa” (fls. 162/171).

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 188/190.

Às fls. 215/216, admiti o presente recurso especial como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, em razão da multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria debatida, qual seja, a necessidade de instauração do procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento de falta grave no curso da execução penal.

No parecer de fls. 291/294, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame de mérito do presente recurso especial.

Conforme relatado, a questão debatida nos autos cinge-se em saber se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para fins de reconhecimento de falta grave no curso da execução penal.

O tema já foi objeto de debate em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior, perfilhando cada qual caminho diverso.

A Sexta Turma, a despeito de alguns precedentes em sentido contrário, possui entendimento no sentido de ser obrigatória a instauração do PAD, com a presença de defensor devidamente constituído na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a fim de se reconhecer o cometimento de falta grave no curso da execução.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO

DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, POR FALTA DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DE DEFENSOR PÚBLICO, PARA ASSISTÊNCIA AO APENADO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS QUESTÕES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

(...)

VI. Nos termos da jurisprudência da 6.^a Turma do STJ, em sintonia com a do Supremo Tribunal Federal, configura cerceamento de defesa não ser o apenado assistido por defesa técnica - advogado constituído ou defensor público nomeado -, no procedimento administrativo disciplinar, para fins de apuração de falta grave, tal como ocorrer, na espécie. Precedentes do STJ.

VII. Inaplicabilidade, no caso, da Súmula Vinculante n. 5, do STF - que dispõe que 'a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição' -, em face da distinta natureza do procedimento, instaurado para apurar o cometimento de falta grave, por réu condenado, com repercussão direta no direito de liberdade. Precedentes do STF (RE 398.269/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 15/12/2009).

VIII. 'Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP' (STF, RE 398.269/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2009).

IX. Tendo em vista a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, ora reconhecida, resta prejudicada a análise das demais arguições, concernentes ao efeito interruptivo, decorrente da prática de falta grave, e à perda dos dias remidos.

X. *Habeas corpus* não conhecido.

XI. Ordem concedida, de ofício, para anular o Procedimento Administrativo Disciplinar 101/2009, que resultou na aplicação da falta grave, em desfavor do paciente. (HC n. 171.364/RS, Relatora a Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 21/6/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PAD. IMPOSIÇÃO LEGAL. APENADO SEM ASSISTÊNCIA DE DEFENSOR LEGALMENTE CONSTITUÍDO. ADVOGADO DEVIDAMENTE INSCRITO NOS QUADROS DA OAB.

VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. PREJUDICIALIDADE DOS DEMAIS PEDIDOS.

1. A Sexta Turma deste Tribunal entende que - da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal - resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de procedimento específico, qual seja, procedimento administrativo disciplinar (PAD), indispensável para se verificar a configuração da falta grave, sob pena de se ter a produção unilateral de provas, o que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado.

2. No caso, o apenado não foi assistido, na audiência realizada no PAD, por defesa técnica legalmente constituída - advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil -, portanto foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante a jurisprudência deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

3. Sendo declarada a nulidade da decisão que reconheceu o cometimento de falta grave pelo apenado, fica prejudicada a análise das demais questões, inclusive a suposta ausência de previsão legal no sentido de determinar o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios pelo cometimento de falta disciplinar.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.246.035/RS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19/3/2012)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO COM A DEFESA TÉCNICA. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. A prática da falta disciplinar pelo apenado clama pela instauração do procedimento administrativo disciplinar, visto que a mens legis da norma de execuções penais foi justamente possibilitar o devido esclarecimento sobre o evento durante o procedimento, em perfeita concretização do princípio do devido processo legal, sendo que a sua exigência não apregoa um culto exagerado à forma, mas sim uma formalidade legal que deve ser seguida, pois, do contrário, o legislador não a teria normatizado.

2. Incabível o argumento de que a ausência de defesa técnica no PAD restou suprida pela oitiva do preso, acompanhado de defensor; pois, no afã por resultados e efetividade, poder-se-ia ignorar a segurança jurídica, de modo que a previsibilidade dos atos processuais pela sociedade seria, na melhor das hipóteses, mitigada.

3. A obrigatória oitiva prévia do apenado em caso de regressão definitiva do regime prisional (artigo 118, § 2º, da LEP) não basta por si só para a escorreita

apuração da falta disciplinar, eis que o processo administrativo disciplinar, em sendo mais abrangente, não se esgota na prática somente desse ato.

4. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade, pois, desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

5. *Habeas corpus* concedido para, cassando o acórdão atacado, declarar nula a decisão que reconheceu a prática de falta grave - fuga - cometida pelo paciente, em tese, na data de 20.01.2009, bem como todos os efeitos dela decorrentes. (HC n. 165.200/RS, Relatora a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, DJe 9/4/2012)

A Quinta Turma, por sua vez, vem sustentando a prescindibilidade da instauração de procedimento administrativo disciplinar, quando realizada a oitiva do apenado em Juízo, na presença do defensor e do membro do Ministério Público.

A propósito:

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NULIDADE DO PAD. INEXISTÊNCIA. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. INTERRUPTÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.176.486/SP. NOVO MARCO: DATA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.*

1. *'A jurisprudência desta Corte, interpretando o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, consolidou-se no sentido da inexigibilidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave, bastando que seja realizada audiência de justificação, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório. Precedentes' (HC 200.458/RS, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 17/11/2011.)*

2. A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

3. Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (EREsp 1.176.486/SP, 3ª Seção, Rel. Min.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/06/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar.

4. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC n. 204.814/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 12/3/2013)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ACOMPANHAMENTO DO APENADO POR ADVOGADO. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE N. 5/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Consoante asseverado na decisão objurgada, o moderno entendimento desta Corte Superior inclina no sentido de que a Lei de Execução Penal somente exige, para o reconhecimento da prática de falta grave, a oitiva judicial prévia do apenado, não reclamando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar.*

2. *Assim, prescindível a instauração de procedimento disciplinar, também é dispensável o acompanhamento do apenado por advogado, porquanto a garantia do contraditório e da ampla defesa, para todos os efeitos, a teor do art. 118, § 2º da LEP, é satisfeita com a realização de audiência de justificação prévia, devidamente realizada na espécie.*

3. *'A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição'* (Enunciado da Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal).

4. *In casu*, conforme bem asseverado pelo Tribunal *a quo*, o agravado foi assistido por assessor jurídico da SUSEPE, bem como, na fase judicial, por defensor habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil, não havendo, pois, qualquer nulidade relativa à inobservância do contraditório ou da ampla defesa.

5. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no Ag n. 1.404.811/RS, Relator o Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6/11/2012)

Realizando consulta na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, verifica-se a existência de julgados em ambos os sentidos, tanto pela imprescindibilidade do PAD, com a obrigatoriedade de defesa técnica por advogado; quanto pela sua desnecessidade, na hipótese em que o apenado for ouvido em Juízo.

Não obstante os referidos julgados do Pretório Excelso, a maioria na via do *habeas corpus*, entendo, com a devida vênia, que a matéria discutida diz respeito eminentemente à interpretação da legislação infraconstitucional, sendo, portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988, da competência do Superior Tribunal de Justiça dar a última palavra acerca da questão controvertida.

Feita essa digressão, prossigo no exame da tese.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seguindo a mesma linha da Sexta Turma desta Corte, no agravo em execução interposto pela defesa, decretou a nulidade da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais - que reconheceu a prática de falta grave, determinando a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios -, tendo em vista a ausência de instauração de procedimento administrativo disciplinar.

Os fundamentos foram assim consignados no acórdão recorrido (fls. 150/153):

O agravante está a cumprir sete (07) anos, nove (09) meses e quinze (15) dias de reclusão, soma de penas que lhe foram impostas em seis condenações. Iniciou em 4.2.2006, no regime semiaberto. Registrou cinco episódios de fuga. Por ocasião da última, após audiência de justificação, sobreveio decisão assim fundamentada:

(...) Apreciando o procedimento constato que as alegações do preso não justificam a fuga, pois tinha ciência de que não poderia retirar-se da casa em que recolhido, furtando-se ao cumprimento da pena que lhe foi cominada. Portanto, comprovada e não justificada a fuga, impõe-se o reconhecimento de falta grave, notadamente porquanto inexistente qualquer diferenciação legal entre a fuga do sistema prisional ou a burla ao sistema carcerário, consistente na não reapresentação, eis que nas duas hipóteses resta frustrada a execução penal. Menciono, ainda, que problemas familiares ou com a massa carcerária não justificam a conduta, mormente quando não há a imediata apresentação espontânea. De referir, por oportuno, que há reiteração de fugas no curso da execução (cinco), o que configura ausência de senso de responsabilidade e disciplina e desautoriza o cumprimento da reprimenda em regime menos gravoso. Isso posto, reconheço a falta grave, mas deixo de determinar a regressão à regime mais gravoso, porquanto o apenado já se encontra cumprindo pena em regime fechado. Declaro a alteração da data-base de benefícios para a data da recaptura (10.08.2011).
(...)

A defesa se insurge, a referir que a falta grave não restou caracterizada e, que a alteração da data-base carece de amparo legal. Pede reforma da decisão.

Tenho que razão lhe assiste, mas por fundamento diverso.

Explico.

Veja-se que não foi realizado procedimento administrativo disciplinar e, portanto, não houve decisão administrativa nem aplicação de sanção disciplinar. Ainda assim, o ilustre Julgador de primeiro grau reconheceu a ocorrência de falta grave. Todavia, isso não era possível. Não é dado ao juiz da execução exercer o poder disciplinar

*administrativo e aplicar sanções **administrativas**, como reiteradamente tem afirmado a jurisprudência desta Sexta Câmara Criminal.*

Sobre a dispensa do PAD, carece observar que o artigo 22, inciso III -, do RDP, aprovado pelo Dec. n. 46.534/2009, com a redação que lhe deu o Dec. n. 47.594/2010, contraria o disposto no artigo 59 da Lei n. 7.210/1984, sendo manifestamente ilegal. *A instauração de procedimento administrativo disciplinar deve necessariamente preceder a aplicação de sanção disciplinar, e esta deve ser feita pelo Administrador do Presídio.*

Ao juiz da Vara das Execuções Criminais não é dado exercer o poder disciplinar de modo supletivo nem aplicar sanções judiciais ou legais com base em falta grave não reconhecida pela forma prevista em lei, com violação de garantias constitucionais.

*A **sanção disciplinar** constitui ato administrativo vinculado, indispensavelmente precedido de procedimento administrativo em que deve ser **garantido o direito de defesa**, na forma do que dispuser o regulamento, delegação legislativa autorizada pelo artigo 24, inciso I, da Constituição Federal. Não é autorizado dispensar esse procedimento, e deve-se garantir o devido processo legal, na forma da Constituição Federal.*

(...)

Não carece dizer mais.

POSTO ISSO, voto no sentido de, preliminarmente e de ofício, reconhecer a nulidade da decisão e desconstituí-la, determinando a reposição do status quo ante, julgando prejudicado o recurso.

Embora tenha seguido o entendimento já adotado pela egrégia Quinta Turma desta Corte, penso que o momento é oportuno para maior reflexão acerca da matéria discutida, devendo ser analisada e interpretada a Lei n. 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal, em sua integralidade, a fim de verificar se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave.

Da leitura da Seção III do Capítulo IV do referido diploma legislativo, que trata “Da Disciplina”, verifica-se que a Lei de Execução Penal estabelece em ordem cronológica: 1) a atribuição para o exercício do poder disciplinar (arts. 44 a 48); 2) a classificação das faltas disciplinares, bem como a “tipificação” das condutas correspondentes à falta de natureza grave (arts. 49 a 52); 3) as sanções respectivas (arts. 53 a 58); e 4) o procedimento que deverá ser adotado para apuração da falta disciplinar (arts. 59 a 60).

Nas disposições gerais da referida seção (Subseção I), os arts. 47 e 48 estabelecem que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade,

bem como na restritiva de direitos, será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Assim, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar, conforme disposto nos aludidos dispositivos legais.

Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar a regra do art. 57, *caput*, da LEP, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, que dispõe: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Quanto ao aludido dispositivo, vale transcrever as considerações de Nucci:

Para eleger a sanção disciplinar adequada a cada condenado faltoso, deve a direção do presídio analisar a natureza da sua infração (leve, média ou grave), os motivos que o levaram a cometê-la, as circunstâncias e consequências do fato e a pessoa do sentenciado (personalidade), bem como seu tempo de prisão. É uma reprodução minorada do art. 59 do Código Penal. No entanto, merecedora de aplauso. Aliás, esta é outra razão para que a decisão do diretor seja motivada, tanto quanto a do juiz. O elemento concernente ao tempo de prisão é característica especial da execução penal, porém relevante. A personalidade de qualquer pessoa é dinâmica e mutável, variando conforme o ambiente onde se encontra. Se o preso está no cárcere há muitos anos apresenta-se de um modo; se é um recém-chegado, de outro. A administração do presídio tem perfeita noção disso e pode discernir entre o ainda indisciplinado recém-chegado, que leva um tempo para habituar-se às várias regras do presídio, e o condenado de longa data, já acostumado à rotina do local. Por isso, a insubordinação do recém-chegado pode não ser tão grave quanto a mesma indisciplina demonstrada pelo condenado de vários anos. Daí a variação da sanção disciplinar. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 241.)

Corroborando esse entendimento, o art. 54 da LEP é claro ao estabelecer que as sanções dos incisos I a IV do art. 53, quais sejam, advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento.

Saliente-se que, embora a decisão acerca da inclusão em regime disciplinar diferenciado - RDD seja jurisdicional (LEP, art. 53, inciso V), inserindo-se na

competência do juiz da execução, o parágrafo único do art. 54 estabelece que a autorização de inclusão do preso nesse regime dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

O parágrafo único do art. 57, por sua vez, dispõe que “nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei”, sendo que os incisos III (suspensão ou restrição de direitos) e IV (isolamento na própria cela), como visto, são de atribuição exclusiva do diretor do presídio.

Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, *d*, e § 2º).

Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48:

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

Veja que o dispositivo estabelece que a autoridade administrativa representará ao juiz da execução penal para adoção das sanções disciplinares previstas nos aludidos artigos.

Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Nesse ponto, veja o que diz a doutrina:

Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas.

Na ocorrência de infração grave, além da apuração e aplicação das sanções administrativas, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá comunicar ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181). Nestes casos, apenas o juiz da execução poderá aplicar estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena.

(BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 160/161)

Dessa forma, constata-se que a Lei de Execução Penal não deixa dúvida ao estabelecer que todo o “processo” de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor, porquanto é quem detém o exercício do poder disciplinar.

Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional.

Portanto, a competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV).

No tocante à formalização dessa sequência de atos concernentes à apuração da conduta faltosa do detento e aplicação da respectiva sanção, o art. 59 da Lei de Execução Penal é expresso ao determinar que: “Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para a sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”.

Em seguida, o art. 60 possibilita à autoridade administrativa, na hipótese da prática de falta disciplinar, “decretar o isolamento preventiva do faltoso pelo prazo de até dez dias”, ressalvando-se a competência do juiz da execução penal apenas para determinar a inclusão do detento no regime disciplinar diferenciado.

Da leitura desses artigos, não resta dúvida que a Lei de Execução Penal impõe a instauração de procedimento administrativo para apurar a prática de

falta disciplinar pelo preso, cuja responsabilidade é da autoridade administrativa, podendo, inclusive, decretar o isolamento preventivo do sentenciado faltoso pelo prazo de 10 (dez) dias.

E mais, mesmo sendo a referida lei de execução penal do ano de 1984, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, ficou devidamente assegurado o direito de defesa do preso, que abrange não só a autodefesa, mas também a defesa técnica, a ser realizada por profissional devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não por outro motivo o legislador disciplinou expressamente nos arts. 15, 16 e 83, § 5º, da LEP, a obrigatoriedade de instalação da Defensoria Pública nos estabelecimentos penais, a fim de assegurar a defesa técnica daqueles que não possuem recursos financeiros para constituir advogado.

A propósito, confira-se:

SEÇÃO IV

Da Assistência Jurídica

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei n. 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

TÍTULO IV

Dos Estabelecimentos Penais

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

(...)

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública. (Incluído pela Lei n. 12.313, de 2010).

Ademais, vale ressaltar que, não obstante a literalidade dos dispositivos da Lei de Execução Penal que asseguram a necessidade de assistência jurídica do preso por defensor técnico, dentro e fora do estabelecimento prisional, o direito de defesa garantido ao sentenciado tem assento constitucional, mormente porque o reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta consequências danosas que repercutem, em última análise, em sua liberdade.

Com efeito, os incisos LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) do art. 5º da Constituição Federal de 1988 respaldam a obrigatoriedade da presença de defensor regularmente constituído na Ordem dos Advogados do Brasil, em procedimento administrativo disciplinar, no âmbito da execução da pena.

No particular, registre-se que a Súmula Vinculante n. 5, a qual dispõe que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, não se aplica à execução penal.

Primeiro, porque todos os precedentes utilizados para elaboração do aludido verbete sumular são originários de questões não penais, onde estavam em discussão procedimentos administrativos de natureza previdenciária (RE n. 434.059); fiscal (AI n. 207.197); disciplinar-estatutário militar (RE n. 244.027); e tomada de contas especial (MS n. 24.961).

Segundo, porque, conforme mencionado, na execução da pena está em jogo a liberdade do sentenciado, o qual se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, revelando-se incompreensível que ele possa exercer uma ampla defesa sem o conhecimento técnico do ordenamento jurídico, não se podendo, portanto, equipará-lo ao indivíduo que responde a processo disciplinar na esfera cível-administrativa.

Dessa forma, no âmbito da execução penal, deve ser garantido o pleno direito de defesa ao detento, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, por ocasião de instauração de PAD para apuração de falta disciplinar.

Quanto ao tema, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC n. 104.584/STF, bem fundamentou:

Observo, inicialmente, que o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio, em sua acepção originária, proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto de processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Ao compulsar os autos, verifico do acórdão proferido pelo TJ/RS que os depoimentos do paciente e das testemunhas no procedimento administrativo-disciplinar foram colhidos sem a necessária e inafastável presença do defensor. Nesses termos, imperioso concluir que não houve garantia plena de defesa, restando violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sobretudo se se levar em conta que, em última análise, se encontra em jogo a liberdade de ir e vir.

Não desconheço, por outro lado, que o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n. 5, que dispõe: 'A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo-disciplinar não ofende a Constituição.'

Todavia, consoante decidido por meio do RE 398.269/RS, de minha relatoria, esse enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza não-criminal. Dessarte, em procedimento administrativo-disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 11, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea 'a', VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV).

Em razão do exposto, dou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para, reconhecida a nulidade do processo administrativo-disciplinar, cassar a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Grande/RS.

O acórdão ficou assim ementado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Execução criminal. Prática de falta grave pelo apenado. 3. Paciente que não foi acompanhado por defensor durante a realização dos atos referentes ao processo administrativo-disciplinar. 4. Nulidade. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 5. Recurso conhecido e provido. (RHC n. 104.584/RS, Relator o Ministro *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, DJe 6/6/2011)

No mesmo sentido, a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no voto proferido no HC n. 135.082/SP, assim consignou:

De saída, penso ser importante tecer alguns comentários sobre a aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 5 ao universo da execução penal.

É manifesta a diversidade de situações entre a enfocada neste *mandamus* e aquela que envolveu a edição de referido verbete. Arrimou-se tal consolidação jurisprudencial sobre precedentes vinculados ao Direito Administrativo, *verbis*:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 434.059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11.09.2008 PUBLIC 12.09.2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00736 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 257-279)

A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.

(AI 207.197 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 05.06.1998 PP-00006 EMENT VOL-01913-03 PP-00620)

Agravamento regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

(RE 244.027 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28.06.2002 PP-00123 EMENT VOL-02075-06 PP-01289)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo

judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido.

(MS 24961, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04.03.2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00332 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 96-103 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 217-232 RTJ VOL-00193-01 PP-00347)

Por mais que sejam relevantes os cânones que informam tal ramo do Direito, é evidente que se faz necessário reconhecer, aqui, o descrímen. Não se está a tratar de um mero procedimento administrativo disciplinar em que um sujeito, sobre o qual recai a suspeita de uma falta, pode, plenipotenciário de seus direitos e prerrogativas, demonstrar a sua inocência.

Não. Diante das condições a que submetidos os detentos, qualquer tentativa de equiparação com os sujeitos que, do lado de cá das grades, podem, *per si*, fazer valer a dignidade da pessoa humana, soa desconstextualizada.

Apenas a título de registro, observa-se que o Regulamento Penitenciário Federal, aprovado pelo Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que disciplina as regras da execução da pena em estabelecimento prisional federal, seguindo a diretriz traçada pela Lei n. 7.210/1984 (LEP), determina expressamente a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a imprescindibilidade da presença de advogado, conforme se verifica dos seguintes dispositivos:

TÍTULO VIII

DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES, DA CLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA E DA REABILITAÇÃO

CAPÍTULO I

DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES

Art. 59. Para os fins deste Regulamento, entende-se como procedimento de apuração de faltas disciplinares a seqüência de atos adotados para apurar determinado fato.

Parágrafo único. Não poderá atuar como encarregado ou secretário, em qualquer ato do procedimento, amigo íntimo ou desafeto, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive, cõnjuge,

companheiro ou qualquer integrante do núcleo familiar do denunciante ou do acusado.

Art. 60. Ao preso é garantido o direito de defesa, com os recursos a ele inerentes.

Seção I

Da Instauração do Procedimento

Art. 61. O servidor que presenciar ou tomar conhecimento de falta de qualquer natureza praticada por preso redigirá comunicado do evento com a descrição minuciosa das circunstâncias do fato e dos dados dos envolvidos e o encaminhará ao diretor do estabelecimento penal federal para a adoção das medidas cautelares necessárias e demais providências cabíveis.

§ 1º O comunicado do evento deverá ser redigido no ato do conhecimento da falta, constando o fato no livro de ocorrências do plantão.

§ 2º Nos casos em que a falta disciplinar do preso estiver relacionada com a má conduta de servidor público, será providenciada a apuração do fato envolvendo o servidor em procedimento separado, observadas as disposições pertinentes da Lei n. 8.112, de 1990.

Art. 62. Quando a falta disciplinar constituir também ilícito penal, deverá ser comunicada às autoridades competentes.

Art. 63. O procedimento disciplinar será instaurado por meio de portaria do diretor do estabelecimento penal federal.

Parágrafo único. A portaria inaugural deverá conter a descrição sucinta dos fatos, constando o tempo, modo, lugar, indicação da falta e demais informações pertinentes, bem como, sempre que possível, a identificação dos seus autores com o nome completo e a respectiva matrícula.

Art. 64. O procedimento deverá ser concluído em até trinta dias.

(...)

Seção II

Da Instrução do Procedimento

Art. 66. Caberá à autoridade que presidir o procedimento elaborar o termo de instalação dos trabalhos e, quando houver designação de secretário, o termo de compromisso deste em separado, providenciando o que segue:

I - designação de data, hora e local da audiência;

II - citação do preso e intimação de seu defensor, cientificando-os sobre o comparecimento em audiência na data e hora designadas; e

III - intimação das testemunhas.

§ 1º Na impossibilidade de citação do preso definitivo ou provisório, decorrente de fuga, ocorrerá o sobrestamento do procedimento até a recaptura, devendo ser informado o juízo competente.

§ 2º No caso de o preso não possuir defensor constituído, será providenciada a imediata comunicação à área de assistência jurídica do estabelecimento penal federal para designação de defensor público.

Seção III

Da Audiência

Art. 67. Na data previamente designada, será realizada audiência, facultada a apresentação de defesa preliminar, prosseguindo-se com o interrogatório do preso e a oitiva das testemunhas, seguida da defesa final oral ou por escrito.

§ 1º A autoridade responsável pelo procedimento informará o acusado do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, dando-se continuidade à audiência.

§ 2º O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

§ 3º Nos casos em que o preso não estiver em isolamento preventivo e diante da complexidade do caso, a defesa final poderá ser substituída pela apresentação de contestação escrita, caso em que a autoridade concederá prazo hábil, improrrogável, para o seu oferecimento, observados os prazos para conclusão do procedimento.

§ 4º Na ata de audiência, serão registrados resumidamente os atos essenciais, as afirmações fundamentais e as informações úteis à apuração dos fatos.

§ 5º Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do procedimento, e as demais questões serão decididas no relatório da autoridade disciplinar.

Art. 68. Se o preso comparecer na audiência desacompanhado de advogado, ser-lhe-á designado pela autoridade defensor para a promoção de sua defesa.

Art. 69. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, salvo no caso de proibição legal e de impedimento.

§ 1º O servidor que, sem justa causa, se recusar a depor, ficará sujeito às sanções cabíveis.

§ 2º As testemunhas arroladas serão intimadas pelo correio, salvo quando a parte interessada se comprometer em providenciar o comparecimento destas.

Seção IV

Do Relatório

Art. 70. Encerradas as fases de instrução e defesa, a autoridade designada para presidir o procedimento apresentará relatório final, no prazo de três dias, contados a partir da data da realização da audiência, opinando fundamentalmente sobre a aplicação da sanção disciplinar ou a absolvição do preso, e encaminhará os autos para apreciação do diretor do estabelecimento penal federal.

Parágrafo único. Nos casos em que reste comprovada autoria de danos, capazes de ensejar responsabilidade penal ou civil, deverá a autoridade, em seu relatório, manifestar-se, conclusivamente, propondo o encaminhamento às autoridades competentes.

Seção V

Da Decisão

Art. 71. O diretor do estabelecimento penal federal, após avaliar o procedimento, proferirá decisão final no prazo de dois dias contados da data do recebimento dos autos.

Parágrafo único. O diretor do estabelecimento penal federal ordenará, antes de proferir decisão final, diligências imprescindíveis ao esclarecimento do fato.

(...)

Art. 75. O não-comparecimento do defensor constituído do preso, independentemente do motivo, a qualquer ato do procedimento, não acarretará a suspensão dos trabalhos ou prorrogação dos prazos, devendo ser nomeado outro defensor para acompanhar aquele ato específico.

Como visto, nos estabelecimentos penais federais é garantido expressamente a instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a necessidade de o detento ser assistido por advogado.

Seria, portanto, um verdadeiro contrassenso admitir que o preso que cumpre pena em estabelecimento penal federal, regido pelo aludido Decreto, possua mais direitos e garantias - no tocante à obrigatoriedade de instauração do PAD com a presença de defensor técnico - em relação àquele que esteja cumprindo pena em presídio estadual.

Essa situação, por certo, não se coaduna com o ordenamento jurídico, notadamente com os dispositivos da Constituição Federal 1988, no que concerne ao princípio da isonomia.

Desse modo, diante de tudo o que foi exposto, conclui-se ser clara a opção do legislador no sentido da imprescindibilidade de instauração do procedimento administrativo para reconhecimento da falta disciplinar no âmbito da execução da pena, assegurando ao preso o direito de defesa, neste compreendido tanto a autodefesa, quanto a defesa técnica exercida por advogado.

Dito isso, surge a seguinte indagação, que constitui fundamento principal do presente recurso: Com a oitiva do apenado, prevista no art. 118, inciso I e § 2º, da LEP, em Juízo, torna-se desnecessário o referido procedimento administrativo?

Para responder essa questão, mostra-se necessário analisar o referido preceito legal, que dispõe:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Como visto, o dispositivo legal em comento determina que o apenado deverá ser ouvido previamente antes de ser regredido definitivamente de regime, visando dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nas hipóteses em que: 1) praticar fato definido como crime doloso; 2) cometer falta grave; 3) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena torne incabível o regime; e 4) se frustrar os fins da execução ou não pagar, quando possível, a multa cumulativamente imposta.

Ocorre que, no tocante à prática de falta grave, a regressão de regime é apenas uma das diversas sanções aplicáveis ao sentenciado, cuja competência, como visto, é do juiz da Vara de Execuções Penais. Assim, o supracitado dispositivo trata apenas do direito do preso de ser ouvido previamente antes da decisão final acerca da regressão.

Impende ressaltar, por oportuno, que, não obstante a decisão de regressão seja da competência do juiz da execução, o preceito normativo sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica para tal finalidade.

No Estado de São Paulo, por exemplo, por ocasião do 1ª Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária, realizado na cidade de Mogi das Cruzes, em que participaram todas as autoridades responsáveis pela execução penal, ficou estabelecida a seguinte diretriz:

ENUNCIADO 7. A oitiva do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado.

Ademais, mesmo que se entenda que somente o juiz possa ouvir o apenado nessas hipóteses, não se pode perder de vista que antes de ser aplicada qualquer sanção disciplinar pela prática de falta grave, conforme dispõe expressamente os artigos da Lei de Execução Penal, deve ser instaurado o devido procedimento administrativo pelo diretor do presídio, a fim de apurar o cometimento da conduta faltosa pelo preso, aplicando-lhe as sanções de sua responsabilidade, com observância do disposto no art. 57 da LEP (“Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”).

Somente após todo esse procedimento é que o diretor do estabelecimento prisional representará ao juiz da execução para que aplique as sanções disciplinares de sua competência, dentre elas, quando for o caso, a regressão de regime, ocasião em que o apenado deverá ser previamente ouvido, por meio de sua defesa técnica.

Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, que algumas decisões interpretam, sem base legal, tratar-se de audiência de justificação, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução.

Nota-se que os procedimentos não se confundem. Ora, se de um lado, o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa; de outro, a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio.

Com efeito, conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, da leitura dos dispositivos da Lei de Execução Penal, notadamente do seu artigo 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.

Assim, embora o juiz da Vara de Execuções Criminais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência

para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, assenta a doutrina especializada ao analisar o art. 47 da LEP:

O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos.

(JULIOTTI, PEDRO de JESUS. **Lei de Execução Penal anotada**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 79)

Por esses motivos, é que não há se falar em violação ao art. 563 do Código de Processo Penal, sob a alegação de ausência de prejuízo pela inexistência do PAD em razão da oitiva do apenado perante o juiz da execução, porquanto a defesa do sentenciado nessa audiência possui finalidade totalmente distinta - e muito mais restrita - daquela legalmente conferida ao procedimento administrativo disciplinar, a qual deve ser realizada, necessariamente, no âmbito do estabelecimento prisional, e não em Juízo.

Trata-se, na verdade, de estrita obediência à legislação infraconstitucional, sendo certo que a lei não contém palavras inúteis, não sendo possível, portanto, afastar a determinação legal expressa, sob o precipitado argumento de ausência de prejuízo.

Na hipótese dos autos, conforme se verifica do termo de audiência às fls. 20/22, o Juiz da Vara de Execução Penal da Comarca de Porto Alegre/RS, notificado da recaptura do apenado Fabiano Cougo, instaurou procedimento judicial para apurar o cometimento de falta grave pelo detento e, após a manifestação da defesa e do Ministério Público na audiência de justificação, reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave, determinando a alteração da data-base para futuros benefícios, deixando, contudo, de regredi-lo para o regime mais gravoso, tendo em vista que o apenado já se encontrava no regime fechado.

Assim, o referido procedimento encontra-se em total descompasso com os dispositivos da Lei de Execução Penal, porquanto o magistrado usurpou a atribuição exclusiva do diretor do presídio para apuração e reconhecimento da falta grave, valendo ressaltar, ainda, que sequer havia a necessidade de realização dessa audiência judicial, em razão da impossibilidade de regressão do regime carcerário, não sendo a hipótese, por conseguinte, sequer de aplicação do art. 118, inciso I e § 2º, da Lei n. 7.210/1984.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, reconheceu a nulidade da referida decisão, por ausência de instauração do devido procedimento administrativo disciplinar, impondo-se, assim, a manutenção do acórdão recorrido, porquanto proferido em consonância com os ditames da legislação infraconstitucional ora analisada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão recorrido em sua integralidade.

Por último, para os fins do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, voto no sentido de resolver a tese jurídica nos seguintes termos:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Sr. Presidente, ouvi, com muita atenção, a sustentação oral da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Zélia Gomes, e também ouvi, atentamente, o substancial voto do Sr. Ministro Relator. Como S. Exa. deixa claro, em seu voto, os precedentes da Sexta Turma orientam-se no sentido do seu voto. S. Exa., inclusive, cita um precedente de minha relatoria, no qual entendi imprescindível a instauração do processo administrativo disciplinar e a necessidade da defesa técnica, em processo administrativo disciplinar, concluindo, à luz de precedente do Supremo Tribunal Federal, que, nessa hipótese, não se aplica a Súmula Vinculante n. 5, já que a sua aplicação restringe-se a processo administrativo não criminal. Cito precedente do Ministro Gilmar Mendes, nesse sentido.

O voto do Sr. Ministro Relator é exaustivo. Só quero acrescentar algo que S. Exa. já afirmou, mas que, para mim, esclarece devidamente o assunto: a lei não tem palavras inúteis. E o art. 59 da Lei de Execução Penal dispõe: praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado direito de defesa. No parágrafo único, dispõe: a decisão será motivada.

No art. 59 da Lei de Execução Penal é estabelecido todo um procedimento para a apuração de falta de natureza disciplinar.

O eminente Relator examina, detalhadamente, o assunto, à luz do art. 118 da Lei de Execução Penal, que tem gerado essa perplexidade de interpretação, mas demonstra que, efetivamente, a oitiva do apenado, para fins de regressão do regime, quando pratica ele falta grave ou comete crime doloso, representa um controle posterior de legalidade do ato administrativo, praticado pelo diretor do presídio, em anterior Processo Administrativo Disciplinar.

No caso, como esclareceu S. Exa., não houve prévia instauração de Processo Administrativo Disciplinar. O próprio Juiz é que apurou toda a suposta falta.

Em função disso, com base nos fundamentos elencados pelo Sr. Ministro Relator, não tenho dúvida em acompanhá-lo.

Nego provimento ao Recurso Especial, mantendo o acórdão recorrido, em sua integralidade. Por último, para os fins do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, voto no sentido de resolver a tese jurídica, nos seguintes termos: para reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo, pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Sr. Presidente, também me associo aos Colegas que me antecederam, para registrar a majestade do voto do Sr. Ministro Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, sobretudo por haver bem delineado a questão em todos os seus aspectos.

Apenas faria, uma ponderação sobre um trecho do voto em que S. Exa. afirma que a matéria discutida diz respeito eminentemente à interpretação da legislação infraconstitucional, sendo, portanto, nos termos da Constituição, da

competência do STJ dar a última palavra. A questão é legal, evidentemente, pela aplicação da LEP, porém, o próprio voto também se assenta em aspectos constitucionais, notadamente o principal, que é o da reconhecida violação ao direito à ampla defesa e ao contraditório, que são previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Portanto, vejo também a matéria como constitucional. Apenas um registro de pessoal consideração.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, todos sabemos que a matéria não é tão simples assim. Temos uma jurisprudência de vários anos consolidada na Quinta Turma, desde o início de sua constituição.

Veja que estou na Quinta Turma há mais de 12 anos, sou jovem, mas estou aqui há mais de 12 anos. Desde a época em que a Turma era formada por ilustres penalistas da estirpe do Ministro Felix Fischer, e outros que já passaram pela Quinta Turma. Sempre mantivemos o entendimento da desnecessidade de se instaurar um procedimento chamado de administrativo quando há instauração de outro procedimento, com a oitiva do preso e a presença de advogado, em que lhe é assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Qual a necessidade, então, do procedimento administrativo se a finalidade dos princípios assegurados na Constituição foi garantida naquele outro? Então, fico preocupada com os entraves na apuração de falta grave, em presídio, até pela dificuldade de se instaurar um procedimento, chamado de administrativo, quando outros procedimentos, vamos dizer assim, são instaurados.

Abrindo nossa jurisprudência, detectei cento e vinte e uma decisões recentes sobre o tema. Temos uma decisão da Quinta Turma, aprovada por maioria de votos em 04 de junho de 2013, em que o eminente Relator Ministro Campos Marques diz assim: “O art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal não impõe a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento da referida infração, que é a falta grave, mas exige a realização de audiência de justificação que possibilite oitiva prévia do sentenciado, garantindo, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa”.

Julgamos com a presença de todos os Membros da Quinta Turma.

Passo a um recente caso do atual, moderno e jovem Ministro Moura Ribeiro julgado no mesmo sentido, um dos primeiros da minha lista. Sua

Excelência verificou a existência de um procedimento de justificação com ampla defesa, oitiva do sentenciado, do penitente, como gosto sempre de chamar, e entendeu que ali não havia necessidade de se instaurar um procedimento administrativo. No caso dos autos, o Ministro disse que todas essas garantias lhe foram asseguradas dentro de um procedimento de justificação instaurado pelo magistrado.

A Lei de Execução não é tão clara nesse sentido. Se fizermos uma leitura do art. 118, inciso I, combinado com o § 2º, chegaremos à conclusão de que os nossos votos não foram prolatados sem uma fundamentação jurídica.

Então, realmente, fico preocupada com o reconhecimento de nulidade nesses casos. Não faz sentido reconhecer a nulidade desse procedimento administrativo quando tudo o que a lei, a Constituição Federal e os princípios constitucionais exigem restou assegurado.

Estou vendo que a decisão já está formada, já está concluída. Nesses cento e vinte e um julgados que analisei, certamente há decisões divergentes da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Ministro Sebastião Reis Júnior, da Ministra Assusete Magalhães, o próprio Relator faz referência no seu voto. Mas, sinceramente, com a devida vênia dos votos já proferidos, fico com a nossa jurisprudência da Quinta Turma, até mesmo embasada nas decisões da Suprema Corte.

É como voto.



Súmula n. 534

SÚMULA N. 534

A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 7.210/1984, arts. 50; 51; 53; 57, parágrafo único; 112; 118 e 127.

Precedentes:

EREsp	1.176.486-SP	(3ª S, 28.03.2012 – DJe 1º.06.2012) – acórdão publicado na íntegra
EREsp	1.133.804-RS	(3ª S, 28.03.2012 – DJe 21.05.2012)
AgRg nos EREsp	1.238.180-SP	(3ª S, 27.11.2013 – DJe 09.12.2013)
(*)REsp	1.364.192-RS	(3ª S, 12.02.2014 – DJe 17.09.2014) – acórdão publicado na íntegra na Súmula 535
HC	224.301-SP	(5ª T, 06.03.2012 – DJe 19.03.2012)
HC	219.624-SP	(5ª T, 22.05.2012 – DJe 28.05.2012)
HC	242.634-SP	(5ª T, 18.03.2014 – DJe 28.03.2014)
AgRg no REsp	1.394.204-SP	(5ª T, 08.05.2014 – DJe 14.05.2014)
HC	290.552-SP	(5ª T, 19.08.2014 – DJe 27.08.2014)
HC	292.703-SP	(5ª T, 19.08.2014 – DJe 1º.09.2014)
HC	296.764-RS	(5ª T, 18.12.2014 – DJe 04.02.2015)
HC	236.320-RS	(6ª T, 03.05.2012 – DJe 14.05.2012)
HC	241.602-SP	(6ª T, 27.08.2013 – DJe 09.09.2013)
HC	276.409-RS	(6ª T, 19.09.2013 – DJe 16.10.2013)
AgRg no HC	275.758-RS	(6ª T, 05.11.2013 – DJe 19.11.2013)
AgRg no REsp	1.237.905-SP	(6ª T, 11.06.2013 – DJe 20.02.2014)

HC	281.007-RS	(6ª T, 10.06.2014 – DJe 1º.07.2014)
HC	276.214-RS	(6ª T, 04.09.2014 – DJe 23.09.2014)
AgRg no REsp	1.395.769-SP	(6ª T, 14.10.2014 – DJe 31.10.2014)
HC	297.154-SP	(6ª T, 04.12.2014 – DJe 18.12.2014)
HC	306.336-SP	(6ª T, 18.12.2014 – DJe 06.02.2015)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.176.486-SP
(2010/0158567-0)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Márcio José Custódio

Advogado: Thaís de Campos - Defensora Pública e outros

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, ENTRE ELES A PROGRESSÃO DE REGIME, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. EMBARGOS PROVIDOS PARA ASSENTAR QUE A PRÁTICA DE FALTA GRAVE REPRESENTA MARCO INTERRUPTIVO PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

1. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda integral dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

2. Referido entendimento não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e do STJ.

3. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual *o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.*

4. Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, *implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento* (DJU 12.05.2006).

5. Embargos providos para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), negando provimento aos embargos de divergência, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e o voto-desempate da Sra. Ministra Laurita Vaz, dando provimento aos embargos de divergência, acompanhando o Relator, acordam, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Gilson Dipp e a Senhora Ministra Laurita Vaz, em voto-desempate, votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze não proferiu voto, nos termos do Art. 200, Parágrafo 3º, do RISTJ.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 28 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 1º.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Embargos de Divergência opostos pelo MPF em adversidade ao venerando acórdão da 6ª Turma, exarado no julgamento do AgRg no REsp 1.176.486/SP, de relatoria do eminente Ministro HAROLDO RODRIGUES, que entendeu que a prática de falta grave não representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ENTENDIMENTO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A Sexta Turma desta Corte firmou compreensão no sentido de que, no tocante à progressão de regime prisional, a prática de falta grave não representa marco interruptivo, podendo ser considerada por ocasião da análise do requisito subjetivo (HC 123.451/RS, relator o Ministro Nilson Naves, sessão de 17 de fevereiro de 2009).

2. Agravo regimental a que se nega provimento (fls. 189).

2. A fim de demonstrar a alegada divergência, o embargante cita como paradigma o REsp 1.181.146/RS, de relatoria do eminente Min. FELIX FISCHER, da 5ª Turma deste Tribunal, que concluiu que deve ser interrompido o cômputo do interstício para concessão de eventuais benefícios previstos na LEP diante do cometimento de falta grave pelo condenado. O aresto restou assim ementado:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. SÚMULA N. 441 DESTA E. CORTE.

I - Em caso de cometimento de falta grave pelo condenado, será interrompido o cômputo do interstício para concessão de eventuais benefícios previstos na Lei n. 7.210/1984, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar, exceto o livramento condicional e a comutação das penas (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

II - O que o art. 83, I, do CP, exige, para fins de atendimento de requisito objetivo para obtenção do benefício do livramento condicional, é o cumprimento de mais de um terço da pena total imposta ao sentenciado. Entender-se que a prática de falta grave obriga o sentenciado ao cumprimento de mais um terço da pena restante para fins de concessão do livramento condicional é criar requisito objetivo não previsto em lei. (Súmula n. 441/STJ).

III - Também em relação à comutação de pena, na linha de precedentes desta Corte, aplica-se o mesmo raciocínio.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

3. Demonstrada, em princípio, a divergência entre os julgados, os presentes Embargos foram admitidos às fls. 221.

4. Contra-razões às fls. 230/233.

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O artigo 127 da Lei de Execução Penal preceitua que *o condenado que for punido com falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando um novo período a partir da data da infração disciplinar.*

2. De fato, o instituto da remição constitui, em verdade, um benefício concedido ao apenado que trabalha e a decisão concessiva da remissão da pena sujeita-se à cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, ocorrendo a condição - no caso, o cometimento de falta grave -, o condenado perde o direito ao tempo já remido.

3. Verifica-se ainda que o art. 127 da LEP, ao determinar a perda total dos dias remidos pelo trabalho até a data da infração disciplinar grave, não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana.

4. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual *o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.*

5. A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. FALTA GRAVE. ART. 50, INCISO VI, DA LEI N. 7.210/84. PERDA DOS DIAS REMIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado, cabe ao juízo da execução decretar a perda dos dias remidos. Precedentes.

2. Tal medida não ofende direito adquirido ou coisa julgada, pois o instituto da remição, sendo prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, tão-somente, expectativa de direito, mesmo porque seu reconhecimento não produz

coisa julgada material. A própria Lei de Execução Penal estabelece nos arts. 50 e 127 que as faltas disciplinares de natureza grave impõem a perda dos dias remidos.

3. *Inexistência de constrangimento ilegal.*

4. *Ordem denegada* (HC 42.499/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 03.10.05).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. FALTA GRAVE. PERDA DO DIREITO AOS DIAS REMIDOS. VIOLAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO E DA COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. *A decretação da perda dos dias remidos, legalmente prevista, pressupõe a declaração da remição.*

2. *Os peremptórios termos do artigo 127 da Lei de Execução Penal arredam, na fase prisional do cumprimento da pena privativa de liberdade, a coisa julgada e mesmo a invocação de direito adquirido, assim dispondo: 'O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar. Significativa, a propósito, a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (item 134): Com a finalidade de se evitarem as distorções que poderiam comprometer a eficiência e o crédito deste novo mecanismo em nosso sistema, o projeto adota cautelas para a concessão e revogação do benefício, dependente da declaração judicial e audiência do Ministério Público. (...)'*

3. *Precedentes do Supremo Tribunal Federal.*

4. *Ordem denegada* (HC 59.361/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 09.04.07).

6. Por outro lado, o cometimento de falta grave pelo apenado determina o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão de benefícios relativos à execução da pena, entre eles a progressão de regime prisional, *exceto livramento condicional e comutação de pena*; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

7. É de se ter claro que os requisitos objetivos para fins de concessão do livramento condicional são aqueles previstos no art. 83 e incisos do CPB. Assim, ofende o princípio da legalidade a decisão que determina a interrupção do prazo para a aquisição da referida benesse, uma vez que acaba por criar requisito objetivo não previsto em lei.

8. A data-base para a contagem do novo período aquisitivo, por sua vez, é a do cometimento da última infração disciplinar grave, computado do período restante de pena a ser cumprido. Confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FUGA. FALTA GRAVE. ART. 50, II DA LEP. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL DA PENA REMANESCENTE. ORDEM DENEGADA.

1. É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que o cometimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.

2. O marco inicial para a contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo (1/6 da pena) deve recair sobre a data do cometimento da última falta grave pelo apenado, computado do período restante de pena a ser cumprido. Precedentes.

3. Ordem denegada (HC 66.009/PE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 10.09.07).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. REMIÇÃO. ART. 127 DA LEP.

1. O cometimento de falta grave, como a fuga, enseja o reinício da contagem de período necessário à concessão de nova progressão de regime (Precedentes).

2. A perda dos dias remidos tem como pressuposto a declaração da remição. E, esta não é absoluta, sendo incabível cogitar-se de ofensa a direito adquirido ou a coisa julgada na eventual decretação da perda dos dias remidos em decorrência de falta grave. A questão se soluciona com a aplicação direta do disposto no art. 127 da LEP (Precedentes do STJ e do STF).

3. Writ denegado (HC 47.383/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 13.03.06).

9. Este aliás também é o entendimento do Pretório Excelso, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEP.

A prática de falta grave acarreta a regressão de regime e a recontagem do prazo para progressão. Precedentes. Ordem indeferida (HC 98.387/SP, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 01.07.2009).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios executórios. Habeas corpus denegado. (HC 94.098/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 24.04.2009).

10. Ora, entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por

sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento (DJU 12.05.2006).

11. Ante o exposto, dá-se provimento ao Embargos de Divergência para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime.

12. É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Na sessão de 13/12/2010, após o voto do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator destes embargos de divergência, pedi vista antecipada para melhor análise.

A questão é conhecida, e tem a mesma base de discussão do EREsp 1.133.804, de relatoria do eminente Ministro Gilson Dipp, que trata acerca da controvérsia em torno da interrupção do prazo para concessão de benefícios da execução quando o apenado comete falta grave.

A divergência entre as Turmas desta Terceira Seção é reiterada, conforme bem explicitou o Ilustre Relator, que seguiu o posicionamento da Quinta Turma e deu, resumidamente, a seguinte interpretação:

“...o cometimento de falta grave pelo apenado determina o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão de benefícios relativos à execução da pena, entre eles a progressão de regime prisional, exceto *livramento condicional e comutação de pena*; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

7. É de se ter claro que os requisitos objetivos para fins de concessão do livramento condicional são aqueles previstos no art. 83 e incisos do CPB. Assim, ofende o princípio da legalidade a decisão que determina a interrupção do prazo para a aquisição da referida benesse, uma vez que acaba por criar requisito objetivo não previsto em lei.

8. A data-base para a contagem do novo período aquisitivo, por sua vez, é a do cometimento da última infração disciplinar grave, computado do período restante de pena a ser cumprido.”

Ou seja, o Ilustre Relator, a exemplo do quanto delineado pelo eminente Ministro Gilson Dipp no voto proferido no EREsp 1.133.804, é de entendimento favorável à interrupção do prazo para a contagem do lapso temporal, a partir da falta grave, à exceção do Livramento Condicional, cujo Enunciado 441 da Súmula deste Tribunal dá outra solução.

Ouso divergir de tal entendimento, mesmo que alicerçado por precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Dispõe, ainda, o art. 57, parágrafo único, do mencionado Diploma Legal: “nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos II a V do art. 53 desta Lei”, quais sejam, “a suspensão ou restrição de direitos; o isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; a inclusão no regime disciplinar diferenciado”.

Verifica-se, pois, que, relativamente à progressão, tal qual ocorre com o livramento condicional, a Lei de Execução Penal não estabelece nenhuma forma de interrupção, para o fim de se alcançar o lapso exigido como requisito objetivo.

É certo que o art. 127 da Lei de Execução Penal prevê que o condenado, punido pelo cometimento de falta grave, perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Entendo, porém, que o fato de o cometimento de falta grave implicar a perda do tempo remido não autoriza a conclusão, em verdadeira aplicação analógica em *malam partem*, de que uma vez praticada falta grave a contagem do lapso deva ser interrompida para fins de progressão. Uma coisa é afirmar que o trabalho não poderá ser computado como efetivo cumprimento da pena em virtude da prática de falta grave. Outra, diversa, é desconsiderar o cumprimento do lapso exigido pela lei para a progressão de regime em razão da falta.

Saliente-se que a Lei de Execução Penal não estabelece, em nenhum dos seus dispositivos, que o cometimento de falta grave interrompe o lapso para fins de progressão. E, em meu sentir, nem o poderia, porque tal previsão fugiria totalmente ao espírito da lei, que é o da reintegração harmônica do condenado

na sociedade, de forma paulatina, progredindo do regime mais rigoroso para o menos rígido, após o cumprimento do tempo exigido e dos requisitos subjetivos, dentre os quais a boa conduta.

Como consequência, a prática de falta grave, conforme o caso, pode revelar má conduta carcerária, impedindo, assim, o preenchimento do requisito subjetivo para a progressão. Mas não pode estar vinculado ao requisito temporal, que é objetivo. A execução se faz de forma progressiva e, por vezes, de forma regressiva, mas o preenchimento do requisito objetivo se dá pelo cumprimento do lapso temporal, conforme estatui o Código Penal e a Lei de Execução Penal. Lapso temporal é um só, e não se pode recomeçar a contar o cumprimento de pena a partir do cometimento de falta grave.

Portanto, entendo que o paciente pode não possuir boa conduta para a progressão, ou seja, não preencher o requisito subjetivo, já que também faz parte do contexto de apuração do benefício o mérito do apenado. Mas, cumprido o lapso temporal previsto na lei, não há que se falar em ausência do requisito objetivo.

Em suma, penso que fere o princípio da legalidade interromper-se a contagem do lapso necessário à progressão de regime, tal como ocorre com o livramento condicional. Em relação a tal benefício, aliás, a não interrupção do prazo ante a falta de natureza grave é, inclusive, matéria objeto de súmula desta Corte, *verbis*:

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. (Súmula n. 441)

Insisto que não vislumbro, a propósito, qualquer diferença, para o sentenciado que cumpre pena, entre a situação retratada na Súmula acima transcrita, que se refere ao livramento condicional e aquela tendente à obtenção de progressão, comutação ou indulto. Não há o menor sentido, penso, em afirmar que, para fins de livramento, a falta grave não interrompe o lapso temporal e, em relação aos demais benefícios, a mesma falta grave praticada possa significar a perda do tempo de pena cumprida.

Assim, quando da análise de qualquer um dos chamados “benefícios”, caberá ao Juízo da Execução verificar a presença dos requisitos necessários à progressão, momento em que a prática da falta grave poderá ser objeto de consideração na análise do requisito subjetivo, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal. Portanto, uma vez constatada a má conduta, o indeferimento se dará, porém, sob outro fundamento que não o de falta de lapso temporal.

Note-se, inclusive, que ao magistrado não cabe inovar no momento da análise do preenchimento dos requisitos para a obtenção da progressão, acrescentando requisito não previsto em lei, ante a observância do princípio da legalidade.

O entendimento acima vem sendo acolhido por ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça também em relação à comutação e ao indulto, tanto é que a prática da falta grave não acarreta a interrupção do lapso para a concessão de tais benefícios, desde que atendidos os requisitos previstos no decreto que fundamenta o pedido.

Sobre o tema, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. COMUTAÇÃO DE PENAS. DECRETO-PRESIDENCIAL N. 5.620/05. REQUISITOS OBJETIVOS PREENCHIDOS. ROL TAXATIVO. FALTA GRAVE COMETIDA HÁ MAIS DE DOZE MESES. RÉU REINCIDENTE. FALTA DISCIPLINAR QUE NÃO INTERROMPE A CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL DE 1/3 DA PENA. RESTRIÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELO LEGISLADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Decreto 5.620/05 apenas estabeleceu dois requisitos para a obtenção do benefício da comutação das penas pelo preso reincidente, quais sejam, o cumprimento de 1/3 da reprimenda, bem como a ausência de cometimento de falta grave nos últimos doze meses de desconto da sanção a ele imposta.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, a contagem de prazo para a concessão do benefício da comutação não é interrompida pelo cometimento de falta disciplinar, pois o decreto não estabelece a exigência de o condenado cumprir, a partir do cometimento de falta grave, 1/3 da pena restante.

3. Sendo da competência discricionária do Presidente da República o estabelecimento dos requisitos necessários para a obtenção da benesse, não cabe ao Judiciário restringir a concessão do indulto parcial, criando novos requisitos além dos previstos no rol taxativo do Decreto 5.620/05.

4. Evidenciado o preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários para a obtenção do benefício da comutação da pena, deve ser reconhecida a ocorrência de constrangimento ilegal, passível de ser sanado na via do *writ*.

5. Ordem concedida para cassar o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, e reconhecer o direito do paciente à comutação de 1/5 da pena, nos termos do Decreto 5.620/05. (HC 81.616/SP, Relatora Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada, Sexta Turma, DJ de 15.10.2007)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DA PENA INDEFERIDO PELO JUIZ DA VEC E PELO TRIBUNAL A *QUO*. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXIGIDOS PELO DECRETO 5.295/04.

COMETIMENTO DE FALTA GRAVE EM 08.03.2003. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA DEFERIR AO PACIENTE O DIREITO À COMUTAÇÃO DA PENA.

1. O Decreto 5.295/04 exige, para fins de obtenção do benefício da comutação das penas, que o condenado reincidente preencha dois requisitos, quais sejam: 1) cumprimento de 1/4 da sanção, se primário, e 1/3, se reincidente, até a data de 25 de dezembro de 2004, 2) não cometimento de falta grave nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação do referido Decreto.

2. *Ofende o princípio da legalidade a decisão que determina a interrupção do prazo para aquisição da referida benesse, uma vez que acaba por criar requisito objetivo não previsto em lei. Precedentes do STJ.*

3. Parecer do MPF pela concessão do *writ*.

4. Ordem concedida. (HC 113.513/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, DJe de 25.05.2009.)

Em último ponto, diga-se que diante da interpretação desta Colenda Corte na análise dos pedidos de livramento condicional, indulto e comutação de pena, a Sexta Turma, a partir do julgamento do *habeas corpus* 123.451/RS, de que relator o já aposentado Ministro Nilson Naves, não tem feito qualquer diferença quanto à natureza do benefício pleiteado para o fim de análise do requisito objetivo. É que, como bem salientado pelo precedente por último citado, de que relator o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o princípio da legalidade não permite a criação de requisito objetivo não previsto em lei.

A propósito, veja-se o sumário daquela decisão:

Execução da pena (benefícios). Falta grave (ocorrência). Período aquisitivo (contagem). Interrupção (descabimento).

1. Um dos objetivos da execução é, sem dúvida, proporcionar condições para a integração social do condenado. A história da humanidade sempre teve compromisso com a reeducação do condenado e com sua reinserção social. Para isso, a Lei de Execução Penal prevê vários benefícios.

2. No caso, o cometimento de falta grave pelo apenado não há de importar a interrupção da contagem do prazo para a aquisição de benefícios na execução da pena. Ilícita, portanto, é a exigência de requisito objetivo não previsto em lei.

3. Ordem concedida. (HC 123451/RS, Relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe de 03.08.2009.)

Em resumo, penso que o argumento esposado no voto proferido neste EREsp pelo eminente relator, Ministro Napoleão Maia Filho, de que a interrupção do lapso temporal para a progressão deve ser interrompido porque “se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução”, *data maxima venia*, a meu ver, não encontra respaldo legal. E, mais do que isto, com o devido respeito, conflita com a situação pacificada até mesmo no âmbito da egrégia Quinta Turma, uma vez que o custodiado que pleiteia a comutação de penas e o livramento condicional, no mais das vezes, encontra-se em regime fechado. E, ainda que venha a cometer falta grave, a sanção dela decorrente não atinge o tempo de pena cumprido e nem impede a sua concessão, como já demonstrado. Além do que, sob o ponto de vista da relação jurídica do preso com a administração, o cometimento de falta grave implica na adoção de sanção prevista na LEP, justamente para desestimular o cometimento de infrações no decorrer a execução. É o que a lei tem como necessário e suficiente para a manutenção da disciplina. E é o que basta para que o custodiado, sujeito de direitos e deveres perante o Estado no cumprimento da sanção imposta pelo Poder Judiciário, responda pelo ato de indisciplina eventualmente praticado. Já na esfera jurisdicional, seu comportamento deverá ser sopesado sob outro enfoque, não mais de caráter punitivo, senão o do preenchimento dos requisitos para a progressão.

Com isso, voto no sentido de negar provimento aos embargos de divergência, para manter o acórdão ora embargado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, meu voto é idêntico ao proferido nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.133.804/RS, Relator o Sr. Ministro Gilson Dipp, negando acolhimento aos embargos de divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: - Sra. Presidente, *data venia*, acompanho o voto de divergência, negando provimento aos embargos de divergência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS): Ao minucioso relatório do eminente Ministro-Relator, acrescenta-se que o feito foi levado a julgamento pela egrégia Terceira Seção, ocasião em que, após a prolação do voto do ilustre Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator), acolhendo os embargos de divergência, a fim de assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para a obtenção da progressão de regime, que foi acompanhado pelo Ministro Jorge Mussi, e do voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, rejeitando os embargos, e dos votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze e Sebastião Reis Júnior, que acompanharam a divergência, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Cinge-se a controvérsia dos autos em saber se o cometimento de falta grave tem o condão de interromper o lapso aquisitivo para a progressão de regime.

Como é de sabença, a Quinta Turma deste Sodalício tem entendimento reiterado de que a prática de infração disciplinar grave acarreta novo marco para a constatação do requisito objetivo.

Em sentido contrário, a Sexta Turma deste Tribunal Superior possui jurisprudência iterativa, no sentido de que o cometimento de falta grave não pode interromper o lapso aquisitivo para a evolução prisional.

À divergência entre os Órgãos Julgadores da Terceira Seção, acrescenta-se a tese colacionada pelo culto Ministro Marco Aurélio Bellizze no EREsp n. 1.133.804/RS, que faz distinção entre a situação jurídica do apenado, ao tempo da prática de infração disciplinar, ou seja, a depender da possibilidade de regressão de regime, o cometimento de falta grave implicará em novo marco interruptivo, ou não.

Em detida análise da divergência jurisprudencial, sem menos desconsiderar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que enriquece a discussão ao trazer novos elementos à consideração dos preclaros Julgadores, entendo que o posicionamento adotado pela Quinta Turma afigura-se como o mais adequado.

Dispõem os arts. 112 e 118, I, da Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime

anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

Extrai-se dos referidos dispositivos legais que a regressão de regime e o cumprimento de novo lapso, em modo de resgate de pena mais gravoso, é efeito imediato da prática de falta grave, razão pela qual a evolução prisional não pode se dar sem que o tempo necessário à consecução do benefício seja completado.

Em outras palavras, praticada a infração disciplinar pelo apenado, esse deverá regredir de regime e, por conseguinte, cumprir novo lapso aquisitivo, em face da disposição legal que impõe o resgate de tempo em *regime anterior*.

Importar registrar, ainda, que mesmo que *não* haja regressão de regime, em razão do custodiado já se encontrar no regime mais severo, o apenado deverá cumprir novo tempo para evolução prisional, pois, se assim não fosse, o reeducando poderia pleitear sua transferência para o regime semiaberto, alegando, simplesmente, o seu bom comportamento.

Nessa senda, entender que a prática de falta grave no regime fechado não interrompe o lapso aquisitivo para a obtenção da progressão de regime, a meu ver, conferiria ao reeducando bônus perante a execução penal, já que a prática de falta grave não lhe acrescentaria maiores repercussões, pois as demais sanções advindas da insubmissão administrativa soar-lhe-iam brandas, ante a dispensabilidade de novo resgate de pena, o que, para muitos, seria um estímulo ao cometimento de infrações.

Outrossim, assentir com a preposição de que a prática de infração disciplinar não constitui novo marco para a evolução prisional, quando cometida por reclusos que se encontram no sistema fechado, no meu entender, violaria o princípio da igualdade, já que o custodiado que cumpre pena no regime intermediário, ao ser punido por falta grave, deverá regredir ao regime fechado e nele cumprir o prazo necessário para a progressão, circunstância que não se exigirá do infrator, que já se encontra no modo mais gravoso.

Dessarte, entendo que a prática de falta grave tem o condão de interromper o lapso aquisitivo para a progressão de regime, sendo desinfluyente a situação jurídica do apenado, ao tempo do cometimento da infração disciplinar.

Neste sentido, o Pretório Excelso já se pronunciou:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO E HOMICÍDIO QUALIFICADOS. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. ARTIGO 112 DA LEP. CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME FECHADO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO (MÉRITO DO CONDENADO) EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 8.072/90 NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. CONHECIMENTO DA MATÉRIA POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A progressão do regime da pena imposta, *in casu* fechado, reclama o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84); a saber: a) cumprimento de um sexto da pena (requisito objetivo); b) bom comportamento carcerário (requisito subjetivo). 2. A prática de falta grave acarreta a interrupção da contagem do prazo para a progressão do regime de cumprimento de pena. Inobstante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido, não há que se falar em violação do princípio da legalidade. Isso porque a interrupção do prazo decorre de uma interpretação sistemática das regras legais existentes (Precedentes: HC n. 97.135/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 24.5.11; HC n. 106.685/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 15.3.11; RHC n. 106.481/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 3.3.11; HC n. 104.743/SP, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJ de 29.11.10; HC n. 102.353/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 04.11.10; HC n. 103.941/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 23.11.10). 3. O réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime mais gravoso; todavia, ao réu que já cumpre pena no regime mais gravoso (regime fechado) não pode ser aplicado o instituto da regressão, sendo permitido, portanto, o reinício da contagem do prazo para a progressão, levando-se em conta o tempo de pena remanescente. 4. A análise do preenchimento, ou não, do requisito subjetivo implica a verificação do merecimento por parte do condenado, que demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*. (Precedentes: HC n. 95.486/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 1º.10.10; HC n. 80.713/SP, Relator o Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ de 27.04.01). 5. A alegação referente à inaplicabilidade da Lei n. 8.072/90 à hipótese dos autos não foi submetida à apreciação das instâncias precedentes, o que impede seja conhecida por esta Corte, sob pena de supressão de instância (Precedentes: HC n. 104.391/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 06.05.11; HC n. 102.981/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 24.03.11; HC n. 98.616/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 22.02.11). 6. Ordem denegada. (HC 102365, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado

em 14/06/2011, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011 EMENT VOL-02556-02 PP-00240)

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE NO CURSO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO DE 1/6 PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO. ORDEM DENEGADA. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o cometimento de falta grave reinicia a contagem do lapso temporal de 1/6 para a concessão de progressão de regime. Confirmam-se, por amostragem, os seguintes julgados: HCs 85.141, da minha relatoria; 85.605, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; 93.554, da relatoria do ministro Celso de Mello; 95.367, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e, mais recentemente, 101.915, da relatoria da ministra Ellen Gracie. 2. Tal maneira de decidir decorre da constatação de que o regime de cumprimento da pena é, em regra, progressivo, exigindo-se para tanto o cumprimento de, no mínimo, 1/6 do total da pena (requisito objetivo) e a presença de elementos subjetivos que recomendem a progressão do sentenciado. 3. No caso de condenados que pratiquem falta grave, o requisito objetivo para a obtenção do benefício da progressão é de ser reiniciado da data da falta grave, adotando-se por paradigma o quantum remanescente da pena. 4. Habeas corpus denegado. (HC 104.743, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010)

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE (FUGA) EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO DE 1/6 PARA A OBTENÇÃO DE NOVA PROGRESSÃO. PACIENTE QUE FICOU 1 ANO E 8 MESES FORAGIDO. PROPORCIONALIDADE DO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA COMO FALTA GRAVE. ORDEM DENEGADA. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o cometimento de falta grave reinicia a contagem do lapso temporal de 1/6 (1/6 de cumprimento da pena a que foi condenado ou ainda para cumprir) para a concessão de progressão de regime. Confirmam-se, por amostragem, os seguintes julgados: HCs 85.141, da minha relatoria; 85.605, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; 93.554, da relatoria do ministro Celso de Mello; 95.367, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e, mais recentemente, 101.915, da relatoria da ministra Ellen Gracie. 2. Na concreta situação dos autos, o paciente fugiu do estabelecimento penal, quando estava sob o regime aberto, e permaneceu foragido por 1 ano e 8 meses. Pelo que, observada a proporcionalidade no enquadramento da conduta como falta grave, é de incidir a pacífica jurisprudência deste STF. Jurisprudência decorrente da própria literalidade do art. 112 da Lei de Execuções Penais: fará jus à progressão, se e quando o condenado “tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”. 3. O período de 1/6 é de ser calculado, portanto, com apoio no restante da pena a ser cumprida, adotando-se como termo inicial de contagem a data em que o

sentenciado foi recapturado. 4. Habeas corpus denegado. (HC 103.154, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-215 DIVULG 09-11-2010 PUBLIC 10-11-2010 EMENT VOL-02428-01 PP-00017)

Ante o exposto, com a vênia dos demais, acompanho o Ministro Relator, para acolher os embargos de divergência, a fim de assentar que a prática de falta grave constitui marco interruptivo para a obtenção da progressão de regime, independentemente da situação jurídica em que se encontrar o apenado, ao tempo da infração disciplinar.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ): Trata-se de embargos de divergência em recurso especial, opostos pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, com o objetivo de uniformizar o entendimento conflitante entre as Turmas desta c. Terceira Seção, a respeito do efeito sobre o cálculo do lapso temporal para a progressão de regime prisional, a partir do cometimento de falta grave na execução criminal.

A Quinta Turma tem adotado o entendimento de que após o cometimento de falta grave deve ser reiniciada a contagem do lapso temporal para a obtenção da progressão de regime prisional sem, contudo, interromper-se o período aquisitivo para a obtenção de outros benefícios carcerários, tais como o livramento condicional e a comutação de pena.

A Sexta Turma filia-se ao entendimento de que não há previsão legal para o reinício da contagem do tempo necessário à obtenção da progressão de regime prisional, limitando-se o incidente da execução a macular o requisito subjetivo consistente no comportamento carcerário do apenado.

Nos presente autos, o eminente Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto no sentido da tese perfilhada pela Quinta Turma, considerando que o cometimento de falta grave, com a conseqüente regressão, quando for o caso, e a perda de parte dos dias remidos, deve acarretar o reinício do cálculo do lapso temporal para nova progressão de regime, tendo como base o *quantum* remanescente da pena, considerando-se tal medida como consectário lógico da punição administrativa pela falta grave.

A divergência foi aberta pelo voto da eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sob os fundamentos de que (*i*) não há previsão legal para o

reinício da contagem do tempo necessário à progressão de regime, (ii) a criação desse requisito importa a atuação legiferante do poder judiciário e (iii) é vedada na hermenêutica penal a utilização da analogia *in malam partem*, sob pena de ferir-se o Princípio da Anterioridade.

Neste processo, votaram com o eminente Ministro Relator os Ministros Jorge Mussi e Vasco Della Giustina. De outro lado, acompanharam a divergência, os Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.

Após, pedi vista dos autos para melhor analisar a *quaestio*.

É certo que a Constituição Federal consagra o primado do Princípio da Legalidade, nos termos do postulado do art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Na lição de Alexandre de Moraes, em seu Direito Constitucional, lemos que “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral” (MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL, Ed. Atlas, 24ª ed., fl. 41).

Segue o autor, citando Garcia de Enterría, *verbis*:

“quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (dura lex, sed lex), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem ‘dentro da Constituição’ e especialmente de acordo com a sua ‘ordem de valores’ que, com toda a explicitude expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais” (Op. Cit., fl. 42)

Por seu turno, impõe-se assinalar que o Direito Penal está íntima e intrinsecamente ligado aos comandos e limites constitucionais, mormente pela gravidade dos fatos a que se aplica, bem como, à consequência irretratável que se manifesta com a cominação da sanção de natureza penal.

O eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, *in memoriam*, fez questão de destacar essa relação em sua obra Estrutura do Direito Penal, assim descrito:

“O Direito Penal está intimamente relacionado ao Direito Constitucional. Aliás, são setores jurídicos que a partir do Iluminismo sempre caminharam paralelamente.

O Direito Constitucional - relativo à Carta Política, diploma legal que enfeixa e garante a proteção dos direitos dos cidadãos - por razões políticas e históricas, estaria - e continua - presente no quadro do Direito Penal resultante do Humanismo.

Não é sem explicação e lógica, portanto, que princípios diretores do Direito Penal, como reforço e expressão do direito de liberdade, comparecessem tanto nas Constituições como nos Códigos Penais." (fl. 126)

Portanto, é forçosa a abordagem do tema em julgamento à luz do Princípio da Legalidade, como regente basilar da matéria.

A Lei de Execução Penal expressa que o sistema penitenciário adotado no Brasil se funda na forma progressiva do cumprimento da pena, conforme lê-se no art. 112, na forma alterada por legislação posterior:

*"Art. 112. **A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva** com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)*

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003)" (grifo nosso)

De outro lado, é certo que o mesmo diploma legal prevê a forma regressiva na execução da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 118, *verbis*:

*"Art. 118. **A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva**, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado." (grifo nosso)

Além da referida regressão de regime, o condenado que cometer falta grave estará sujeito às sanções previstas no art. 127 da LEP, hoje assim redigido:

“Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. (Redação dada pela Lei n. 12.433, de 2011)”

Ainda no que concerne ao cometimento da falta grave, prevista nos arts. 50 e 51 da LEP, o legislador federal estabeleceu no art. 57, parágrafo único, que:

“Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)” (grifo nosso)

Quais sejam:

“Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único):

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003) (grifo nosso)

Frise-se, por oportuno que as hipóteses punitivas aqui previstas constituem-se em *numerus clausus*, não havendo falar em rol meramente exemplificativo.

Por tudo que aqui se expôs, é certo que não há, de forma alguma, qualquer remição legal que determine ou autorize o reinício da contagem do prazo para a obtenção da progressão de regime, quer pelo total da pena imposta, quer pelo saldo remanescente a ser cumprido.

Releva notar que o cometimento de falta grave na execução da pena privativa de liberdade *“pode revelar má conduta carcerária, impedindo, assim, o preenchimento do requisito subjetivo para a progressão. Mas não pode estar vinculado ao requisito temporal que é objetivo”*, como expressamente ressaltou a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao inaugurar a divergência nos autos do EREsp 1.176.486/SP, cujo julgamento faz-se concomitantemente com este feito, por tratar da mesma matéria.

Há aqueles que entendem que o reinício da contagem do prazo para a obtenção de nova progressão de regime é consectário lógico da própria regressão, em razão de cometimento de falta grave, pois o apenado não se mostra ressocializado, devendo cumprir novo interstício para a obtenção do benefício carcerário progressivo.

Todavia, tal conclusão decorre do exercício de interpretação realizado pelo julgador.

Assim, deve-se analisar a hermenêutica adequada à aplicação da *quaestio jure*.

É inquestionável que cabe o Estado-Juiz, no uso do poder decorrente de sua investidura, a prática da interpretação das normas, a partir da hermenêutica jurídica.

Todavia, a hermenêutica própria do Direito Penal encontra sérias limitações, a fim de evitar-se o abuso de poder por parte do Estado, em desfavor do cidadão.

Ademais, deve-se ressaltar que o uso da analogia na criação de figuras típicas ou no agravamento da condição jurídica do cidadão, ou seja, *in malam partem*, além de violar o *status libertatis* inerente a todos, viola o Princípio da Anterioridade da lei penal, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine legge praevia*.

Nos dizeres de Basileu Garcia, citado por Luiz Vicente Cernicchiaro, na obra anteriormente referida:

*“a analogia é um método de ampliação e extensão do âmbito da norma jurídica: aplica-se a um fato não previsto por lei, uma lei destinada a prever fatos semelhantes. É suficiente esse conceito para se ver que a **sua utilização no campo repressivo, para o fim de punir, aberrantemente do princípio da legalidade dos delitos e das penas, e que ela não pode ser consentida no Direito Criminal** dos povos que o inscrevem nos pórticos da sua legislação”.* (grifo nosso)

Sempre oportuno lembrar o texto do eminente Ministro Francisco de Assis Toledo, em seus Princípios Básicos de Direito Penal, ensina que *“corolário do princípio da legalidade é a proibição da analogia para fundamentar ou agravar a pena”* (fl. 26).

Segue o saudoso professor: *“estando regulamentada em lei uma situação particular, aplica-se por analogia essa mesma regulamentação a outra situação particular, semelhante mas não regulamentada. É uma conclusão que se extrai do*

particular para o particular”, procedimento claramente incompatível com a defesa dos interesses públicos, inerentes ao Direito Penal e ao mister do Juiz no Estado Democrático de Direito.

O consagrado professor J. J. Gomes Canotilho ensina que “*a tarefa de interpretar e aplicar princípios jurídicos encontra insuperável obstáculo no sentido comum das palavras*”, e segue, “*não é válida a interpretação ou aplicação da norma que construa sentido contra o texto exposto do dispositivo, ou seja, do artigo da lei*”.

Na Teoria dos Princípios, Humberto Ávila delimita, de forma esclarecedora, a questão relativa aos limites interpretativos que se impõem ao Magistrado, aplicar a norma legal, *verbis*:

“O Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração geram um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender ‘provisória’ como permanente, ‘trinta dias’ como mais de trinta dias, ‘todos os recursos’ como alguns recursos, ‘ampla defesa’ como restrita defesa, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.”

Aliás, historicamente, este Superior Tribunal já deu mostras de sua missão na defesa dos princípios aqui invocados.

Colaciona-se como exemplos *(i)* a questão referente ao regime integralmente fechado para o cumprimento da pena pelo cometimento de crimes hediondos, rechaçado pela Sexta Turma (REsp 48.719/SP Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; HC 44.573/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti), bem como, *(ii)* a ofensa ao princípio da legalidade na aplicação de sanção por falta grave pelo uso de telefone celular dentro dos estabelecimentos prisionais, reconhecida pela Quinta Turma em precedentes dos eminentes Ministros Felix Fischer (HC 46.545/SP) e Gilson Dipp (HC 60.091/SP).

Em ambos os casos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas, antes mesmo que o Excelso Pretório tenha, formalmente, declarado sua incompatibilidade com o texto constitucional.

Por todo o exposto, reconhecendo a revisão do entendimento adotado até o momento nos julgamentos da Quinta Turma, peço vênias respeitadas ao eminente Ministro relator para acompanhar a divergência.

É o voto.

VOTO-DESEMPATE

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhores Ministros, todos conhecem o meu ponto de vista, já proferido reiteradas vezes em julgamentos na Quinta Turma. Tenho votado no sentido de que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção da progressão de regime, ressalvados os outros benefícios, que são o livramento condicional, o indulto e a comutação.

Diante disso, acompanho o voto do eminente Ministro Relator.



Súmula n. 535

SÚMULA N. 535

A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.

Referências:

CPC, art. 543-C.

LEP, arts. 112, 127 e 142.

Súmula n. 441-STJ.

Precedentes:

EREsp	1.176.486-SP	(3ª S, 28.03.2012 – DJe 1º.06.2012)
(*)REsp	1.364.192-RS	(3ª S, 12.02.2014 – DJe 17.09.2014) – acórdão publicado na íntegra
HC	294.974-SP	(5ª T, 25.11.2014 – DJe 1º.12.2014)
HC	296.764-RS	(5ª T, 18.12.2014 – DJe 04.02.2015)
HC	308.192-SP	(5ª T, 10.02.2015 – DJe 23.02.2015)
HC	305.001-SP	(5ª T, 24.02.2015 – DJe 03.03.2015)
HC	305.697-RS	(5ª T, 05.03.2015 – DJe 12.03.2015)
AgRg no RHC	40.520-ES	(6ª T, 03.04.2014 – DJe 15.04.2014)
RHC	41.303-SP	(6ª T, 15.05.2014 – DJe 03.06.2014)
HC	281.007-RS	(6ª T, 10.06.2014 – DJe 1º.07.2014)
HC	297.444-RS	(6ª T, 04.12.2014 – DJe 17.12.2014)
HC	308.070-SP	(6ª T, 19.03.2015 – DJe 27.03.2015)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.364.192-RS (2013/0029846-4)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Jauri José Silva de Oliveira

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME. INTERRUPTÃO. PRAZO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE EFEITO INTERRUPTIVO. COMUTAÇÃO E INDULTO. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. DECRETO PRESIDENCIAL.

1. A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo.

2. Em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave. Aplicação da Súmula 441/STJ.

3. Também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.

4. Recurso especial parcialmente provido para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de

Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Cruz e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Sustentou oralmente a Dra. Josane de Almeida Heerdt pelo recorrido, Jauri José Silva de Oliveira.

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

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 17.9.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido no Agravo em Execução n. 70048297600 (fl. 46):

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. FALTA GRAVE RECONHECIDA.

Falta grave: reconhecida, porquanto o apenado restou foragido por quase um ano.

Alteração da data-base: descabimento, pois somente nova condenação transitada em julgado pode alterar a data de concessão de benefícios.

Perda dos dias remidos: nulidade da decisão no ponto. O art. 127 da Lei de Execução Penal confere uma faculdade ao julgador. Desta forma, é preciso que seja devidamente fundamentada a necessidade de impor a sanção de perda dos dias remidos e a fração a ser aplicada no caso concreto.

AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Alega o recorrente ofensa ao art. 75, § 2º, do Código Penal e aos arts. 111, parágrafo único, e 118, I, do Código Penal, bem como divergência

jurisprudencial, sustentando que a prática de falta grave interrompe o prazo para benefícios na execução, importando em alteração da respectiva data-base.

Pede o provimento do recurso especial, nos termos explicitados.

Oferecidas contrarrazões (fls. 82/93), admitiu-se o recurso na origem na condição de recurso especial representativo da controvérsia (fls. 95/99).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (fls. 120/123).

Às fls. 125/127, proferi decisão indicando o presente recurso especial como representativo da controvérsia, afetando seu julgamento à Terceira Seção.

Feitas as comunicações de praxe, abriu-se nova vista ao *Parquet*, que ratificou o parecer anteriormente oferecido (fl. 207).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A insurgência merece prosperar, em parte.

A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. QUESTÃO PACIFICADA. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

[...]

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.176.486/SP, pacificou o entendimento no sentido de que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime.

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

(AgRg nos EREsp n. 1.238.177/SP, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 30/4/2013)

EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. TESE JURÍDICA PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA TERCEIRA SEÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

[...]

2. No caso, a 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a prática de falta grave pelo apenado no curso da execução autoriza a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EREsp n. 1.197.895/RJ, Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 19/12/2012)

No entanto, em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave, nos termos da Súmula 441/STJ:

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Por fim, também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. 1. *MANDAMUS* UTILIZADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. HODIERNO ENTENDIMENTO DO STJ, QUE CONTA COM O LOUVÁVEL REFORÇO DA SUPREMA CORTE. 2. EXECUÇÃO PENAL. INTERRUÇÃO DO LAPSO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. DECORRÊNCIA LÓGICA DA FALTA GRAVE. 3. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

2. No caso, a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional e demais benefícios da execução, sem interferir, contudo, no lapso necessário à obtenção do livramento condicional ou à concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no Decreto Presidencial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 275.754/RS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 9/10/2013)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO QUE ATACOU, ESPECIFICAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. DISSÍDIO

JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INTERRUPTÃO DO LAPSO TEMPORAL, PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. PERDA TOTAL DOS DIAS REMIDOS. ADVENTO DA LEI 12.433, DE 29 DE JUNHO DE 2011. LIMITAÇÃO A 1/3 (UM TERÇO) DA PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO.

[...]

IV. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou a jurisprudência, no sentido de que o cometimento de falta grave, pelo apenado, importa na regressão de regime, quando diverso do fechado, e na alteração da data-base para o reinício da contagem do prazo necessário para a obtenção do requisito objetivo, exigido para a progressão, no que tange ao restante do cumprimento da reprimenda, sem interrupção, porém, do período aquisitivo para a obtenção de benefícios da execução penal, a exemplo do livramento condicional e da comutação da pena (REsp 1.176.486/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, maioria, DJe de 01/06/2012).

V. Mesmo com o advento da Lei 12.433, de 29/06/2011 – que deu nova redação ao art. 127 da Lei 7.210/84, dispondo que, “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar” –, a falta grave continuou a representar marco interruptivo para a obtenção de progressão de regime prisional, ficando vedada apenas a perda total do tempo remido.

VI. A prática de falta grave, pelo apenado, não interrompe o lapso temporal para o livramento condicional (Súmula 441/STJ), indulto e comutação de pena, salvo, quanto aos dois últimos, se houver expressa previsão, no Decreto presidencial que conceder o benefício (art. 84, XII, da CF/88). Precedentes (STJ, HC 180.460/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, unânime, DJe de 27/08/2012; HC 205.863/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, unânime, DJe de 12/06/2012).

[...]

VIII. Agravo Regimental improvido.

[...]

(AgRg no AREsp n. 199.014/SP, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 28/10/2013)

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, quero também, a exemplo dos Colegas, louvar o trabalho executado pela Defensoria Pública para os presos em situação bem grave no Estado do Maranhão. O que nos acalenta nesta questão é que temos uma Defensoria Pública que, embora recém criada, tem boa atuação, pois conseguiu resolver as questões mais urgentes daquele caótico sistema prisional.

Quanto ao tema, a matéria, como diz o eminente Ministro Relator, já está pacificada nas duas Turmas desta Corte e até na Terceira Seção.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, dando parcial provimento ao recurso especial para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime prisional.

É como voto.



Súmula n. 536

SÚMULA N. 536

A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Referências:

CF/1988, art. 226, § 8º.

CP, art. 129, § 9º.

Lei n. 9.099/1995, art. 89.

Lei n. 11.340/2006, art. 41.

Precedentes:

HC	173.426-MS	(5ª T, 25.11.2010 – DJe 13.12.2010)
HC	198.540-MS	(5ª T, 19.05.2011 – DJe 08.06.2011)
HC	203.374-MG	(5ª T, 16.06.2011 – DJe 29.06.2011)
RHC	42.092-RJ	(5ª T, 25.03.2014 – DJe 02.04.2014) – acórdão publicado na íntegra
HC	191.066-MS	(6ª T, 06.09.2011 – DJe 20.06.2012)
AgRg no HC	173.664-MG	(6ª T, 28.08.2012 – DJe 12.09.2012)
RHC	33.620-RS	(6ª T, 26.02.2013 – DJe 12.03.2013)

Terceira Seção, em 10.6.2015

DJe 15.6.2015

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 42.092-RJ (2013/0361990-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Jorge Cardias da Rosa

Advogado: Rafael Viana Rezende de Carvalho

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL (ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL). CRIMES PRATICADOS POR PADRASTO CONTRA ENTEADA. LEI MARIA DA PENA. INCIDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COABITAÇÃO. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE INTIMIDADE E AFETO ENTRE AGRESSOR E VÍTIMA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DE TAL ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Nos termos do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, é perfeitamente possível a prática de violência doméstica e familiar nas relações entre o convivente da mãe e a filha desta, ainda que não tenham coabitado, exigindo-se, contudo, que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente entre o agressor e a vítima. Precedente.

2. Na hipótese dos autos, tanto o magistrado de origem quanto a autoridade apontada como coatora consignaram que o recorrente era padrasto da vítima e a agrediu após uma discussão desencadeada em razão do relacionamento amoroso que possuía com a mãe da ofendida, tendo a violência ocorrido no bojo de uma relação íntima de afeto.

3. A desconstituição de tal entendimento demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita.

PRETENDIDA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, do alegado direito do recorrente ao benefício da suspensão condicional do processo, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado.

2. Ainda que assim não fosse, após o julgamento do HC n. 106.212/MS pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, notadamente o da suspensão condicional do processo, aos acusados de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Precedentes.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 2.4.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por JORGE CARDIAS DA ROSA contra acórdão proferido pela

2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem no HC n. 0044547-72.2013.819.0000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado perante o III Juizado da Violência Doméstica da Regional de Jacarepaguá/RJ pela prática do delito de lesão corporal de natureza leve.

Em sua resposta à acusação, arguiu a incompetência do Juízo processante, o que foi afastado por este, que rejeitou, ainda, embargos de declaração que visavam à suspensão condicional do processo.

Inconformado, impetrou prévio *writ*, cuja ordem restou denegada.

Sustenta o patrono do recorrente que o caso dos autos não configuraria violência doméstica ou familiar, pois agressor e vítima não seriam da mesma família e nunca teriam vivido juntos.

Esclarece que é casado com pessoa diversa da genitora da vítima, com a qual teve um relacionamento rápido e esporádico.

Afirma que não nutriria qualquer sentimento de afeto ou de paternidade em relação à ofendida.

Alega que a vedação do artigo 41 da Lei 11.340/2006 não abrangeria expressamente a hipótese de suspensão condicional do processo, ressaltando que a proteção dada às mulheres no âmbito doméstico e familiar não teria aniquilado direitos e garantias fundamentais assegurados aos agressores.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a incompetência absoluta do Juizado da Violência Doméstica, determinando-se a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal e, subsidiariamente, pleiteia o direito do recorrente à suspensão condicional do processo.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 151/152.

Dispensadas as contrarrazões (e-STJ fl. 144), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 159/162, manifestou-se pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso ordinário em *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o reconhecimento da incompetência do Juizado da Violência Doméstica para processar e julgar o recorrente, ou a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

De acordo com o artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Da leitura do referido dispositivo legal, constata-se que é perfeitamente possível a prática de violência doméstica e familiar nas relações entre o convivente da mãe e a filha desta, ainda que não tenham coabitado, exigindo-se, contudo, que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente entre o agressor e a vítima.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO ENTRE AUTORES E VÍTIMA. COABITAÇÃO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal afirmou que o legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, teve em conta a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. Ainda, restou consignado que o escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade/vulnerabilidade diante do homem ou de outra mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade (CC n. 88.027/MG, Ministro Og Fernandes, DJ 18/12/2008).

4. A intenção do legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso, e não de relações transitórias, passageiras, sendo desnecessária, para a comprovação do aludido vínculo, a coabitação entre o agente e a vítima ao tempo do crime.

5. No caso dos autos, mostra-se configurada, em princípio, uma relação íntima de afeto entre autores e ofendida, pois, além de os agressores já terem convivido com a vítima, o próprio paciente (pai da vítima) declarou, perante a autoridade policial, que a ofendida morou com ele por algum tempo, tendo inclusive montado um quarto em sua residência para ela.

6. Para a incidência da Lei Maria da Penha, faz-se necessária a demonstração da convivência íntima, bem como de uma situação de vulnerabilidade da mulher, que justifique a incidência da norma de caráter protetivo, hipótese esta configurada nos autos.

7. Para efetivamente verificar se o delito supostamente praticado pelos pacientes não guarda nenhuma motivação de gênero nem tenha sido perpetrado em contexto de relação íntima de afeto, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, o que, conforme cediço, não é cabível no âmbito estrito do writ.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 181.246/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013)

Na hipótese dos autos, o magistrado singular, adotando os fundamentos do parecer ministerial, rejeitou a alegação de incompetência formulada pelo acusado sob o argumento de que era padrasto da vítima e a agrediu após uma discussão desencadeada em razão do relacionamento amoroso que possuía com a mãe da ofendida, tendo a violência ocorrido no bojo de uma relação íntima de afeto (e-STJ fls. 32/34 e 35).

Igualmente, a autoridade apontada como coatora consignou que “a despeito de o réu alegar que seu relacionamento com a mãe da vítima está extinto, e que é casado há muitos anos com terceira pessoa, a par de se tratar de matéria de fato, que enseja a análise de provas, inviável no âmbito do habeas corpus, é inegável que as agressões sofridas tiveram origem naquela relação, ou melhor, em seu desfazimento, merecendo relevo o fato de que, a vítima afirmou que, o ora paciente insistiu em entrar na casa de sua mãe e, após uma breve discussão, ele disse que queria ser respeitado como homem, desferindo-lhe um soco no rosto” (e-STJ fl. 114).

Ora, para desconstituir tal entendimento e atestar que não haveria qualquer espécie de relacionamento entre o recorrente e a ofendida, de modo a afastar a competência do Juízo da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar o feito, seria necessário revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita.

A propósito:

HABEAS CORPUS. AMEAÇA. ALEGAÇÃO DE QUE O FATO NÃO SE ENQUADRA NA LEI MARIA DA PENHA. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O trancamento da ação penal, pela via de habeas corpus, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não é o caso dos autos.

2. No caso, a denúncia narra fato típico, descrevendo que “a vítima era esposa do averiguado e ambos discutiam judicialmente a separação. Desde então, o denunciado passou a ameaçá-la, bem como a seus parentes, criando blogs e e-mails com mensagens contrárias à vítima”.

3. Assim, não se evidencia estreme de dúvidas a alegada atipicidade da conduta do paciente, tornando temerário o atendimento ao pleito deduzido, sobretudo porque a peça acusatória, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, demonstra, em tese, a configuração do delito de ameaça.

4. A questão acerca do não enquadramento da conduta imputada ao paciente na Lei Maria da Penha requer o revolvimento da matéria fática, o que somente poderá ser discutido durante a instrução criminal.

5. Ordem denegada.

(HC 152.462/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 17/12/2010)

Finalmente, o inconformismo não pode ser conhecido no que se refere à pretendida concessão do benefício da suspensão condicional do processo, uma vez que a referida questão não foi alvo de deliberação pelo Tribunal Estadual no julgamento do *habeas corpus* originário, circunstância que impede a manifestação deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tópico, já que a prestação jurisdicional neste momento se daria em indevida supressão de instância.

A propósito:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. (...) 2. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. Não havendo manifestação do Tribunal Estadual sobre o pleito de suspensão condicional do processo, a matéria não pode ser analisada diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem denegada.

(HC 220.120/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

PENAL. TRÁFICO. (...) SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

1. Inviável a apreciação da questão relativa à suspensão condicional do processo, por não ter sido objeto de análise pelo Tribunal de Origem, não podendo ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

(...)

4. Ordem parcialmente conhecida, e nesta extensão, concedida, em parte, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 189.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012)

Ainda que assim não fosse, após o julgamento do HC n. 106.212/MS pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, notadamente o da suspensão condicional do processo, aos acusados de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei Maria da Penha.

Assim, tendo o recorrente sido denunciado como incurso nas penas do artigo 129, § 9º, do Código Penal, pela suposta prática de lesão corporal leve no âmbito de relação doméstica e familiar contra mulher (e-STJ fls. 8/10), não possui o direito à suspensão condicional do processo por expressa vedação legal.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9º, DO CP). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. (...) (2) APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/95 (SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO). INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

2. A Terceira Seção desta Corte, alinhando-se à posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que não se aplicam os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, dentre eles a suspensão condicional do processo, as hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. Recurso não provido.

(RHC 31.661/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013)

HABEAS CORPUS. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO NO SENTIDO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41 DA LEI N. 11.340/2006. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar, em razão do disposto no art. 41 da Lei n. 11.340/2006. Precedentes.

2. “Diante da posição firmada pelo Pretório Excelso, o disposto no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 não tem aplicação aos delitos de lesão corporal, ficando superado, nesse caso, qualquer debate acerca da necessidade de realização de audiência específica para oportunizar a renúncia da representação oferecida pela vítima” (HC 136.333/MG, 6ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 02/04/2012).

3. Habeas corpus denegado.

(HC 185.130/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012)

Ante o exposto, *conhece-se parcialmente* do recurso e, nessa extensão, *nega-se provimento* ao reclamo.

É o voto.