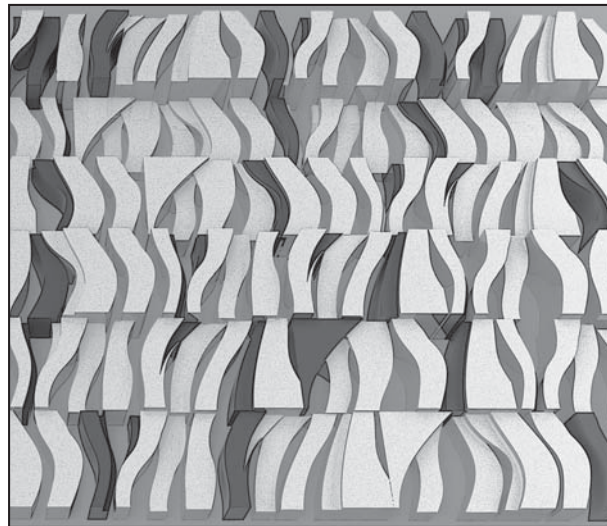


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 246, TOMO 2
ANO 29
ABRIL/MAIO/JUNHO 2017

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Luis Felipe Salomão

Chefe de Gabinete

Marluce Sampaio Duarte

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Marilisa Gomes do Amaral

Técnico em Secretariado

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça

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

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

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

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

Telefone (61) 3319-8055/3319-8003, Fax (61) 3319-8992

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

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

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministra **Laurita Hilário Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra Fátima **Nancy Andrichi**

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Diretora-Geral da ENFAM*)

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Diretor da Revista*)

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo** Filho

Ministro **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel Diniz Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior** (*Ouvidor*)

Ministro **Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães**

Ministro **Sérgio Luíz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

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

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Martins** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

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

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

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

Ministra **Regina Helena Costa** (*Presidente*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Gurgel de Faria**

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

Ministra **Assusete Magalhães** (*Presidente*)

Ministro **Francisco Falcão**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

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

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

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Moura Ribeiro**

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

Ministra **Isabel Gallotti** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

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

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

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

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

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

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Nefi Cordeiro** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Jorge Mussi** (*Presidente*)

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

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

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Presidente*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Jorge Mussi** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

GESTORA DE PRECEDENTES

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

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Martins** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

Membros Suplentes

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Diretora-Geral*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*Vice-Diretor*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

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

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*Efetivo*)

Ministro **Jorge Mussi** (*1º Substituto*)

Ministro **Og Fernandes** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

Corte Especial	17
Primeira Seção.....	43
Primeira Turma	87
Segunda Turma	215
Segunda Seção.....	291
Terceira Turma	413

TOMO 2

JURISPRUDÊNCIA

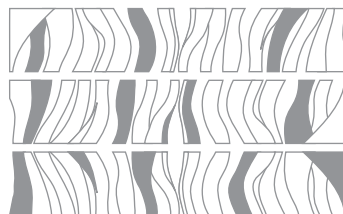
Quarta Turma.....	527
Quinta Turma.....	729
Sexta Turma.....	875

ÍNDICE ANALÍTICO	1007
-------------------------------	------

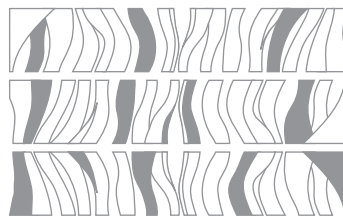
ÍNDICE SISTEMÁTICO	1027
---------------------------------	------

SIGLAS E ABREVIATURAS	1033
------------------------------------	------

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1039
--	------



Jurisprudência



Quarta Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL N. 738.682-RJ (2015/0162885-3)**

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Relator para o acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão

Agravante: Sabrina Mariella Bonini

Advogados: Sabrina Mariella Bonini (Em Causa Própria) e outros -
RJ101155

Alain Biron - RJ114164

Agravado: Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A

Advogados: João Thomaz Prazeres Gondim e outro(s) - RJ062192

Osmar Mendes Paixão Côrtes - DF015553

Carlos Roberto de Siqueira Castro e outro(s) - DF020015

Marcelle Padilha - RJ152229

Marina de Araujo Lopes - DF043327

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Obrigação de fazer e indenizatória. Ordem judicial determinando que a ré retire gravames de veículo no Detran, sob pena de multa diária. *Astreintes*. Parâmetros de fixação.

1. É verdade que, para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta.

2. No tocante especificamente ao balizamento de seus valores, são dois os principais vetores de ponderação: a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas; e b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo.

3. O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*).

4. É dever do magistrado utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente verificando medidas de apoio que tragam menor onerosidade aos litigantes. Após a imposição da multa (ou sua majoração), constatando-se que o apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida, ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente.

5. No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele tentar mitigar a sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da *supressio*. Nesse sentido, Enunciado n. 169 das Jornadas de Direito Civil do CJF.

6. Na hipótese, o importe de R\$ 408.335,96 a título de *astreintes*, foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal (aproximadamente R\$ 110.000,00). Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o seu prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, é razoável a redução da multa coercitiva para o montante final de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo negando provimento ao agravo interno, acompanhando a relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi no sentido da divergência, por maioria, dar parcial provimento ao agravo interno.

Vencidos, em parte, a relatora e o Ministro Raul Araújo. Lavrará o acórdão o Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator p/ Acórdão

DJe 14.12.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: *Sabrina Mariella Bonini* interpõe agravo interno contra decisão que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial interposto por *Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A*, reduzindo a multa cominatória acumulada de R\$ 408.335,96 para R\$ 33.000,00, valor coincidente com a condenação em danos materiais e morais fixada (fls. 303/307).

A agravante sustenta que o óbice da Súmula 7/STJ impede a redução da multa cominada. Quanto ao mérito, defende a razoabilidade do valor alcançado, pois decorreu da recalcitrância da instituição financeira no cumprimento da ordem judicial por cerca de 400 dias, isto é, para que retirasse o registro do gravame existente sobre o veículo. Afirma que não guarda relação com a obrigação principal e que a redução prestigia e estimula a conduta desidiosa da agravada. Requer, ao final, o provimento do agravo para restabelecimento do valor inicialmente fixado à título de *astreintes*.

Intimada, a agravada pugnou pela manutenção da decisão agravada (fls. 324/352).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Primeiramente, cumpre transcrever a ementa do acórdão recorrido, proferido pela Vigésima Quinta Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro à fl. 68:

*Agravo interno no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, em fase de execução de sentença. Aquisição de veículo zero quilômetro à vista. Posterior registro de alienação fiduciária realizado pela ré junto ao DETRAN/RJ. Impedimento de realização de vistoria e de venda do veículo. Impugnação à penhora *on line* realizada. Descumprimento da obrigação imposta e confirmada na sentença. Alegação de excesso de execução (*astreints*). Rejeição. Julgamento monocrático que manteve a decisão agravada. Medida que possui caráter coercitivo-punitivo, fixadas com a finalidade de promover a efetividade da decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação. Razoabilidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.*

Verifico que o acórdão recorrido negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo o valor da multa, sob os seguintes fatos e fundamentos (fls. 70/71):

Insurge-se a agravante contra decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento da sentença e manteve a multa aplicada, bem como a penhora *on line* realizada no valor de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos).

In casu, a tutela antecipada concedida determinou à instituição financeira, ora agravante, que procedesse, no prazo de 72 horas, à retirada dos registros do Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da agravada, bem como se abstivesse de promover a busca e apreensão do veículo, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) em caso de descumprimento (pasta 00095). A tutela foi confirmada por sentença (pasta 00167), tendo a agravante somente dado cumprimento à obrigação de fazer 407 dias após a intimação para tanto, conforme se verifica no documento constante na pasta 290.

Dessa forma, nenhum reparo comporta a decisão agravada, eis que o único obstáculo ao cumprimento da determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso da agravante.

Justifica-se, assim, a manutenção do valor das *astreints*, que são fixadas pelo juiz com o escopo de promover a efetividade de uma decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação em flagrante prejuízo da parte contrária.

Reduzir a multa implicaria em premiar a reprovável recalcitrância da agravante, deixando sem consequência o insistente descumprimento, por mais de um ano, da ordem judicial que lhe fora imposta. Ao contrário, a condenação deve ser apta a influir concretamente no comportamento do devedor, inibindo seu desarrazoado comportamento diante do Judiciário.

Ademais, o argumento deduzido no sentido de que o valor das *astreints* (R\$ 408.335,96) supera o total da indenização fixada a título de danos material e moral (quase R\$ 33.000,00), não merece qualquer respaldo, já que a multa só atingiu este montante justamente em virtude do descaso da agravante em cumprir a determinação judicial.

Registre-se, ainda, que conforme ressaltado pela agravante em suas razões recursais, o valor da multa por descumprimento de decisão judicial arbitrada previamente pode ser revisto a qualquer tempo, consoante o disposto no artigo 461, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil, e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, sempre que se tornar insuficiente ou excessiva, de modo a evitar a ineficácia da medida coercitiva ou o enriquecimento sem causa de uma das partes o que, no entanto, não se verifica no presente caso.

Por fim, não prosperam os argumentos da agravante no sentido de que não foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que o montante penhorado em fase de cumprimento de sentença não se mostra excessivo e atende à finalidade de evitar que condutas reprováveis se repitam, sendo certo que o deliberado e injustificado descumprimento da ordem judicial perdurou por mais de 400 dias.

O STJ tem entendido ser possível, de ofício ou a requerimento da parte, a redução do valor da multa por descumprimento de decisão judicial quando se verificar que foi estabelecida fora dos parâmetros da razoabilidade ou quando se tornar exorbitante, podendo gerar enriquecimento indevido. Nesse sentido: 4ª Turma, AgRg no Ag 1.257.122/SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 17.9.2010 e 3ª Turma, REsp 1.085.633/PR, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, DJe de 17.12.2010.

Ressalto que em sede de recurso especial, excepcionalmente, “é possível a redução do valor da multa por descumprimento de decisão judicial (art. 461 do Código de Processo Civil) quando se verificar que foi estabelecida fora dos parâmetros da razoabilidade ou quando se tornar exorbitante” (AgRg no AREsp 511.410/RJ, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, DJe 25.04.2016).

No caso em exame, o Tribunal de origem consignou que a multa alcançou o alto valor de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e

cinco reais, noventa e seis centavos) em razão da recalcitrância do devedor no descumprimento à ordem judicial por mais de um ano.

Ocorre que “o valor atribuído à multa diária por descumprimento de ordem judicial deve ser razoável e proporcional, guardando correspondência com a obrigação principal” (AgRg nos EDcl no AREsp 802.247/RJ, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, DJe 4.4.2016).

Ainda nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Autos de agravo de instrumento. *Astreintes* fixadas por descumprimento de determinação judicial. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso. Insurgência da ré.

1. De acordo com a orientação firmada nesta egrégia Corte Superior, o valor fixado a título de *astreintes* encontra limitações na razoabilidade e proporcionalidade, sendo possível ao juiz, nos termos do § 6º do art. 461 do CPC, “de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. Isso é possível mesmo na hipótese de execução das *astreintes*, pois tal instituto, de natureza processual, tem como objetivo compelir o devedor renitente ao cumprimento da obrigação e não aumentar o patrimônio do credor.

2. Tendo em vista que a finalidade da multa é constranger o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer, tal penalidade não pode vir a se tornar mais atraente para o credor do que a própria satisfação do encargo principal, de modo a proporcionar o seu enriquecimento sem causa.

3. O acórdão recorrido, ao reduzir o valor da multa em execução das *astreintes* de R\$ 160.525,38 para R\$ 10.000,00, agiu em consonância com o entendimento firmado nesta Corte Superior.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.371.369/RN, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 26.2.2016).

Desse modo, a ausência de razoabilidade e proporcionalidade fica caracterizada, inclusive, em razão do valor da condenação em danos materiais e morais, que foi no valor de R\$ 33.000,00, quantia que deve ser observada, conforme efetuado na decisão agravada.

O recurso, na realidade, não trouxe nenhum elemento ou argumento novo capaz de alterar a decisão agravada, que ora confirmo.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: 1. Cuida-se de agravo interno interposto por *Sabrina Mariella Bonini* em face de decisão da eminente Relatora *Ministra Maria Isabel Gallotti*, que conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial de *Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A*, para reduzir o valor final da multa cominatória fixada na origem - acumulada em R\$ 408.335,96 - para R\$ 33.000,00 (fls. 303/307).

A agravante alega, em síntese, que o valor da multa decorre exclusivamente da injustificada recusa da agravada em cumprir a determinação judicial para a retirada do gravame indevidamente incluído no registro de seu veículo no DETRAN/RJ, providência que somente foi adotada mediante a expedição de ofício judicial, 407 dias após a respectiva intimação.

Afirma, nas razões recursais, que “a existência do referido gravame de alienação fiduciária em favor da Agravada no veículo de propriedade da Agravante *bloqueou* por 407 dias quantia de cerca de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais) do seu patrimônio, em uma clara restrição ao seu direito de propriedade, com o agravante de ter ficado *impedida* de efetuar a vistoria anual, de *alienar* seu patrimônio e de se *locomover* legalmente, pois corria também o risco de ser parada em blitz policial, e de eventualmente vir a ser considerada receptadora ou falsária, podendo, inclusive, ser presa por um suposto flagrante delito” (fl. 314).

A douta Relatora negou provimento ao agravo interno. Reafirmando o entendimento jurisprudencial no sentido de que “o valor atribuído à multa por descumprimento de ordem judicial deve ser razoável e proporcional, guardando correspondência com a obrigação principal”, ressaltou que, no caso, “a ausência de razoabilidade e proporcionalidade fica caracterizada, inclusive em razão da condenação em danos materiais e morais, que foi no valor de R\$ 33.000,00, quantia que deve ser observada”.

Após o voto, pediu vista, antecipadamente, o eminente *Ministro Luis Felipe Salomão*. Inaugurando a divergência, deu parcial provimento ao agravo interno, para estabelecer o valor da multa em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde 19.3.2013. Inicialmente, teceu considerações de ordem doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica e de critérios de fixação de *astreintes*. Ao final, relativamente ao caso concreto, assim concluiu seu voto:

Ocorre que, diante da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, somado aos critérios objetivos acima especificados, tenho que a multa coercitiva

tinha como intento principal determinar que o devedor retirasse o gravame existente sobre o veículo da autora e se abstivesse de realizar a sua busca e apreensão, permitindo, assim, que a real proprietária efetivasse a almejada alienação do bem, obstando, ao mesmo tempo, que a financeira realizasse a remoção judicial do automóvel.

Nesse passo, penso que a obrigação principal era, em verdade, a liberação incondicional do veículo, permitindo sua transferência, e, por conseguinte, é o valor do automóvel, à época, R\$ 100.000,00, que deve ser considerado como o valor da obrigação principal, até por ser esse, no fim e ao cabo, o real bem jurídico perseguido pela tutela cominatória (obrigação de liberar o veículo inteiramente pago).

Inclusive, observada sempre a máxima vênia, tenho que, nos termos da petição inicial, a pretensão era tanto o preceito cominatório como a indenização por danos materiais e morais, não se podendo limitar a obrigação principal aos referidos danos suportados (sofrimento moral - R\$ 20 mil - e compensação pela horas que ficou sem trabalhar - R\$ 4.848,24).

Partindo desse viés, verifica-se, ainda, que o valor inicial das *astreintes* em R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia foi condizente e razoável com a obrigação inicial, considerando-se a capacidade econômica e de resistência do devedor, sendo que, mesmo assim, não foi apta a impingir na devedora o cumprimento de seu dever imposto, levando a crer que a opção pelo descumprimento lhe foi mais vantajosa.

Por fim, verifica-se que, na espécie, o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao Detran para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva. A credora só veio a pleitear essa medida 407 dias após, no momento em que peticionou cobrando o saldo remanescente (fl. 261, apenso).

Assim, levando-se em conta referidos parâmetros e tentando conciliar o entendimento das Turmas da Segunda Seção do STJ, penso que o valor de R\$ 408.335,96 foge muito a razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal, aproximadamente R\$ 110.000,00.

Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade do credor ter mitigado o prejuízo, assim como do juízo de ter adotado outros meios suficientes para cumprimento da obrigação, penso seja razoável reduzir a condenação da multa coercitiva para o montante de R\$100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde a data da intimação para cumprimento da obrigação (15.4.2013) e escoado o prazo para tanto (72 horas – 19.4.2013).

Diante da qualidade dos debates, pedi vista dos autos para um exame mais próximo da matéria.

2. Conforme consta dos autos, *Sabrina Mariella Bonini*, ora agravante, ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais contra *Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A*, requerendo a exclusão do gravame de alienação fiduciária, indevida e criminosamente inscrito no registro de propriedade de veículo no Detran/RJ, quanto a automóvel na realidade pertencente à ora agravante, livre de ônus, pois adquirido mediante pagamento à vista, sem financiamento, e, também, a abstenção da ré em promover a busca e apreensão do bem, assim como a condenação desta ao pagamento de indenização por danos morais e materiais (apenso, fl. 169).

Foi deferida antecipação de tutela em 7.2.2013, nos seguintes termos:

[...] acolho o pleito de antecipação da tutela para determinar à Ré que proceda, no prazo de 72 horas, à retirada dos registros do Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da Autora, bem como se abstenha de promover a busca e apreensão do veículo, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) (apenso, fl. 95).

A sentença tornou definitiva a tutela antecipada, julgando parcialmente procedentes os pedidos para declarar a inexistência da restrição sobre o veículo e “condenar a Ré ao pagamento da quantia de R\$ 4.848,24 (quatro mil, oitocentos e quarenta e oito reais e vinte e quatro centavos), a título de reparação dos danos materiais, corrigida monetariamente desde a data do ajuizamento da ação e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês contados da citação, bem como ao pagamento da importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigida monetariamente a partir da presente data e acrescida de juros de mora de 1% ao mês contados a partir da citação, a título de indenização por danos morais” (apenso, fls. 167/173).

Confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça, a sentença transitou em julgado.

Iniciado o cumprimento da sentença, a ré juntou aos autos comprovante de depósito judicial no valor de R\$ 32.904,26 (fl. 258), referente à condenação principal (danos materiais e danos morais). Deixou, no entanto, de depositar o correspondente à multa cominatória (apenso, fl. 258).

Em vista disso, requereu a autora a intimação da ré para o pagamento da multa confirmada na sentença, já acumulada no valor de R\$ 408.335,96 e, também, a expedição de ofício ao Detran/RJ, para as providências necessárias ao cumprimento da ordem de cancelamento do mencionado gravame ainda pendente sobre o registro do veículo (apenso, fls. 257/261).

Apresentada impugnação, foi rejeitada pelo il. Juízo processante (apenso, fls. 359/360), decisão que foi confirmada pelo eg. Tribunal de origem (fls. 31/35 e 67/72), nos termos do v. acórdão assim ementado:

Agravo interno no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, em fase de execução de sentença. Aquisição de veículo zero quilômetro à vista. Posterior registro de alienação fiduciária realizado pela ré junto ao DETRAN/RJ. Impedimento de realização de vistoria e de venda do veículo. Impugnação à penhora *on line* realizada. Descumprimento da obrigação imposta e confirmada na sentença. Alegação de excesso de execução (astreints). Rejeição. Julgamento monocrático que manteve a decisão agravada. Medida que possui caráter coercitivo-punitivo, fixadas com a finalidade de promover a efetividade da decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação. Razoabilidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.

3. Quando do julgamento do presente agravo interno, em que pesem as bem lançadas considerações postas no voto-vista divergente, preocupou-me o fato de, de alguma forma, se estabelecer limites para a revisão judicial da multa cominatória imposta pelas instâncias ordinárias, limites esses que a própria lei processual não cuidou de colocar.

Com efeito, nos termos do previsto no § 6º do art. 461 do CPC/1973, pode o juiz, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Este o teor da norma:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Nesses mesmos termos o previsto na novel lei processual, em seu art. 537, assim redigido:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Mostra-se por demais relevante a ampla possibilidade de modificação do valor da multa em casos, infelizmente não raros, em que ocorre o emprego distorcido do instituto, servindo não propriamente para o atendimento de suas legítimas finalidades, mas como fonte de enriquecimento indevido e até de corrupção.

A fixação de multa diária nem sempre leva em conta a possibilidade de desvirtuar o objeto da lide e a necessidade de efetiva intimação do obrigado acerca da obrigação que lhe está sendo imposta e das consequências do descumprimento.

As grandes empresas são frequentemente atingidas por multas cominatórias decorrentes de comunicação deficiente, quando suas instâncias gerenciais não são devidamente intimadas. A intimação comumente se faz na pessoa de meros empregados, sem compreensão da gravidade da notificação e sem as devidas advertências. O descumprimento da obrigação, então, ocorre muito mais por desconhecimento da questão do que propriamente por resistência à determinação judicial.

Não raramente, em tais hipóteses, o credor da multa diária perde o interesse pelo bem da vida buscado na ação, pois passa a visar o acúmulo da sanção pecuniária. Permanece inerte, por longo tempo, sem nada reclamar quanto ao descumprimento, esperando o valor crescer, acumular, para só então vir pleitear o montante que se tornou excessivo, apto a proporcionar enriquecimento fácil e injusto.

Ressalte-se não ser a multa o único meio de que dispõe o Poder Judiciário para garantir o cumprimento de suas decisões, conforme se observa na leitura do § 5º do art. 461 do CPC/1973 e, agora, do art. 537, § 1º, do CPC/2015 (acima transcritos), cabendo ao juiz, ao aplicar o direito, adotar o meio mais eficiente, ou seja, mais eficaz e menos gravoso, à consecução da tutela pretendida. Isso nem sempre é observado.

A finalidade das *astreintes*, como bem enfatizado no voto-vista divergente, é servir de instrumento de apoio para garantir a efetivação da tutela específica, compelindo o obrigado a cumprir a obrigação que lhe foi imposta. Para tanto, não basta sua fixação em valor adequado. É fundamental que o julgador determine e verifique a efetiva intimação da sociedade empresária obrigada, através de instância gerencial devidamente advertida. O caráter da multa é meramente acessório. O que se quer é o cumprimento da obrigação imposta.

Decidindo-se, no entanto, pela imposição de multa, os parâmetros de fixação encontram-se definidos na própria norma processual, especificamente no § 4º do art. 461 do CPC/1973 (CPC/2015, art. 537, *caput*), já transcritos.

A ausência de cuidados, quanto à imposição da multa e à efetiva intimação do obrigado, muitas vezes produz situações vexatórias para o próprio Judiciário, as quais reclamam revisão pelas instâncias superiores.

4. Na hipótese sob exame, não se constata conduta indevida ou desleal da parte ora agravante, credora da multa, porém a multa diária fixada em sede de antecipação de tutela, e confirmada na sentença, era desnecessária para o alcance da providência de cancelamento do registro indevido.

Com efeito, considerando-se a função meramente acessória do preceito cominatório, voltado exclusivamente à efetivação da tutela jurisdicional específica, qual seja o levantamento ou cancelamento das anotações indevidas constantes do registro no Detran/RJ relativas ao veículo de propriedade da agravante, é forçoso reconhecer que, no caso, o meio mais efetivo para a consecução desse desiderato era a expedição, pelo próprio Juízo, de ofício ou mandado ao Departamento de Trânsito competente, determinando a providência.

Aliás, essa providência, simples, rápida e eficaz, seria também, à luz dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, a mais adequada à efetividade do processo, visto que, a um só tempo, satisfaria a justa pretensão da parte autora, sem a necessidade de impor, à parte obrigada, ônus econômico adicional, além daqueles decorrentes da própria condenação.

Entre os princípios que norteiam as relações processuais, merecem especial atenção do julgador, ao considerar a possibilidade de imposição de multa cominatória, os da efetividade e da vedação do enriquecimento sem causa. A estes acrescentam-se, ainda, os princípios da eficiência, da razoabilidade e da boa-fé processual.

A eficiência, em sua dimensão processual, dirige-se essencialmente ao órgão julgador e tem por finalidade a busca dos meios mais eficientes para a consecução do resultado final esperado, ou seja, a efetividade do processo.

No caso, ainda que se possa constatar a desnecessidade da multa como instrumento auxiliar do órgão judicial para o cumprimento de sua decisão, importa observar que, de qualquer modo, também as partes deixaram aqui de cooperar para o bom e eficaz aproveitamento do processo.

Com efeito, de um lado, a atitude da entidade financeira que, mesmo após intimada, não se dispôs a cumprir a determinação judicial, quedando-se inerte até o fim do processo.

De outro, uma certa inércia da própria autora que, a teor dos autos, desde a antecipação da tutela, deferida em 7.2.2013, tinha como obter por outro meio a efetivação de seu direito. No entanto, somente após o trânsito em julgado da sentença, requereu a expedição de ofício ao Detran/RJ, em 20.5.2014, e o pagamento da multa cominatória, já acumulada no valor de R\$ 408.335,96.

Nesses termos, portanto, vê-se que o elevado valor da multa cominatória, resultante do longo decurso do prazo fixado para o cumprimento da ordem

judicial - 407 dias - não pode ser atribuído exclusivamente à parte obrigada. Ademais, ultrapassa em muito o valor da própria causa atribuído pela parte, de R\$ 57.848,24.

Com essas considerações, com a devida vênia da divergência, acompanho o bem lançado voto da ilustre Relatora, Ministra *Maria Isabel Gallotti*, para negar provimento ao agravo interno.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: - Senhora Presidente, parece-me que o valor total de R\$ 408.000,00 (quatrocentos e oito mil reais) revela-se, de fato, exagerado. No entanto, creio que o Ministro Luis Felipe Salomão, que abriu a divergência, sopesou adequadamente a configurada desídia do banco no cumprimento da decisão e, por outro lado, a inércia, ou a falta de colaboração por parte da ora agravante no sentido de encontrar alternativa para o cumprimento da ordem, o que, aliás, atendia ao seu exclusivo interesse. O Ministro Raul Araújo também destacou algumas circunstâncias que levariam a mitigar a responsabilidade do banco.

Peço vênia a Vossa Excelência e ao Ministro Raul Araújo para adotar o voto do Ministro Luis Felipe Salomão e, nos termos do seu voto, também reduzir o valor das *astreintes* para o valor total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, cumprimento o eminente Ministro Luis Felipe Salomão pelo esclarecedor voto-vista, com cujos critérios concordo inteiramente.

Nunca tive dúvida de que o valor da obrigação principal não seja teto para a multa cominatória. Mas é certo que há diversos precedentes desta 4ª Turma, citados no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, que estabelecem a existência desse teto. Não é esse, todavia, meu entendimento. Agradeço ao Ministro Salomão pela possibilidade que seu voto-vista me dá de esclarecer este ponto. Quanto adoto o valor do bem material como parâmetro, não o faço por entender que seja um teto, mas a falta de outro parâmetro adequado, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Observo que há hipóteses em que sequer é possível a adoção do valor do bem da vida perseguido como parâmetro, pois não tem ele valor econômico mensurável. Como exemplo, cito o pedido de tratamento médico em caso de risco de vida.

A razoabilidade da multa deve ser aferida de acordo com as peculiaridades de cada caso, conforme o panorama de fato traçado pelas instâncias ordinárias, podendo ser levado em conta o valor material do bem em causa.

E também disso não discorda o Ministro Luís Felipe Salomão, uma vez que Sua Excelência, em seu voto no presente caso, também usa como parâmetro - e não como teto - o valor que entende ser o do bem material aqui em questão.

Igualmente concordo com o voto Ministro Salomão, quando sustenta critério híbrido, que leve em conta tanto o valor da multa no momento em que fixada como o valor da multa quando ela é apurada em fase de execução.

Com efeito, dispõe o art. 461, § 7º, da redação do Código de 1973, que o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. A lei está, portanto, vislumbrando a possibilidade de que, após o ato de fixação, possa haver necessidade de alteração desse valor, seja por insuficiente, seja por excessivo. A jurisprudência reiterada deste Tribunal é no sentido de que essa possibilidade de adequação não preclui e pode ser feita até mesmo após o trânsito em julgado do ato judicial que fixara a multa cominatória inicialmente.

A divergência reside, portanto, não nos critérios teóricos, mas na apreciação do valor da multa razoável no presente caso, a partir, também, entre outros aspectos, de qual seria o valor material do bem da vida do qual foi temporariamente privada a autora em função da recalcitrância do réu nos presentes autos.

O Ministro Salomão entende que seria o valor do carro. Eu, ao contrário, tomei por parâmetro o valor da condenação em danos materiais e morais obtido nessa ação.

Neste caso, utilizando os critérios muito bem expostos no voto do Ministro Salomão, entendo que a multa foi fixada com exagero manifesto no início do processo (R\$ 1.000,00 por dia), quando concedida a antecipação de tutela e determinada a citação do réu e, ao final, alcançou valor teratológico (R\$ 408.335,96), em face do bem da vida em questão e das circunstâncias dos autos.

O acórdão recorrido, instância soberana no exame da prova, estabeleceu fora dada uma antecipação de tutela, contemporânea ao ato de citação. A decisão inicial determinou a citação do réu para contestar e, a título de antecipação de tutela, que não houvesse a busca e apreensão do veículo, bem como fosse retirado o gravame nos registros do Detran. Depois disso, pelo que consta do acórdão recorrido, não foi feita nenhuma tentativa pela parte autora de cumprimento dessa tutela antecipada, nenhuma admoestação, nenhuma petição da parte, alegando que desejava vender o veículo, ou que estava impedida de fazer uma vistoria, ou de sua premência no cumprimento de parte da antecipação de tutela que não fora cumprida pelo banco.

O que há, segundo o acórdão recorrido, e podemos ver, folheando o processo, é que, quando transitou em julgado a sentença, houve um pedido de cumprimento de sentença e pedido de retirada de gravame, datado de maio de 2004, em que a parte, falando sobre o depósito de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), feito pelo réu voluntariamente em cumprimento da sentença, sustentou que esse valor era insuficiente, porque havia quatrocentos e sete mil reais devidos, correspondentes a quatrocentos e sete dias que se haviam mediado entre a antecipação de tutela dada no despacho inicial de citação e a data em que a autora requereu esse cumprimento de sentença quanto ao valor da multa.

E, nessa mesma petição de maio de 2014, requereu ao juiz a expedição de ofício ao Detran para que tome as providências necessárias para a retirada de seus registros do gravame.

Ou seja, a multa correu quatrocentos e sete dias não apenas por uma inadvertida inação da instituição financeira, que, realmente, poderia e deveria ter sido mais diligente no próprio ato de recebimento do mandado de citação e retirado esse gravame, mas também da parte, que, diante da sentença e em todo momento da tramitação processual em que estava vigendo essa antecipação de tutela, não tomou essa providência, já que hoje se diz tão prejudicada, de pedir ao juiz um simples ofício dirigido ao Detran.

Ela só pediu a expedição desse ofício, juntamente com o pedido de execução da multa cominatória, em 20 de maio de 2014. Em sequência, duas semanas depois, em 5 de junho, já foi expedido pelo juízo ofício ao Detran, determinando a retirada do gravame, o que foi cumprido.

Portanto, penso que não havia sequer real necessidade dessa tutela antecipada, uma vez que a parte autora poderia ter requerido essa providência desde o início do processo ao Juiz, já que era tão relevante e estava sendo,

segundo ela atualmente alega, tão apenas pela existência desse gravame. Tem-se, pois, que esperou a autora os 407 dias sem formular nenhum outro requerimento e obteve uma multa de R\$ 407.000,00 (quatrocentos e sete mil reais) após o trânsito em julgado, quando requereu a execução da multa e a expedição do ofício ao Detran. Nesse ponto, reporto-me ao item 4 do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, em que Sua Excelência diz que “é dever do juiz usar o meio menos gravoso e mais eficiente para alcançar a tutela almejada”.

Assim, levando em consideração essas circunstâncias, com a devida vênia, mantenho o valor que havia fixado, de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), o qual tomou por parâmetro a indenização por dano moral e material a que foi condenada a instituição financeira.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Sabrina Mariella Bonini ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória em face de Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, afirmando que adquiriu veículo automotor em 07.03.2012, e, posteriormente, no momento em que tentou vendê-lo a terceiro, viu-se impossibilitada, por quase 2 anos, em razão de gravame de alienação fiduciária sobre o automóvel (fls. 32-50, apenso).

Na oportunidade, foi deferida antecipação de tutela (fl. 95, apenso) em 07.02.2013, confirmada em sentença, determinando que a ré procedesse, no prazo de 72 horas, à retirada dos registros no Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da agravada, bem como se abstinhasse de promover a busca e apreensão do veículo, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo descumprimento, tendo a baixa no Detran ocorrido somente 407 dias após a intimação para tanto (fl. 285, apenso).

A condenação em danos morais e materiais transitou em julgado e a empresa efetuou o pagamento de R\$ 32.904,26 (trinta e dois mil, novecentos e quatro reais e vinte e seis centavos).

No entanto, em sede de cumprimento de sentença, a exequente apresentou cálculos, a título de multa, em razão da obrigação descumprida, referentes ao saldo devedor, no importe de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos) (fls. 257-261, apenso).

Apresentada impugnação à execução, o magistrado de piso rejeitou-a, afastando a tese de excesso da execução e enriquecimento sem causa (fls. 27-28, apenso).

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

Agravo interno no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, em fase de execução de sentença. Aquisição de veículo zero quilômetro à vista. Posterior registro de alienação fiduciária realizado pela ré junto ao DETRAN/RJ. Impedimento de realização de vistoria e de venda do veículo. Impugnação à penhora *on line* realizada. Descumprimento da obrigação imposta e confirmada na sentença. Alegação de excesso de execução (*astreintes*). Rejeição. Julgamento monocrático que manteve a decisão agravada. Medida que possui caráter coercitivo-punitivo, fixadas com a finalidade de promover a efetividade da decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação. Razoabilidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.

(fls. 67-72)

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 85-88).

Irresignada, Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos arts. 535 do CPC e 188, I, 884 e 944, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Aduz que o acórdão foi omissivo e que era parte ilegítima para a causa.

Afirma que “há de se verificar que a execução ora recorrida viola flagrantemente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que, com o valor executado a parte exequente pretende receber valor absurdo de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos) em razão de suposto gravame comandado ao seu veículo, restrição esta que jamais restou comprovada e, ainda que restasse, não seria tal fato merecedor de compensação na monta pretendida pela parte”, devendo-se ter em conta que a condenação em danos morais e materiais não atingiu a cifra de R\$ 33.000,00.

Defende a aplicação, por analogia, do art. 412 do CC, que estabelece que o valor da cominação imposta em cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Contrarrazões apresentadas às fls. 145-157.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 160-166).

Interposto agravo em recurso especial, o Min. Presidente do STJ, Francisco Falcão, não conheceu do recurso (fls. 229-230), tendo a parte desafiado a referida decisão por meio de agravo regimental, redistribuído a em. Min. Isabel Gallotti. A Relatora, então, reconsiderou a decisão de inadmissibilidade, para dar provimento ao especial, reduzindo o valor da multa cominatória para R\$ 33.000,00 (fls. 303-307).

Agravo interno, agora interposto por Sabrina Mariella Bonini (fls. 311-320), aduzindo que se deve ter em conta, para a definição do montante dos *astreintes*, que: i) foram “407 dias de bloqueio de automóvel avaliado em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais)”; ii) “o valor de R\$ 1.000,00 fixado a título de multa diária é reconhecidamente razoável e proporcional, sendo certo que jamais foi objeto de questionamento por parte da Agravada”; iii) “não se trata tão somente de uma lesão ao consumidor, mas também de um ato de insubordinação à autoridade da decisão judicial proferida”; iv) “jamais cumpriu a determinação judicial”; v) “a Agravada não comprovou a impossibilidade de cumprimento da obrigação, o que faz presumir por sua simples desídia e inércia”; vi) “sua modificação não deve guardar qualquer relação com a indenização fixada a título de dano moral e material, porquanto institutos absolutamente distintos”; e vii) “se estipule um valor intermediário, compatível com o bem objeto do gravame, qual seja, o veículo da marca Kia, SORENTO EX2, BRANCO, 2011/2012, CHASSI KNAKU811BC5235639, à época avaliado em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais)”.

No julgamento do recurso, na sessão anterior, a eminente Relatora manteve seu posicionamento inicial, segundo o qual “a ausência de razoabilidade e proporcionalidade fica caracterizada, inclusive, em razão do valor da condenação em danos materiais e morais, que foi no valor de R\$ 33.000,00, quantia que deve ser observada”.

Pedi vista dos autos para melhor análise.

2. É verdade que, para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como “a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação”, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta.

Nesse passo, a multa cominatória, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, não se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus.

Revela-se, sim, como valioso instrumento - acessório e adjuvante da tutela perseguida -, para a consecução do único bem jurídico a que eventualmente tem direito o autor, isto é, exatamente aquele desejado pelo direito material, cuja violação ensejou a pretensão deduzida em juízo.

No tocante especificamente ao seu balizamento, são dois os principais vetores de ponderação: *a)* efetividade da tutela prestada, para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas; e *b)* vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa, como dito alhures, não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo.

Porém, mercê da lacunosa legislação acerca das *astreintes*, a jurisprudência, em não raras vezes, tem chegado a soluções que, em alguma medida, desvirtuam o propósito desse benfazejo instrumento processual.

É que, na aplicação do direito, na prática forense, ora sobressai o valor “efetividade da tutela judicial”, ora sobressai a “vedação ao enriquecimento sem causa”.

De modo a se obter o aperfeiçoamento do primeiro valor (efetividade) no caso concreto, por vezes, o devedor recalcitrante é obrigado a pagar multa em patamar que supera em muito o interesse econômico principal perseguido em juízo. Por outro lado, para a adequação do segundo valor (vedação ao enriquecimento sem causa), frequentemente a multa é reduzida consideravelmente, muito embora na contramão da conduta inerte do devedor, que não cumpriu a decisão e ainda assim consegue suavizar a reprimenda que lhe foi outrora imposta, menoscabando a ordem judicial.

Por outro lado, a consciência do devedor acerca da corriqueira redução da multa cominatória pelo Poder Judiciário, quase sempre na última hora, impede a efetivação do propósito intimidatório das *astreintes*, pois não se cria no obrigado nenhum receio quanto a substanciais consequências patrimoniais decorrentes do não acatamento da decisão. Por esse viés, o realce da diretriz legal, que veda o enriquecimento sem causa acaba também por erodir o traço coercitivo das *astreintes*, com grave comprometimento para a efetividade do processo.

Com efeito, a toda evidência, a prática forense, acerca da fixação e da execução das *astreintes*, não tem oferecido soluções infensas a críticas.

Daí porque Guilherme Rizzo Amaral, na esteira das conclusões extraídas de Eduardo Talamini e Marcelo Lima Guerra, afirma que o sistema atual, aceito pelas práticas forenses, sobretudo no que concerne à destinação da multa

cominatória exclusivamente ao autor, “é incapaz de superar a contradição antes referida, entre os princípios da efetividade dos provimentos jurisdicionais e da proibição de enriquecimento ilícito”, reconhecendo aquele processualista não haver fórmula perfeita, “visto que, retirando seu crédito do autor, se lhe retira a eficácia, e deixando-o com o autor, permite-se em determinados casos o enriquecimento injusto” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 239-243).

Em relação à destinação das *astreintes*, aliás, a Quarta Turma, por maioria, em precedente em que votei vencido, decidiu que:

Recurso especial (art. 105, III, ‘a’ e ‘c’, da CF). Embargos à execução de sentença. *Astreintes* fixadas a bem dos devedores em ação monitória, para forçar a credora à exclusão de inscrição nos cadastros de proteção ao crédito. Acórdão local extinguindo a execução, sob o fundamento de pertencer à união o montante resultante da incidência da multa diária, ante o desprestígio provocado ao estado em decorrência do descumprimento à ordem judicial. Insurgência dos exequentes.

1. Discussão voltada a definir o sujeito a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado diante da incidência da multa diária: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância à ordem judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das *astreintes*.

Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto.

A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas *astreintes*, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, *caput*, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator.

Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.

Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4º e 5º do CPC, justo que as normas hoje vigentes apenas conferem a possibilidade

de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor.

Extrai-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada.

2. Considerações acerca da tutela material específica da mora: o ordenamento jurídico brasileiro, desde o regramento inaugurado no Código Civil de 1916, no que foi substancialmente seguido pelo texto do Diploma Civil de 2002, somente contempla disciplina genérica e eficaz quando se cuida da repreensão da mora verificada no cumprimento de obrigações ao pagamento de quantia certa. Para estas, além da natural faculdade de as partes, no âmbito da autonomia da vontade, estabelecerem penalidades convencionais (multa moratória), o ordenamento material civil fixou sanções legais pré-determinadas, com a potencialidade de incidir até mesmo sem pedido do credor para a hipótese de retardamento injustificado (juros moratórios).

Vislumbra-se, portanto, no sistema pertinente às obrigações de pagar, normas jurídicas perfeitas, com preceitos primário e secundário, haja vista estar estabelecido um mandamento claro direcionado ao devedor, no sentido de que deve efetuar o adimplemento no prazo, sob pena da incidência de uma sanção material em caso de persistência no estado de mora.

Idêntica tutela mostrava-se inexistente no tocante às obrigações de fazer e não fazer, pois, para elas, o sistema legal apenas permitia a conversão da obrigação em perdas e danos, deixando de contemplar instrumentos específicos de tutela material voltados a sancionar o devedor em mora.

Justamente para conferir eficácia aos preceitos de direito obrigacional, que determinam ao devedor o cumprimento da obrigação, o legislador contemplou nova redação ao art. 461 do CPC.

No dispositivo mencionado, aglutinaram-se medidas suficientes a servir como tutela material da mora (multa pecuniária), além de outras, nitidamente de cunho processual, que buscam servir e garantir o pronto adimplemento da obrigação (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, cessação de atividades etc).

Nesse contexto, a tutela material da mora pertinente às obrigações de fazer e não fazer, tímida e inspidamente tratada no Código Civil, ganha força e autoridade a partir da disciplina fixada no Código de Processo Civil, dada a possibilidade de o magistrado agir, inclusive *ex officio*, cominando uma multa, uma sanção, para a hipótese de o devedor manter-se injustificadamente no estado de letargia.

3. Definição das funções atribuídas à multa pecuniária prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC: entendida a razão histórica e o motivo de ser das *astreintes* perante o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o instituto possui o objetivo de atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: a) ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; b) coagir, indiretamente, o devedor a cumprir a prestação que a ele incumbe, punindo-o em caso de manter-se na inércia; c) servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo (sentença), seja durante o seu transcurso (tutela antecipatória).

Assim, vislumbrada uma função também de direito material a ser exercida pela multa pecuniária do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, queda indubitosa a titularidade do credor prejudicado pela mora sobre o produto resultante da aplicação da penalidade.

Ainda no ponto, cumpre firmar outras importantes premissas, principalmente a de que a multa pecuniária tem campo natural de incidência no estado de *mora debitoris*, ou seja, enquanto ainda há interesse do credor no cumprimento da obrigação, descartando-se sua aplicabilidade nas hipóteses de inadimplemento absoluto.

Por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de *ultima ratio*, cabendo ao magistrado, no momento de aferir a medida mais adequada para garantir o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, ter sempre em mira que o próprio sistema de tutela específica previsto no art. 461 do CPC confere a possibilidade da adoção de providências muito mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante.

4. Enfrentamento do caso concreto: reforma do aresto estadual, no que extinguiu a demanda de execução, determinando-se a retomada da marcha processual.

Redução, todavia, da multa diária, fixada no curso da fase de conhecimento de ação monitória, para forçar a própria credora, autora da ação, a proceder à retirada do nome dos devedores perante os cadastros de proteção ao crédito.

Manifesto descabimento do arbitramento da multa a benefício dos réus da ação, justo que os instrumentos de tutela específica do art. 461 do CPC servem para satisfação do direito material reclamado na lide, pressupondo que o respectivo beneficiário ocupe posição de demandante, seja por meio de ação, reconvenção ou pedido contraposto. Ponto imutável da decisão, entretanto, frente à inexistência de impugnação oportuna pela parte prejudicada.

Circunstâncias que, examinadas sob os aspectos processual e sobretudo material da multa pecuniária, recomendam substancial diminuição do valor reclamado na execução de sentença.

Providência cabível, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, à luz do disposto no art. 461, § 6º, do CPC. Precedentes da Corte.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte.

(REsp 1.006.473/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 08.05.2012, DJe 19.06.2012)

3. Com efeito, penso que o melhor caminho, tal como se encontra a questão na lei de regência, deve levar em conta, a um só tempo, o momento em que a multa é aplicada pelo magistrado e também aquele em que esta se converte em crédito apto a ser exigido.

É que, diante da feição coercitiva da multa em questão, para sua aplicação, o magistrado é movido por desígnios de ordem dissuasória e intimidatória, no intuito de que as *astreintes* se mostrem capazes de compelir o devedor a cumprir a decisão que lhe é imposta, ciente este de que a incidência periódica da multa lhe causará dano maior. O propósito final é, portanto, o de que a multa nem incida concretamente.

Coisa diversa ocorre quando a multa outrora aplicada se converte em crédito, cujo montante deve ser pago pela parte renitente, depois de descumprida a ordem judicial, momento em que levar-se-á em conta o tempo em que a decisão não foi acatada.

Em outras palavras, se, na fixação das *astreintes*, o magistrado tem em mira um tempo futuro - o qual se pretende não transcorra sem o cumprimento da decisão -, por ocasião da exigência das *astreintes*, depois de a multa ter incidido concretamente, tem-se em vista um tempo pretérito, já escoado, sem que o obrigado tivesse acatado o comando que lhe fora dirigido, ainda que tardiamente.

O fato é que o tempo passa e a decisão não é cumprida, circunstância a revelar, nesse momento, que o caráter intimidatório das *astreintes* não foi suficiente para persuadir o devedor a cumprir a decisão, remanescendo assim apenas uma dívida.

Realmente, a linha de raciocínio que se vislumbra nas *astreintes*, no seu nascedouro, caráter coercitivo, não consegue explicar a que título o devedor paga a multa aplicada, muito menos a que título o beneficiário a recebe, depois de a multa incidir concretamente e frustrar-se por completo sua pretensão persuasiva.

Não se pode negar haver interesse imediato do credor da obrigação principal de que esta seja prontamente cumprida pelo obrigado, mostrando-se a

multa, por essa ótica, instrumento acessório para a realização do direito material violado.

Essa ideia decorre da própria predileção do atual sistema jurídico pela concessão da “tutela específica”, em detrimento da resolução em perdas e danos, circunstância que revela concentração de esforços no desiderato de entregar à parte exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, concentração de esforços com o propósito de satisfazer interesse genuinamente privado.

4. De qualquer forma, para o arbitramento da multa e a definição de sua exigibilidade, bem como para eventuais alterações ao seu valor ou periodicidade, deve o magistrado sopesar diversos critérios.

Nessa esteira, penso merece o tema maior debate, notadamente pela manifesta divergência de entendimentos entre a Terceira e a Quarta Turmas desta Corte, não apenas em conflitos de julgados tendo como base fática situações diferentes, o que sempre ocorre em casos deste jaez. Na verdade, há uma notória pulverização da jurisprudência quanto a *critérios* de fixação da multa, a meu ver gerando insegurança e significativas alterações, a depender se o caso é julgado por uma ou outra Turma desta Corte Superior.

Deveras, na análise dos precedentes da Segunda Seção, verificam-se posicionamentos divergentes sobre os *critérios* de limitação da multa diária.

A Terceira Turma, em período mais recente, vem entendendo que a apuração *da razoabilidade e da proporcionalidade do valor das astreintes deve ser deslocada para o momento de sua fixação, em relação ao da obrigação principal*, e, caso não se verifique nenhum caráter abusivo, tem-se como irrelevante o valor total da dívida (se ultrapassou ou não o valor da obrigação principal), sob pena de se prestigiar a recalcitrância do devedor.

À guisa de exemplo:

Recurso especial. Obrigação de fazer. Cumprimento de sentença objetivando o recebimento de verba honorária. Redução do valor da multa pelo descumprimento de ordem judicial. Cabimento no caso concreto. Recurso parcialmente provido.

1. O art. 461 do Código de Processo Civil permite que o magistrado altere, de ofício ou a requerimento da parte, o valor da multa quando esse se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não havendo preclusão.

2. Isso porque “a natureza jurídica das *astreintes* - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório,

que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele” (REsp n. 1.354.913/TO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 31.5.2013).

3. Consoante o entendimento da Segunda Seção, é admitida a redução do valor da *astreinte* quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Todavia, *se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de astreinte, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além do que estimulará os recursos com esse fim a esta Corte Superior, para a diminuição do valor devido, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias, que devem ser as responsáveis pela definição da questão, e da própria efetividade da prestação jurisdicional.*

4. *Diversamente, se o deslocamento do exame da proporcionalidade e razoabilidade da multa diária, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida pela parte, for transferido para o momento de sua fixação, servirá de estímulo ao cumprimento da obrigação, na medida em que ficará evidente a responsabilidade do devedor pelo valor total da multa, que somente aumentará em razão de sua resistência em cumprir a decisão judicial.*

5. *Sob esse prisma, o valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor.*

6. Esse critério, por um lado, desestimula o comportamento temerário da parte que, muitas vezes e de forma deliberada, deixa a dívida crescer a ponto de se tornar insuportável para só então bater às portas do Judiciário pedindo a sua redução, e, por outro, evita a possibilidade do enriquecimento sem causa do credor, consequência não respaldada no ordenamento jurídico.

7. Aplicando-se esse entendimento, e diante das particularidades do presente caso, em que o valor da obrigação principal era de R\$ 4.620,00 (quatro mil seiscentos e vinte reais), considero que a fixação da multa por descumprimento da ordem judicial em R\$ 1.000,00 (mil reais), por dia, distanciou-se dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual proponho a sua redução para R\$ 500,00 (quinhentos reais), sem alteração, contudo, do número de dias em atraso, patamar que se revela adequado para punir a insistência da instituição financeira em descumprir a ordem emanada do Poder Judiciário, sem gerar, por sua vez, o enriquecimento sem causa dos ora recorridos.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.475.157/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18.09.2014, DJe 06.10.2014)

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. Ação indenizatória. Impugnação ao cumprimento de sentença. Pleito de redução da multa por eventual descumprimento de decisão judicial. Valor fixado que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Necessidade de reexame dos fatos da causa. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. *A apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento da sua fixação, em relação ao da obrigação principal, uma vez que a redução do montante fixado a título de astreinte, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial e estimula a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias.*

Precedente. Inafastável a incidência da Súmula n. 83 do STJ.

3. Para modificar as conclusões do Tribunal de origem em relação ao valor da multa diária, é necessário o reenfrentamento do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7 desta Corte.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 828.198/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23.08.2016, DJe 31.08.2016)

Processo Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de prequestionamento. *Astreintes*. Minoração. Súmula n. 7/STJ. Valor total da dívida. Impossibilidade. Demora e inércia do devedor.

1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos declaratórios.

2. Aplica-se a Súmula n. 7/STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. *O valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação*

que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor (REsp n. 1.475.157/SC).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 820.239/GO, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 17.05.2016, DJe 20.05.2016)

A Quarta Turma, por sua vez, vem adotando o entendimento de que o parâmetro de razoabilidade e proporcionalidade do *valor da multa diária deve ser correspondente ao valor da obrigação principal*, notadamente porque o principal objetivo da medida é o cumprimento do *decisum* e não o enriquecimento da parte. Nessa linha, em obséquio ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, costuma reduzir o valor das *astreintes* a patamares mais módicos do que os geralmente praticados no âmbito da Terceira Turma, à vista da predileção desta última à exacerbação da multa cominatória.

Nesse sentido:

Civil e Processual. Automóvel. Defeito de fabricação. Substituição. Execução de *astreintes*. Penalidade elevada. Redução. Possibilidade. Limitação ao valor do bem perseguido na ação de conhecimento.

I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa.

II. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp 947.466/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 13.10.2009)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Multa diária. Redução do *quantum*. Possibilidade. Desproporção entre o valor da obrigação principal e o cômputo da multa. Precedentes. Recurso conhecido e não provido.

1. As *astreintes* não têm o fito de reparar eventuais danos ocasionados pela recalcitrância quanto ao cumprimento de decisão judicial, mas sim o de compelir o jurisdicionado - sem, com isso, acarretar enriquecimento sem causa para a parte beneficiada pela ordem - a cumprir a ordem da autoridade judiciária.

2. *Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que, tanto para se atender ao princípio da proporcionalidade quanto para se evitar o enriquecimento ilícito, o teto do valor fixado a título de astreintes não deve ultrapassar o valor do bem da obrigação principal. Precedentes.*

3. No presente caso, considerando as circunstâncias fáticas levantadas pela Corte local, para que se evite enriquecimento sem causa, tendo em vista a

desproporção entre o valor da obrigação principal (R\$ 40.000,00) e o cômputo da multa (R\$ 500.000,00), é necessária a redução do valor total das *astreintes*, já que não se mostra razoável. Multa total reduzida para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 666.442/MA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 20.10.2015)

Agravo regimental. Recurso especial. *Astreintes*. Fixação em valor elevado. Redução. Possibilidade. Limitação ao valor da obrigação principal. Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça. Alegação de violação a dispositivos legais em sede de agravo regimental. Impossibilidade. Preclusão consumativa.

1. *“É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa” (REsp 947.466/PR, DJ de 13.10.2009). Incidência da súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça.*

2. A alegação, já em sede de agravo regimental, de violação aos arts. 475-E e 609 do Código de Processo Civil consubstancia providência vedada pela preclusão consumativa, uma vez que a faculdade processual de recorrer já foi exercida, com todas as suas implicações, quando da interposição do especial.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 541.105/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 04.02.2010, DJe 08.03.2010)

Parece, em princípio, ter sido esse o entendimento da Corte Especial que, apesar de não ter conhecido dos embargos de divergência, realçou, em seu julgado, que a multa não poderia ser incompatível com a obrigação principal:

Civil e Processual Civil. *Astreintes*. Fixação pela Turma de termo inicial combinado com a redução de valor. Embargos de divergência. Dissídio não configurado. Ausência de similitude fático-jurídica. Recurso não conhecido.

I. Inadmissíveis os embargos de divergência quando inexistir rigorosa similitude fático-jurídica entre as espécies confrontadas.

II. Fixação de parâmetros, pelo acórdão turmário embargado, para fim de incidência de multa, que tomou em consideração, simultaneamente, o valor da penalidade e o termo inicial em que passaria a incidir, ante a situação específica verificada nos autos.

III. Ademais, a pretensão dos embargos, de alteração exclusiva de um dos parâmetros (termo inicial das *astreintes*), desequilibraria a equação em que se baseou o órgão fracionário para a solução do litígio, tornando o valor de multa diária

excessiva e incompatível com a obrigação positiva atribuída à parte contrária, se aplicada retroativamente no tempo.

IV. Embargos de divergência não conhecidos.

(EREsp 976.670/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, julgado em 16.02.2011, DJe 03.06.2011)

5. Em razão disso, tendo em conta o movimento pendular da jurisprudência no que toca aos valores de enriquecimento sem causa do credor e o descaso do devedor no cumprimento de sua obrigação, parece oportuno proceder-se a novas reflexões acerca desse importante instrumento de efetivação da tutela judicial, sobretudo no que diz respeito aos parâmetros mínimos de fixação do valor, estabelecendo-se, ao menos, um norte de estabilização para seu arbitramento.

Destaco, de plano, que “a tarefa do juiz, no caso concreto, não é das mais fáceis. Se o valor não pode ser irrisório, porque assim sendo não haverá nenhuma pressão sendo efetivamente gerada, também não pode ser exorbitante, considerando-se que um valor muito elevado também desestimula o cumprimento da obrigação. Valendo-se de uma expressão poética revolucionária, *tem-se que endurecer sem perder a ternura*” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 950).

O Código Processual de 1939 limitava expressamente o montante da multa ao valor da obrigação:

CPC/1939

Art. 1.005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que *não exceda o valor da prestação*.

A situação foi alterada, pois da leitura atenta dos dispositivos que regulam a matéria, tanto no CPC de 1973, assim como no vigente estatuto processual civil, verifica-se que o legislador, a princípio, escolheu dois critérios a nortear o aplicador da norma: a obrigação e o prazo razoável para cumprimento:

CPC/1973

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

CPC/2015

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Deve-se ter em conta, ainda, que, no anteprojeto do novo CPC, também havia a previsão de vinculação ao valor da obrigação no tocante ao que fosse vertido em favor do credor, apesar de também acabar reconhecendo que a condenação poderia exceder à prestação, sendo que o restante seria destinado ao ente estatal:

§ 5º O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

§ 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente.

No entanto, como se percebe, o referido liame com o valor da obrigação não foi repetida na redação final do CPC/2015, notadamente pela escolha do credor como único destinatário do produto pecuniário advindo da multa.

Apesar disso, penso que a vinculação do valor da multa coercitiva com a expressão monetária da obrigação principal, ainda assim, deve ser um dos elementos a guiar o intérprete, a despeito de não ser o único, mas tendo sempre como bússula os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, além da efetividade do processo e da dignidade da pessoa humana.

6. Assim, sempre e sempre, dependendo das circunstâncias do caso concreto, devem ser observados os seguintes parâmetros na fixação da multa coercitiva:

i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado

O legislador, na previsão expressa no § 4º do art. 461 do CPC/1973 e 537, *caput*, do CPC/2015, realçou que o juiz, ao aplicar multa, deve se atentar para que seja *suficiente e compatível com a obrigação*.

Dessarte, não há como escapar da previsão de que o valor deve ter como referência a obrigação perseguida, seja no momento inicial de sua fixação (como entende a Terceira Turma), seja no momento final, para evitar que se torne uma forma de enriquecimento sem causa (como pondera a Quarta Turma).

Isso porque, não se pode negar, o objeto da proteção legal é o resultado da obrigação. Por isso, a multa “deverá, de acordo com a sua função, corresponder a uma quantia suficiente para constranger, em face das posses do devedor e a *expressão econômica da obrigação*” (Theodoro Júnior, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. p. 246).

Deveras, como visto, “a lei faz referência a ‘suficiência’ e ‘compatibilidade’ da multa com a ‘obrigação’ (art. 461, § 4º). Tais parâmetros prestam-se não só a indicar as hipóteses de cabimento da multa, como ainda *definem os seus limites quantitativos*” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*, São Paulo: RT, 2003, p. 247).

No entanto, ressalte-se, não significa que deva o arbitramento da multa ser necessariamente coincidente com o valor da obrigação ou ter essa como limite econômico do dever tutelado, sendo apenas um ponto de equilíbrio para regular a efetividade da tutela e a não oneração do devedor além da medida necessária, devendo adequar os meios empregados aos fins adotados.

É o que adverte Dinamarco:

Isso não significa que o juiz tenha a mais ampla e irrestrita liberdade para fixar multas em valores estratosféricos, *inteiramente destoantes da obrigação principal* e talvez até acima da capacidade do próprio obrigado. Como sempre, os superiores princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem comandar os arbitramentos que o juiz fará a esse respeito, dosando bem energicamente as multas em valores capazes de incomodar o obrigado, motivando-o a adimplir, mas sem chegar ao ponto de produzir uma devastação em seu patrimônio.

[...]

Não convém ter por certo, como também já se decidiu, que 'a multa não poderá jamais superar o valor da obrigação principal'. Tudo depende do caso. *Não aberraria do sistema nem é desproporcional permitir que o valor da obrigação principal seja superado pelo valor das multas acumuladas durante longo tempo, porque o crescimento do valor total terá sido motivado pela renitência do próprio obrigado, quando ele teimar em não cumprir, deixando deliberadamente passar o tempo.*

Estamos no campo da jurisdição de equidade, no qual o juiz decide sem as limitações ordinariamente ditadas em lei mas deve também estar atento aos objetivos a serem atingidos, ao valor do justo e à realidade econômica, política, social ou familiar em que se insere o conflito. No que se refere às *astreintes*, ele as arbitrará com atenção ao binômio suficiência-compatibilidade, estabelecido no § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil, sem ficar em níveis que não cheguem a preocupar o obrigado teimoso nem passar aos exageros de multas arrasadoras e talvez difíceis de serem pagas.

(*Instituições de direito processual civil*, 2 ed. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 470-471).

Não se pode olvidar, de outra parte, que o STJ afastou eventual interpretação analógica, para fins de definição do *quantum* da multa coercitiva com o instituto da cláusula penal (que não pode exceder o valor da obrigação principal), em *leading case* contido no REsp 8.065/SP, em que ficou assentado:

Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não se cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial.

Daí não se poder pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil, porque o espírito da lei, naquela disposição, é diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem

proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais do que os danos resultantes no inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este, como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da decisão judicial. Onde não há a mesma razão inaplicável é a mesma disposição.

Nesse sentido, ainda, o seguinte julgado:

Multa. Cláusula penal. Multa compensatória. Limitação do art. 920 do Código Civil. Precedente da Corte.

1. Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer.

E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o Juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 196.262/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 06.12.1999, DJ 11.09.2000, p. 250)

Dessarte, a vinculação das *astreintes* à obrigação principal ou à dimensão econômica do dever, apesar de parâmetro confiável, não é, por óbvio, critério absoluto, sendo apenas um dos elementos a ser levados em conta.

Até porque, não se pode perder de vista que, no fim e ao cabo, a multa é apenas um meio, um instrumento, afeto a garantir a tutela do provável direito do credor.

Em sendo a prestação almejada de *valor inestimável ou diminuto*, deverá o juiz estabelecer as *astreintes* com base na *equidade*, tendo-se em conta a importância do bem jurídico tutelado.

No ponto, adverte a doutrina que:

[...] quando infungível o dever de fazer ou dever de não fazer (este, em si, sempre infungível), e sem exata equivalência monetária (ex: ofensa a danos personalíssimos): em tal hipótese, nem há de se cogitar de 'enriquecimento sem causa' ou figura similar. Se o dever originário de fazer ou de não fazer - ou, por outro ângulo, o dano decorrente de sua inobservância - era pecuniariamente

inestimável, inexistirá parâmetro para afirmar a ocorrência de um ganho injustificado do autor, por receber o crédito da multa. Não haverá termos para comparação. A única constatação que se poderá fazer com razoável segurança é a de que o réu, se prefere insistir na transgressão, considera o cumprimento do dever específico um sacrifício menor do que a multa.

(TALAMINI, Eduardo. *ob. cit.*, p. 266).

É o caso, por exemplo, de paciente com risco de vida, em que o plano de saúde se nega a autorizar o procedimento cirúrgico necessário, devendo a medida pecuniária adotada ser adequada a ponto o suficiente de coagir o devedor ao cumprimento da ordem judicial de forma urgente, isto é, muito provavelmente deverá ser arbitrada em valores elevados e exigíveis quase que de forma imediata.

Por outro lado, não poderá haver o mesmo sopesamento na avaliação de multa com o fito de coagir o devedor a retirar o nome de determinada pessoa dos cadastros de devedores ou a emitir um boleto bancário, a cessar determinada publicação na internet, a restabelecer o fornecimento de energia, etc.

ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade)

O legislador estabeleceu, ainda, no tocantes às *astreintes*, a fixação de prazo razoável para o cumprimento do preceito (CPC/73, art. 461, § 4º, e CPC/2015, art. 537, *caput*).

Deveras, em relação ao tempo, o juízo deverá levar em conta prazo razoável para o cumprimento da obrigação, dependendo da natureza e da urgência da tutela pretendida, o que acaba refletindo na ponderação do valor.

Com efeito, o prazo de incidência não necessita ser apenas diário, podendo ser definido em minuto, hora, semana, quinzena, mês, ou, até mesmo, de forma fixa (notadamente para as violações de natureza instantânea).

iii) capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor

A capacidade econômica e de resistência do devedor também são importantes critérios para fins de delimitar o efeito intimidatório da multa, possibilitando seja apta a agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer determinado comportamento.

Com efeito, “o juiz considerará o patrimônio do devedor - quanto mais rico, maior o valor da pena - e a magnitude da provável resistência” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: RT, 2010, p. 667).

É também viés do princípio da menor onerosidade do devedor, uma vez que a multa não poderá ser inviável para o executado, assim como não poderá ser capaz de reduzi-lo à insolvência.

Por outro lado, não se pode olvidar que o devedor, em verdade, está arcando com montante pecuniário adicional, em virtude da própria conduta livre e espontânea.

Nesse passo, merece destaque o comportamento do devedor e o custo/benefício.

De fato, deve-se ter em conta, ainda, as vantagens e o benefício econômico que o devedor poderá ter com a inobservância do preceito judicial.

Realmente, a aferição da provável resistência resultará da combinação da capacidade patrimonial e do interesse na resistência do réu, como bem adverte a doutrina:

Haverá casos em que o réu, embora de patrimônio reduzido, venha a auferir grande vantagem patrimonial justamente pela prática reiterada de conduta que lhe é proibida por dever de abstenção declarado no preceito judicial. É evidente a insuficiência da simples análise do patrimônio do demandado, neste caso, para o cálculo da multa.

Da mesma forma, poderá haver réu de patrimônio abundante, mas que, diante de obrigação de pequeno valor e interesse, dispense uma ameaça desproporcional a seu patrimônio para sentir-se pressionado ao cumprimento da ordem.

(AMARAL. Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.168).

iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss)

Na ponderação do valor da multa, deve-se ter em conta, ainda, o comportamento do magistrado e do credor, em decorrência do princípio da boa-fé processual. É que o magistrado, no tocante à multa, em razão do princípio da cooperação (NCPC, art. 6º), tem o dever, assim como as partes, de buscar a solução do processo de forma efetiva, justa e em tempo razoável.

Assim, é dever do juiz utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes.

Aliás, o em. Min. Marco Buzzi destacou, em seu voto, no julgamento do REsp n. 1.006.473/PR, que “a praxe judiciária, ao se deparar com a tutela de obrigações de fazer ou não fazer, é no sentido de valer-se quase que sempre primeiramente da multa, como uma verdadeira panacéia, esquecendo-se, contudo, que o CPC confere ao magistrado a possibilidade de utilização de medidas muito mais eficazes e que rendem o pronto adimplemento da obrigação”.

Deveras, o magistrado, depois de impor a multa (ou até de majorá-la), constatando que o referido apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida, ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente.

É o que destaca Scarpinella:

Assim, e de forma bem direta, a multa é arbitrada com a expectativa de que ela seja suficiente para obter do réu o fazer ou não fazer desejado pelo autor. Na exata medida em que ela não tenha o condão de levar àquele resultado (ou próximo a ele: tutela específica ou resultado prático equivalente), não há motivo para entender que a multa incida indeterminadamente. O caso é de adoção de outras medidas de apoio e, se for o caso, de conversão da obrigação em perdas e danos. Até mesmo, não há como descartar, que o réu seja *sancionado* pela multa do parágrafo único do art. 14 do CPC mas, neste caso, há necessidade de observância do regime jurídico daquela multa, inclusive a tarifação constante daquele dispositivo da lei processual civil. O que deve ser evitado é que a demora na obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente por ato do réu ou, até mesmo do próprio autor, renda ensejo a uma deformação da função da multa do art. 461 e dos seus §§ 4º a 6º: ou ela serve para o cumprimento da obrigação tal qual ajustada no plano material, quando menos a um resultado prático equivalente, ou ela, a multa, deve ser *substituída* por outra medida de apoio. Neste caso, justamente porque ela deve ser substituída, ela não subsiste e, por isto, não pode ser cobrada pelo autor.

(SCARPINELLA. in. *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.477)

Também é a ressalva do Min. Sálvio de Figueiredo:

Por outro lado, sob o prisma estritamente jurídico também não se pode invocar ofensa à *res iudicata*, na medida em que a pena imposta teve por objetivo um *desideratum*: coagir o obrigado a cumprir o preceito, não tendo fim em si mesma. Ora, se se mostra inviável essa concretização, não há porque persistir na

cominação. Como proclamavam os antigos romanos, que em brocardos latinos refletiam o esplendor da sua genialidade no campo jurídico, *Ad impossibilia nemo tenetur*.

Ademais, poder-se-ia aduzir, por cediço, que, em se tratando de execução específica (como o é a obrigação de fazer), inviabilizando-se a solução contemplada em lei, faz-se a sua conversão em execução genérica, subsidiária, que é a execução por quantia certa, a título de perdas e danos, pelo que ajustáveis ao caso vertente as normas dos arts. 920 e 924 do Código de Processo Civil.

(trecho do voto no REsp 13.416/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 17.03.1992, DJ 13.04.1992)

No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele também tentar mitigar sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da *supressio*.

Foi a conclusão obtida no enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil, segundo o qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

A doutrina processual destaca que:

O direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas (*duty to mitigate the loss*). Esse dever decorre do princípio da boa-fé (art. 422 do Código Civil), sendo um dos deveres anexos que o tratamento cooperativo do vínculo obrigacional impõe ao credor. Ao não diligenciar que o valor dos próprios prejuízos não aumente consideravelmente, o credor cometerá abuso de direito, ferindo, portanto, o princípio da boa-fé.

[...]

*Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (supressio), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito. Trata-se, pois, de mais um **ilícito processual caducificante**.*

(DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 5, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 475/477)

Nesse sentido:

Direito Civil. Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. *Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.*

4. *Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.*

5. *Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).*

6. Recurso improvido.

(REsp 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17.06.2010, REPDJe 1º.07.2010, DJe 28.06.2010)

7. No ponto, buscando, pois, uma harmonização dos critérios para o equilíbrio da jurisprudência desta Corte em torno do assunto, e levando em conta o caso concreto, a tutela antecipada, concedida na ação de obrigação de fazer c/c indenizatória em 07.02.2013, determinou à instituição financeira que procedesse, no prazo de 72 horas - sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) - à retirada dos registros no Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da autora, bem como se abstinhasse de promover a busca e apreensão do automóvel (fl. 95, apenso), sendo que, a citação/intimação do devedor ocorreu em 15.04.2013 (fl. 99, apenso) e o cumprimento da obrigação

só se deu 407 dias após, por ordem direta do Juízo (fl. 289, apenso) e não em razão do cumprimento espontâneo da agravada.

A sentença, datada de 29.07.2013, arbitrou a indenização por danos materiais e morais no importe de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais) (fls. 167-173, apenso).

A instituição financeira, ora agravada, pagou o valor da indenização (R\$ 32.904,26) em 15 de maio de 2014, tendo a agravante requerido o cumprimento de sentença no tocante ao saldo devedor, no importe de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos), em razão da recalcitrância do devedor no cumprimento da ordem judicial.

Como visto, o magistrado de piso e o acórdão de origem acataram a execução do montante do saldo devedor, tendo a douta Min. Relatora reduzido a condenação para o importe correspondente à obrigação que considerou principal (ação de danos materiais e morais), R\$ R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), o que equivaleria a uma multa diária de R\$ 81,00.

Ocorre que, diante da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, somada aos critérios objetivos acima especificados, tenho que a multa coercitiva tinha como intento principal determinar que o devedor retirasse o gravame existente sobre o veículo da autora e se abstivesse de realizar a sua busca e apreensão, permitindo, assim, que a real proprietária efetivasse a almejada alienação do bem, obstando, ao mesmo tempo, que a financeira realizasse a remoção judicial do automóvel.

Nesse passo, penso que a obrigação principal era, em verdade, a liberação incondicional do veículo, permitindo sua transferência, e, por conseguinte, é o valor do automóvel, à época, R\$ 110.000,00, que deve ser considerado como o valor da obrigação principal, até por ser esse, no fim e ao cabo, o real bem jurídico perseguido pela tutela cominatória (obrigação de liberar o veículo inteiramente pago), tendo a agravante ficada impossibilitada, durante 407 dias, de usufruir livremente de sua propriedade.

Inclusive, observada sempre a máxima vênia, tenho que, nos termos da petição inicial (fls. 32-50, do apenso), a pretensão era tanto o preceito cominatório como a indenização por danos materiais e morais, não se podendo limitar a obrigação principal aos referidos danos suportados (sofrimento moral - R\$ 20 mil - e compensação pelas horas que ficou sem trabalhar - R\$ 4.848,24).

Partindo desse viés, verifica-se, ainda, que o valor inicial das *astreintes* em R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia foi condizente e razoável com a obrigação

inicial, considerando-se a capacidade econômica e de resistência do devedor, sendo que, mesmo assim, não foi apta a impingir na devedora o cumprimento de seu dever imposto, levando a crer que a opção pelo descumprimento lhe foi mais vantajosa.

Por fim, verifica-se que, na espécie, o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao Detran para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva. A credora só veio a pleitear essa medida 407 dias após, no momento em que peticionou cobrando o saldo remanescente (fl. 261, apenso).

Assim, levando-se em conta os referidos parâmetros e tentando conciliar o entendimento das Turmas da Segunda Seção do STJ, penso que o valor de R\$ 408.335,96 foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal, aproximadamente R\$ 110.000,00.

Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, penso seja razoável reduzir a condenação da multa coercitiva para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde a data da intimação para o cumprimento da obrigação (15.04.2013) e escoado o prazo para tanto (72 horas – 19.04.2013).

8. Ante o exposto, pedindo à máxima vênua a douta Ministra Relatora, dou parcial provimento ao agravo interno para estabelecer o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de multa coercitiva, corrigidos monetariamente desde 19 de abril de 2013.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.071.458-MG (2008/0147126-4)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: F A

Advogado: Juliana Vieira Lobato e outro(s) - MG074232

Recorrido: F A R T R

Advogados: Juliana Gontijo e outro(s) - MG040595

Adailton da Rocha Teixeira e outro(s) - DF019283

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada. Pedido julgado improcedente por ausência de provas. Exame de DNA não realizado. Coisa julgada. Relativização. Ação de estado. Prevalência da verdade real. Jurisprudência consolidada. Recurso provido.

1. A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade anteriores à universalização do exame de DNA encontra-se consolidada no eg. Supremo Tribunal Federal (RE 363.889/MG, Rel. Ministro *Dias Toffoli*) e também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (AgRg nos EREsp 1.202.791/SP, *Segunda Seção*, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*).

2. A necessidade de prevalência da verdade real no reconhecimento das relações de parentesco, amparadas em ações de estado (CPC/1973, arts. 469, II, e 471, I; CPC/2015, arts. 504, I, e 505, I), tem ensejado, ante as novas descobertas científicas, discussão acerca da relativização da coisa julgada. O Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de impedir ofensa à coisa julgada, desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético, o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade.

3. Deve ser relativizada a coisa julgada firmada em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, na qual o exame hematológico determinado pelo juízo deixou de ser realizado, no entender do Tribunal de origem, por desídia da parte autora. Fundamento que não pode servir de obstáculo ao conhecimento da verdade real, uma vez que a autora, à época da

primeira ação, era menor impúbere, e o direito à paternidade, sendo personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, não pode ser obstado por ato atribuível exclusivamente à representante legal da parte, máxime considerando-se que anterior à universalização do exame de DNA.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 07 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 15.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se, na origem, de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos proposta por F. A. P. contra F. A. R. T. R.

Em contestação, o réu deduziu preliminar de coisa julgada material, apontando a existência de ação anterior idêntica ajuizada em nome da autora por sua genitora, julgada improcedente.

A preliminar foi rejeitada pelo il. Juízo de primeiro grau que, no mesmo ato, deferiu a produção de provas documental, pericial e oral (fl. 26).

Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento, tendo o eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais dado provimento ao recurso do réu, nos termos do acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Investigação de paternidade. Coisa julgada. Ocorrência. Prova pericial. Produção antecipada. Recusa do autor. Ausência de provas. Inexistência de vínculo. Presunção. Decisão reformada. Merece reforma a decisão

que rejeita a preliminar de coisa julgada em ação de investigação de paternidade se, à época da primeira ação, a autora, maior interessada na solução do litígio, se recusou à produção da prova pericial, nem mesmo levou elementos suficientes para formar o convencimento do julgador, no sentido de se atender à sua pretensão, pelo que se faz presumir a exclusão da paternidade. Recurso a que se dá provimento. (fl. 174).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 197/201).

Inconformada, a autora interpôs recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 11, 1.596 e 1.602 do Código Civil de 2002, 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e 467 do Código de Processo Civil de 1973, bem como divergência jurisprudencial.

Alega a recorrente que, à época da propositura da primeira ação de investigação de paternidade, tinha apenas seis meses de idade, e que o ônus pela não realização do exame de DNA não lhe pode ser atribuído, prejudicando seu direito ao reconhecimento da paternidade.

Afirma que o direito à paternidade é personalíssimo, indisponível e imprescritível (ECA, art. 27), e que a confissão, que no caso seria ficta, é insuficiente para excluir a paternidade (CC/2002, art. 1.602), sustentando, outrossim, a inexistência de coisa julgada material na primeira sentença, uma vez que a ação foi julgada improcedente exclusivamente por falta de provas.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 357/374).

O Ministério Público Federal, pelo il. Subprocurador-Geral da República *Durval Tadeu Guimarães*, opinou pelo provimento do recurso (fls. 425/429).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): 1. O recurso será examinado à luz do Enunciado 2 do Plenário do STJ, nos seguintes termos: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

Conforme relatado, cuida-se, na origem, de ação de investigação de paternidade ajuizada por F. A. P., ora recorrente, contra F. A. R. T. R., o qual,

em contestação, deduziu preliminar de coisa julgada material, apontando a existência de idêntica ação anterior ajuizada em nome da autora por sua mãe e representante legal.

A preliminar foi rejeitada pelo il. Juízo de primeiro grau, nos seguintes termos:

[...] Tentada a conciliação, restou infrutífera, pelo Juízo foi declarado saneado o processo rejeitando a preliminar da existência de coisa material, judiciosamente deduzida na contestação, porquanto *a cópia da sentença proferida na primeira ação (fls. 67 verso/68), revela que o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, em primeiro de outubro de 1985, portanto, sem que se pudesse realizar o exame de DNA. Assim, com base no art. 27 do ECA e forte na jurisprudência que nestes casos considera a relativização da coisa julgada em homenagem ao princípio da verdade real, fica rejeitada a preliminar suscitada, deferindo a produção de prova pericial, documental e prova oral [...].* (fl. 26, grifou-se).

A colenda Corte Estadual, no entanto, deu provimento ao agravo de instrumento do réu para acolher a preliminar, extinguindo o processo sem julgamento do mérito à base da seguinte fundamentação:

Ao que se vê, a ação em tela já havia sido anteriormente proposta pela agravada e, naquela ocasião, foi o pedido julgado improcedente, por entender o MM. juiz singular não haver no processo uma única prova capaz de sustentar a paternidade então atribuída ao ora agravante. (fls. 53/58-TJ).

É sabido que, à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, a repetição de ação anteriormente ajuizada, julgada improcedente por insuficiência de provas, não mais é obstada pela ocorrência de coisa julgada material que, em casos de tal natureza, tem sido relativizada, por se tratar de direito indisponível, inalcançável pelo fenômeno da coisa julgada.

Segundo o entendimento atual, para que isso ocorra, necessária a inviabilidade na produção de provas suficientes à formação do convencimento do julgador, em especial, *in casu*, a prova pericial que, à época, consistia na perícia hematológica.

Entretanto, no presente caso, ha uma peculiaridade a se ressaltar.

[...]

Conforme se extrai de fls. 65-TJ, *de fato, à época da primeira ação, foi requerida pelo agravante a produção de prova pericial hematológica, por ele custeada, não tendo a agravada comparecido ao local designado para a realização do exame, embora devidamente intimada.*

Com isso, a contrário sensu, julgado improcedente o pedido inicial, e tendo a autora se recusado a fazer o exame, sem dúvida, atraiu para si o ônus da prova porque passou a existir a presunção iuris tantum de que o réu não era mesmo seu pai.

Todavia, não bastasse sua recusa à realização de prova pericial, a autora, aqui agravada, não logrou êxito em produzir provas em contrário para desfazer a presunção, eis que também não esteve presente à audiência de instrução e julgamento, em que foi prolatada a sentença.

Ressalte-se ainda que todos os depoimentos colhidos naquela ação foram unânimes no sentido de que inexistiu qualquer relacionamento entre a mãe da autora e o réu, de forma a autorizar a paternidade ali perquirida, ou seja, a autora se desincumbiu (sic) do ônus que lhe competia, conforme disposto no artigo 333, do Código de Processo Civil, verbis:

[...]

Com efeito, entendo que ao presente caso não se aplica a hipótese de relativização da coisa julgada eis que, como se vê, a autora (agravada), maior interessada, se furtou à solução do litígio pelos meios então disponíveis e seguros, o que culminou na improcedência do pedido.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, de forma que se acolha a preliminar de coisa julgada, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. (fls. 176/178)

Acrescentou, ainda, o eg. Tribunal de origem, em sede de embargos de declaração:

Não se desconhece que, em se tratando de investigação de paternidade, tem se admitido a relativização da coisa julgada. Lembre-se, todavia, de que não se trata de regra, e sim, de exceção, isto é dizer, o julgador não pode se distanciar da especificidade de cada caso.

No caso dos autos, todavia, como já bem explicitado no v. acórdão, os documentos carreados ao processado em questão, - frise-se - não desconstituídos pela embargante, dão conta de que a improcedência do pedido formulado na primeira ação investigatória se deu, única e exclusivamente, pela desídia da investigante, o que inviabiliza a relativização da coisa julgada. Foi este o entendimento da Turma Julgadora no caso concreto.

O acórdão ressaltou o fato de que, não bastasse ter a embargante se furtado à produção da prova pericial, então deferida ao tempo da primeira ação, bem como não ter comparecido à audiência de instrução e julgamento, não levou ao magistrado quaisquer elementos suficientes para provar a paternidade então perquirida.

Vale dizer, a solução do litígio restou obstada por culpa da maior interessada em seu desfecho, quem seja, a própria embargante.

[...]

Outrossim, não tem respaldo legal o argumento da embargante de que, quando proposta a primeira ação, possuía apenas seis anos de idade, não podendo, portanto,

ser penitenciada pela conduta de sua mãe. Pelo contrário, tal argumento vai contra texto expreso de lei.

Confira-se, a propósito, o disposto do então artigo 384, do Código Civil de 1916:

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

(...)

V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento; (fls. 199/201).

2. Segundo o que consta dos autos, na ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada pela ora recorrente, então menor impúbere, “o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, em primeiro de outubro de 1985, portanto, sem que se pudesse realizar o exame de DNA” (fl. 26). Decorridos, aproximadamente, 20 anos da ação primitiva, a autora, agora maior de idade, alegando que a não realização, à época, da prova pericial hematológica determinada pelo juízo deu-se exclusivamente por culpa de sua genitora, então sua representante legal, ingressa com nova ação de investigação, requerendo a realização de exame de DNA e, ao final, o reconhecimento da paternidade alegada (fls. 32/40).

A controvérsia, portanto, cinge-se a saber se admissível a relativização da coisa julgada estabelecida em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, na qual o exame hematológico determinado pelo juízo deixou de ser realizado por suposta desídia da parte autora, à época representada por sua genitora, conforme expressamente reconhecido pelas instâncias ordinárias (fls. 199/201).

3. A relativização da coisa julgada nas ações de estado envolvendo investigação de paternidade anterior à universalização do acesso ao exame de DNA encontra-se sedimentada pelo entendimento do eg. Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 363.889/MG, da relatoria do em. *Ministro Dias Toffoli*, cuja ementa é a seguinte:

Recurso extraordinário. Direito Processual Civil e Constitucional. Repercussão geral reconhecida. Ação de investigação de paternidade declarada extinta, com fundamento em coisa julgada, em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o Estado providenciado a sua realização. Repositura da ação. Possibilidade, em respeito à prevalência do direito

fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. *Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.*

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 363.889/MG, Rel. **Ministro Dias Toffoli**, DJe de 16.12.2011)

Esse entendimento foi expressamente acompanhado pela eg. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do v. acórdão assim ementado:

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Direito de Família. Exame de DNA. Coisa julgada. Mitigação. Possibilidade.

1. *Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada.*

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 363.889/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 16.12.2011, reconheceu a repercussão geral da questão e, no mérito, consolidou o entendimento de que “deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo”.

3. É possível, com base na Súmula n. 168/STJ, inadmitir embargos de divergência quando a jurisprudência da Corte estiver no mesmo sentido do acórdão embargado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1.201.791/SP, Rel. *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, Segunda Seção, DJe de 19.11.2014)

No presente caso, não obstante reconhecida no v. acórdão recorrido a existência de entendimento doutrinário e jurisprudencial admitindo a relativização da coisa julgada em se tratando de investigação de paternidade, deixou o eg. Tribunal *a quo* de aplicar essa orientação, sob o fundamento de que, “à época da primeira ação, foi requerida pelo agravante a produção de prova pericial hematológica, por ele custeada, não tendo a agravada comparecido ao local designado para a realização do exame, embora devidamente intimada” (fl. 177).

A recorrente, no entanto, afirma que, à época da primeira ação, contava com apenas seis meses de idade e que, por isso, o ônus pela alegada desídia não lhe pode ser atribuído, prejudicando seu direito ao reconhecimento do estado de filiação.

O caso, como se vê, traz aparente colisão entre princípios jurídicos fundamentais, de natureza processual e constitucional. De um lado, o princípio da imutabilidade da coisa julgada material (CPC/1973, arts. 467 e 468; CPC/2015, arts. 502 e 502), e, de outro, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Sobre a autoridade da coisa julgada, convém transcrever-se os seguintes dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época do ajuizamento da ação:

Art. 467. *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*

Art. 468. *A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.*

Art. 469. *Não fazem coisa julgada:*

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 470. *Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.*

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, *tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;*

II - nos demais casos prescritos em lei.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. *Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.*

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Idênticas previsões encontram-se no atual Código de Processo Civil (CPC/2015, arts. 502 a 507).

A necessidade de prevalência da verdade real no reconhecimento das relações de parentesco, amparadas em ações de estado (CPC/1973, arts. 469, II, e 471, I; CPC/2015, arts. 504, I, e 505, I), tem ensejado, ante as novas descobertas científicas, discussão acerca da relativização da coisa julgada.

Sustenta-se que o Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de impedir ofensa à coisa julgada, desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético, o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade.

Para tanto, principalmente nas relações de trato sucessivo, deve ser levado em conta que a autoridade da coisa julgada reporta-se ao momento em que a sentença foi proferida, de maneira que nova relação jurídica ou nova situação de fato ou de direito surgida posteriormente - e que não tenha sido objeto do julgamento anterior - torna-se alheia à imutabilidade do instituto da *res iudicata*.

Sobre o tema, é oportuno invocar a lição de **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, *in verbis*:

Não é de hoje que, sempre forte na lição de Liebman, venho asseverando que *a autoridade da coisa julgada material, sujeita-se sempre à regra rebus sic*

standibus, de modo que, sobrevindo fato novo, 'o juiz, na nova ação, não altera o julgado anterior, mas, exatamente para atender a ele, adapta-se ao estado de fato superveniente. Eis o ensinamento do Mestre:

è superfluo dire che la cosa giudicata non impedisce l'eventuale sopraggiungere de fatti nuovi, che possono naturalmente modificare la situazione fra le parti (per es., l'adempimento del debitore, una transazione ecc.).

Tudo isso é muito natural quando se sabe que o instituto da coisa julgada material é movido pelo escopo prático de imunizar os efeitos do julgamento proferido acerca de determinada pretensão ou demanda, para que, naquela situação, outra decisão o caso não possa vir a ter jamais. Nem é por acaso que o direito positivo limita a coisa julgada não só às partes e ao objeto do pedido, mas ainda à causa de pedir. Fora da triplice identidade não há a auctoritas rei judicatae, justamente porque, variando um desses elementos, o litígio já será outro (CPC, art. 301, § 2º). Nova situação, nova decisão. A garantia constitucional da coisa julgada (Art. 5º, inc. XXXVI) não vai além de estabelecer que, com relação ao litígio posto em juízo e na situação de fato ali considerada, novos questionamentos serão ilegítimos. Ela imuniza o decisum, como está claro no direito positivo, nos limites do que foi julgado.

(...)

As lições assim colhidas recebem legitimidade da óbvia observação de que a vida das pessoas e suas relações entre si e com os bens da vida não são algo estanque e imutável, insuscetível às evoluções conaturais à vida em sociedade. Não é permitido discutir mais se, no momento do trânsito em julgado, as relações entre os litigantes eram aquelas afirmadas pela sentença e sujeitas aos efeitos desta; mas, surgindo nova relação ou nova situação oriunda de fato ou negócio novo, essa nova relação - que não foi objeto de julgamento - considera-se alheia a ditos efeitos e, por natural consequência, alheia também à sua imutabilidade.

Claramente nesse sentido é a exposição de Bedaque, falando da coisa julgada como imutabilidade da sentença e de seus efeitos em relação ao direito já existente e proclamado: 'nada impede, porém, que acontecimentos posteriores influam naquela situação, alterando-a. A decisão judicial, obviamente, não pode impedi-los. São fatos novos incidentes sobre a situação substancial será tanto menor quanto mais dinâmica ela se apresentar'.

(...)

Exatamente porque a coisa julgada se reporta ao momento em que a sentença foi proferida, sem considerações futuroológicas de qualquer ordem, ela tem somente o significado de imunizar, sempre com referência àquele momento, os efeitos da sentença, sobre a qual incide. Se esta afirma a existência atual de um direito ou obrigação (atual no momento em que foi proferida), a coisa julgada impede que se volte a questionar a existência dessa situação jurídica naquele momento, mas

não impede que se discuta sobre se depois dela o direito ou obrigação persiste ou deixou de existir.

(...)

Na ordem jurídico-positiva brasileira esses pensamentos transparecem na regra de que, 'passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como a rejeição do pedido' (CPC, art. 474). Tal é a eficácia preclusiva da coisa julgada, que não se confunde com esta mas sem a qual a coisa julgada valeria muito pouco. Ela consiste em imunizar a própria *res judicata* a possíveis esvaziamentos mediante o exame de fatos anteriores. *Diz-se que o efeito preclusivo da coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, sendo absolutamente imperativo entender-se, a contrario sensu, que não fica abrangida por qualquer matéria que, por ser posterior, não fosse (obviamente) suscetível de deduzir-se antes do julgamento da causa. Se o direito se extinguiu ou modificou-se depois da prolação da sentença e do trânsito em julgado, ou se de algum modo as relações jurídicas entre os que foram litigantes passaram a reger-se por outro negócio jurídico, tais são situações novas que, por não terem sido consideradas, não foram objeto de decisão e não ficam portanto cobertas pela coisa julgada ou por sua eficácia preclusiva.*

(in Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo II. 6ª ed., Malheiros: SP, 2010, pp. 1.170/1.173, grifou-se)

Sustentando posicionamento ainda mais agudo, **CRISTIANO CHAVES DE FARIAS** e **NELSON ROSENVALD** afirmam que o instituto da coisa julgada não pode ser visto de forma estanque, em desprestígio aos direitos, constitucionalmente consagrados, de filiação e de conhecimento da identidade genética e da ancestralidade. Eis as ponderações dos ilustres doutrinadores:

4.5.20. A Coisa Julgada nas Ações Filiatórias

Historicamente, a coisa julgada na ação de investigação de paternidade esteve submetida ao sistema processual clássico, tornando imutáveis os efeitos decorrentes da sentença de mérito, contra a qual não mais seja cabível qualquer recurso.

Mesmo na hipótese de investigatória de paternidade promovida pelo Ministério Público, na qualidade de substituto processual, ainda assim os efeitos da coisa julgada se projetavam, atingindo o investigante.

Induvidoso, no entanto, que o sistema da coisa julgada do Código de Processo Civil, alçado a altitude de garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI), não pode ter guarida nas ações filiatórias, dentre elas a investigatória de parentalidade, sendo necessário afirmar o desenho de um novo modelo de coisa julgada para regular tais demandas.

Importante destacar que esse novo sistema de regramento da coisa julgada independe de expressa previsão de lei, podendo ser aplicado aos casos concretos, a

partir das concepções e princípios constitucionais, visando promover a dignidade da pessoa humana e a isonomia substancial, determinadas constitucionalmente.

Em suma: *as regras ordinárias sobre a coisa julgada não podem ir de encontro a Lex Mater, nem - o mais importante! - se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a verdade sobre a paternidade.* Pensar diferente é trafegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução das pesquisas genéticas. Se assim não o fosse, qual a vantagem do avanço científico, do estudo da genética, por exemplo? A ciência, nesta área, está a serviço da verdade e se nos impõe usá-la. Veja-se, inclusive, que se a verdade é conceito de índole filosófica, sendo possível encontrá-la, em tais casos, com o amparo científico, sobreleva sua utilização racional, a serviço do bem-estar do homem digno.

Não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar a própria sociedade e o ser humano. Deve se ponderar pelo princípio da proporcionalidade qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto: mais vale a segurança ou a justiça. E afigura-se-nos mais relevante prevalecer o valor justiça, pois sem ela não há liberdade qualquer.

Mas não é só. É preciso observar que as ações sobre a filiação não podem ficar emolduradas nas estreitas latitudes da coisa julgada regulada pela lei processual (CPC, arts. 467 e ss.). Aliás, se a intangibilidade da coisa julgada quedou mitigada nas ações coletivas (relativas a relações de consumo, proteção ambiental, moralidade administrativa etc.), com muito mais razão deve ser relativizada, suavizada, nas ações filiatórias. Enfim, *é injusto vedar-se para sempre à pessoa humana o direito de pleitear o reconhecimento de sua filiação, que se lhe constitui direito absoluto sagrado, indisponível e inerente à própria personalidade. Desse modo, é fácil perceber a necessidade de adaptação do sistema de coisa julgada nas ações filiatórias, respeitando as garantias constitucionais da pessoa humana.*

Uma coisa é certa: as regras gerais sobre a coisa julgada, talhada no sistema individualista do Código Adjetivo, devem ser interpretadas com razoabilidade na ação investigatória, eis que poderia implicar a negação do próprio direito material correspondente, frustrando o caráter instrumental do direito processual, que serviria como óbice a concretização efetiva do direito a filiação, garantido constitucionalmente.

Veja-se, inclusive, que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejugamento da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova não passa em julgado afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

É mister afirmar, então, que a coisa julgada na ação investigatória se dará sob a técnica secundum eventum probationes. Ou seja, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas.

Também não se diga, ainda, que a coisa julgada constitui garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a igualdade e a dignidade da pessoa humana

também tem sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Ademais, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício de direito material.

Reafirme-se, nesse passo, que e a norma constitucional protetiva do cidadão quem prevalece em nosso sistema jurídico. *Por isso, negar o direito do filho em investigar a paternidade do seu pai, invocando barreiras ou formalismos processuais, é inaceitável e colide frontalmente com o princípio da dignidade humana, fazendo tábula rasa dos direitos fundamentais.*

(...)

Pensar diferente e voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material. Assim, avulta afirmar a necessária relativização da coisa julgada pela jurisprudência, evitando tormentos e indevidas negações do direito a filiação.

A nossa jurisprudência registra, nesse sentido, importante passagem: 'mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pós o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se a aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem a modernidade.'

(in Direitos das Famílias. Lumen Juris: RJ, 2008, pp. 573/576, grifou-se)

No caso dos autos, como dito, a investigação de paternidade foi julgada improcedente por insuficiência de provas, não se realizando o exame hematológico determinado pelo juízo, no entender do Tribunal de origem, em razão da desídia da representante legal da autora, à época menor impúbere.

Tal fundamento, no entanto, não pode servir de obstáculo ao conhecimento da verdade real, uma vez que, no caso, o direito à paternidade, sendo personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, não pode ser obstado por ato atribuível exclusivamente à representante legal da autora, uma vez que esta, conforme frisado, era menor ao tempo do ajuizamento da primeira ação.

Com efeito, a teor do art. 1.602 do CC/2002, "não basta a confissão materna para excluir a paternidade".

Outrossim, dispõe o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Nesse sentido o parecer do douto representante do Ministério Público Federal:

No mérito, a irrisignação merece prosperar. De início, cabe observar que a *ação investigatória ajuizada anteriormente foi extinta sem resolução do mérito por insuficiência de provas, como restou comprovado* (sentença de fls. 57v e 58) e decidido em instância ordinária, não cabendo reexame da questão por essa Corte, nos termos do disposto na Súmula 07 do STJ.

Com efeito, o filho pode a qualquer tempo pleitear o reconhecimento do vínculo de filiação em relação ao pai biológico, por se tratar de ação de estado em que o direito é personalíssimo e indisponível. Em razão disso, *o não comparecimento da mãe para realização do exame de DNA, à época, não pode ser fator impeditivo ao ajuizamento da presente demanda, a qual objetiva a apuração da verdade real acerca do estado de filiação, mesmo porque a recorrente era menor quando do ajuizamento do primeiro pedido.*

Ademais, não obstante a mãe de (...) ter permanecido inerte na primeira demanda, quanto à realização probatória, fazendo-se presumir que o recorrido não era pai biológico, o *artigo 1.602 do Código Civil explica que não basta a confissão materna para excluir a paternidade, pelo que se impõem outros meios de prova para que tal exclusão seja feita. Na hipótese, a sentença de primeiro grau, que apreciou a ação extinta, foi julgada improcedente por insuficiência de provas. Em razão disso, não fora excluída a paternidade do ora recorrido, inferindo-se, pois, que não houve análise do mérito, razão pela qual não se operou a coisa julgada material.* (fls. 427/428).

Por todas essas razões, não deve prevalecer o óbice da coisa julgada formada em outra demanda, em detrimento do direito fundamental ao conhecimento da identidade genética e da ancestralidade, relativo à personalidade e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal (art. 1º, III), sob pena de se gerar situações de perplexidade.

O direito processual não deve prevalecer sobre o material em ações de estado, de maneira que a verdadeira filiação genética, conhecível mediante exame de DNA, deve sobrepor-se à coisa julgada baseada em anterior insuficiência de prova da paternidade.

Mostra-se ainda viável, nas circunstâncias dos autos, a rediscussão da relação de parentesco por exame genético preciso e hoje de fácil realização (DNA), mediante ação de cunho revisional, conforme previsto no art. 471, I, do CPC.

Deve ser garantido às partes o reconhecimento judicial da verdade real, científica, uma vez que na primeira demanda não foram esgotados todos os

meios possíveis à investigação eficaz da relação de parentesco existente entre os litigantes, conforme, aliás, o promovido se prontificou na época.

De fato, na esteira da jurisprudência hoje consolidada nos tribunais superiores, tratando-se de ação de estado, na qual o dogma da coisa julgada deve ser aplicado com prudência, sob pena de subverter a realidade, não se pode justificar a adoção da *res iudicata*, a pretexto de se garantir a segurança jurídica, quando isso possa criar uma situação aberrante entre o mundo fático-científico e o mundo jurídico.

Nesse sentido:

Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – *A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade.’*

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

(REsp 226.436/PR, Relator o Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, Quarta Turma, DJ de 4.2.2002, grifou-se)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Coisa julgada. Mitigação. Possibilidade. Acórdão

recorrido em contrariedade com jurisprudência sedimentada das Cortes Superiores. Provimento do recurso especial. Dissídio notório suficientemente demonstrado.

1. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando entendimento do Supremo Tribunal Federal, sedimentou seu entendimento no sentido da relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade em que não foi possível a realização do exame de DNA, quando o referido meio ainda não havia sido democratizado. Precedentes.

2. O notório dissídio foi suficientemente demonstrado, comprovando-se a contrariedade do acórdão recorrido com o posicionamento dominante.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.516.863/MG, Rel. **Ministra Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 11.12.2015).

Cabe lembrar, outrossim, que a relativização da coisa julgada é de há muito admitida no sistema jurídico pátrio, quando possa ser confrontada com o princípio da dignidade da pessoa humana, como sucede com a revisão criminal, disciplinada no Código de Processo Penal nos seguintes termos:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à *evidência dos autos*;

II - *quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos*;

III - *quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena*.

Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.

Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Destarte, o caso dos autos autoriza a relativização da coisa julgada, a fim de que possa ser aferida a verdadeira relação de filiação entre os litigantes. No bojo da nova demanda, ação revisional de investigação de paternidade, deverá ser realizado o exame de DNA, conforme requerido na exordial e deferido pelo il. Juízo de primeiro grau.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial para reformar o v. acórdão recorrido e determinar o prosseguimento da ação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.156.735-SP (2009/0175755-2)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: United Parcel Service Co

Advogados: Abrão Jorge Miguel Neto - SP172355

Carolina Neves do Patrocínio Nunes - SP249937

Recorrente: Unibanco AIG Seguros S/A

Advogado: Márcio Roberto Gotas Moreira e outro(s) - SP178051

Recorrido: Os Mesmos

Litis. Pas: BAX Global do Brasil Ltda

Advogado: Márcio Rossi Vidal e outro(s) - SP154483

EMENTA

Direito Empresarial. Importação. Transporte aéreo internacional. Mercadorias avariadas. Fatos ocorridos na vigência do CC/1916. Não incidência do CC/2002. Seguradora. Ressarcimento. Sub-rogação. Ação regressiva. Ausência de relação de consumo. Convenção de Varsóvia. Indenização tarifada. Ação cautelar de protesto. Interrupção do prazo prescricional.

1. A expressão “destinatário final” contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a

finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

2. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de sistema de discos magnéticos e de *software* por empresa, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade industrial, ampliar a gama de produtos e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional dos referidos bens, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

3. Afastado o CDC no caso concreto e ocorridos os fatos na vigência do CC/1916, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional para efeito de indenização tarifada.

4. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

5. O princípio constitucional da reparação integral, fundamentado no art. 5º, V e X, da CF/1988, não pode ser adotado no âmbito de Turma deste Tribunal Superior para efeito de afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia, diploma específico que foi incorporado no ordenamento jurídico interno “nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa” (ADI/MC n. 1.480-3-DF, STF, Rel. Ministro *Celso de Mello*, *Tribunal Pleno*, DJ de 18.5.2001). Incide, no caso, a vedação contida na Súmula Vinculante n. 10, do STF, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

6. Ressaltando-se que o Tribunal de origem aplicou a Convenção de Varsóvia quanto à indenização tarifada e que a ora recorrente nem mesmo cuidou de interpor recurso extraordinário para, eventualmente, discutir a inconstitucionalidade de tal limitação, incabível arguir a

inconstitucionalidade perante a *Corte Especial* deste Tribunal, tendo em vista que tal iniciativa representaria uma forma de contornar a distribuição da competência nas instâncias superiores, feita pela Constituição Federal, que remete ao STF as discussões acerca da violação de dispositivos constitucionais. Nesse sentido: AI no REsp n. 1.135.354/PB, Rel. originário Ministro *Luis Felipe Salomão*, Rel. para acórdão Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Corte Especial*, DJe de 28.2.2013.

7. O prazo de 2 (dois) anos para propor ação de responsabilidade civil disciplinado no art. 29 da Convenção de Varsóvia tem natureza prescricional, não decadencial, daí estar sujeita às causas interruptivas, entre elas o protesto judicial deferido.

8. O entendimento do Tribunal estadual de que os motivos que justificariam a cautelar de protesto não poderiam ser afastados na presente ação ordinária foi impugnado no recurso especial mediante indicação de dispositivos legais inadequados para tal fim, que não alcançam o tema.

9. Hipótese em que a Corte local, fundamentada no art. 173 do CC/1916, em vigor na época dos fatos, decidiu que a interrupção do prazo prescricional perdurou até a conclusão do processo cautelar de protesto. Os arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973, entretanto, indicados pela recorrente como contrariados, dizem respeito, apenas, ao momento inicial da interrupção, não cuidando do seu período de duração, isto é, se o prazo prescricional volta a correr no dia seguinte ao da prática do respectivo ato ou se permanece interrompido, no presente caso, até o final da cautelar de protesto.

10. Quanto ao art. 202, parágrafo único, do CC/2002, igualmente colacionado no recurso, embora discipline o tema pertinente ao período de interrupção do prazo prescricional, não se aplica à hipótese dos autos. A cautelar de protesto foi atuada e distribuída em 15.7.2002, o Juiz deferiu a notificação respectiva em 18.7.2002, o mandado de notificação foi cumprido em 8.8.2002, e o despacho liberando o processo para ser entregue ao requerente foi publicado em 23.8.2002. Em tal contexto, qualquer que seja o ato processual a ser considerado, a interrupção do prazo se deu na vigência do sistema legal disciplinado no CC/1916, razão pela qual o Tribunal de origem

invocou, tão somente, o art. 173 do referido diploma, nem mesmo enfrentado expressamente pela recorrente.

11. O fato de o art. 202, parágrafo único, do CC/2002 – impropriamente referido na peça recursal – corresponder, com alguns ajustes, ao art. 173 do CC/1916 é irrelevante para o conhecimento do recurso. Por se tratar de dever da parte mencionar as normas federais violadas, é vedado a este colegiado indicar a norma correta em substituição àquela mencionada pela recorrente, sob pena de ferir, também, o princípio processual da isonomia, disciplinado nos arts. 125, I, do CPC/1973 e 139, I, do CPC/2015. Caso em que não se está diante de mero equívoco material sanável. Precedente.

12. O art. 26, 1, da Convenção de Varsóvia disciplina a presunção relativa quanto ao bom estado das mercadorias entregues, permitindo prova em contrário na hipótese de o recebimento ocorrer sem nenhuma ressalva. Além disso, não especifica quais serão as provas válidas, admitindo-se, portanto, amplo suporte probatório. No presente caso, o Tribunal de origem afastou tal presunção considerando incontroversas as avarias, constatadas no dia seguinte ao do desembarque, confirmadas por vistoria posterior e aceitas pela própria transportadora. Em tal circunstância, a reforma do acórdão recorrido, nesse ponto, esbarra na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, que impede o simples reexame de provas na instância especial.

13. Recursos especiais conhecidos em parte e desprovidos.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e negou provimento ao recurso especial de Unibanco AIG Seguros S/A e ao recurso especial de United Parcel Service Co, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recursos especiais interpostos por *United Parcel Service Co.* (e-STJ fls. 732/751 e 827/828) e por *Unibanco AIG Seguros S.A.*, ambos com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdãos do TJSP assim ementados:

Prescrição. Não ocorrência. Fluência do prazo interrompida com a notificação dos apelantes. Código de Defesa do Consumidor. Não incidência. Contrato de transporte aéreo de mercadorias. Relação de consumo não caracterizada. Transporte de bem de produção. Responsabilidade civil. Transporte aéreo de carga. Avarias. Não caracterização de caso fortuito ou força maior. Presunção de dolo ou culpa grave das apelantes. Afastamento da indenização tarifada para incidência do artigo 25 da Convenção de Varsóvia. Não cabimento. Julgamento *extra petita*. Indenização limitada a 17 direitos especiais de saque por quilo. Recursos providos em parte. Ônus da sucumbência. Responsabilidade da autora por 80% das custas e das rés por 20%. Honorários advocatícios. Responsabilidade da autora. Fixação em 10% sobre o valor do débito. Consideração da sucumbência parcial (e-STJ fl. 680).

Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Não ocorrência. Efeito infringente. Embargos rejeitados (e-STJ fl. 728).

United Parcel Service Co. alega que se trata “de ação regressiva apresentada pela Recorrida, Unibanco AIG Seguros, em face da ora Recorrente, United Parcel Service, e de sua litisconsorte, BAX Global do Brasil Ltda. Sustenta a seguradora Recorrida que indenizou sua cliente (segurada), a empresa Columbia Storage, na quantia de R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), em decorrência dos danos causados às mercadorias transportadas pela ora Recorrente, que teriam chegado no destino (Aeroporto de Viracopos) avariadas” (e-STJ fl. 733). Acrescenta que “em primeiro grau a demanda foi julgada procedente. Em sede recursal, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo houve por bem reformar a r. sentença, *em parte*, para limitar a indenização ao disposto na Convenção de Varsóvia, dando provimento parcial à apelação desta Recorrente” (e-STJ fl. 733).

Sustenta violação do art. 29, item 1, da Convenção de Varsóvia, deduzindo os seguintes argumentos:

Conforme observado com profundidade no v. acórdão, aplica-se ao presente caso concreto a Convenção de Varsóvia (Decretos n. 20.704/1931, 31/1963, 2.860/1998 e 2.861/1998, cf. Protocolos de Haia e Montreal), por determinação do

art. 178 da Constituição Federal (cf. EC 7/1995), e, igualmente, por não se cingir a relação jurídica originária, da qual decorre o direito de regresso da seguradora ora Recorrida, ao Código de Defesa do Consumidor.

O art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia possui a seguinte redação:

Artigo 29

1. A ação de responsabilidade deverá intentar-se, *sob pena de caducidade*, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.

2. O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão

Como se infere do texto da lei, trata-se de prazo de *caducidade*, isto é, de natureza *decadencial*: “a *caducidade*, diversamente da *prescrição*, é fato extintivo. Com sua caracterização extingue-se **o direito** e, por consequência, precluem também a *prescrição*, a *ação* e a *exceção de direito material*” (VILSON RODRIGUES ALVES, *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*, 3ª ed., Servanda, p. 717) – grifado.

O v. acórdão, contudo, afastou essa alegação (trazida na contestação, em petição anterior ao julgamento, referendada nos memoriais, e no citado Parecer de juriscoonsulto, cabendo lembrar que a decadência se conhece *de ofício*, cf. art. 219, § 2º, do CPC e arts. 193, 207, 210 do CC/02), sob este argumento:

não prevalece a interpretação literal do art. 29 da Convenção de Varsóvia, que se refere a caducidade da ação. As imprecisões terminológicas são evidentes. Em primeiro lugar, o decurso do prazo não atinge a ação, direito de pleitear a tutela jurisdicional e regulado em sedes constitucional e processual. (...). Além do mais, tratando-se de direito de crédito, o não exercício no prazo legal implica prescrição, não decadência, fenômeno ligado aos denominados direitos potestativos.

Essa exegese do v. acórdão, acima, do art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia está equivocada e acaba por afrontar o referido dispositivo.

Conforme ressaltou com absoluta propriedade o *parecer de FLÁVIO YARSHELL*, com transcrição da mais renomada doutrina, inclusive estrangeira, o prazo em questão tem *natureza decadencial* e, conseqüentemente, não é de *prescrição*. Tampouco se sustenta a tese de que se trataria de direito a crédito, pois, neste caso, *prevalece a vontade do legislador*, que, incontestavelmente, quis estabelecer a *decadência*.

[...]

Posto isso, cumpre considerar que, na espécie, a carga chegou ao destino em 12.07.2001 (fls. 84), tendo sido a presente demanda distribuída apenas em

19.07.2004 (fls. 02), restando superado o prazo *decadencial* de 2 (dois) anos estabelecido no art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, que, portanto, restou infringido pelo v. acórdão.

Tratando-se, destarte, o prazo do art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, de *prazo decadencial*, que não se interrompe nem se suspende por qualquer motivo (art. 207, CC/2002), tampouco por ação de protesto, a ação deveria ser julgada **improcedente**, devendo ser reformado o v. acórdão para esse fim, invertidos totalmente os ônus da sucumbência" (e-STJ fls. 734/737).

Apresenta precedentes para comprovar a divergência jurisprudencial nessa parte (cf. fls. 743/747).

Afirma haver contrariedade aos arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002, tendo em vista que "a medida cautelar de protesto ajuizada pela Recorrida não teve o condão de interromper o curso da prescrição, pois no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança" (e-STJ fl. 737). Aduz que "o chamado '*protesto judicial interruptivo da prescrição*' deve estar fundado em uma **relevante razão** que autorize sua apresentação com vistas a impedir o curso do prazo prescricional, **sob pena de ineficácia**" (e-STJ fl. 738), ou seja, "a medida deve estar suficientemente fundada, pois não serve para *burlar* ou *fraudar* a fluência do prazo prescricional quando a parte já detém todos os elementos para ajuizar, de imediato, a ação de cobrança do crédito" (e-STJ fl. 738). Destaca que os arts. 868 e 869 do CPC/1973 "exigem que o protesto se encontre embasado em fatos e razões *relevantes*, que demonstrem o **legítimo interesse**, isto é a necessidade da medida, do contrário ela resta ineficaz para os objetivos almejados" (e-STJ fl. 739). Explica, ainda, que:

Outrossim, não prospera o argumento utilizado pelo v. Acórdão para manter a capacidade do protesto judicial ajuizado pela Recorrida de interromper o prazo da prescrição, no sentido de que "*os motivos pelos quais a tutela provisória era necessária foram deduzidos pela autora e não se tornaram controvertidos*".

Isto porque os protestos dessa espécie são deferidos automaticamente e, como não prevêm defesa do notificado, a eficácia da medida deve ser averiguada **depois**, na eventual ação de cobrança, quando então deverá o juiz perquirir se, no dia do ajuizamento do protesto cautelar, já poderia, ou não, o credor deduzir sua pretensão de cobrança. Se a conclusão for negativa, a solução será, *invariavelmente*, declarar a **ineficácia** do protesto proposto sub-repticiamente para o fim de "interromper" o curso da prescrição iniciada.

[...]

Portanto, ao exigir o v. Acórdão que os motivos do protesto fossem controvertidos pela ora Recorrente, *acabou por infringir o art. 871 do CPC*, segundo o qual *“o protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos”*.

Os arts. 868, 869 e 871 do CPC devem ser, ainda, lidos em conjunto com o art. 202, incisos I e II, do Código Civil, que estabelece que a interrupção da prescrição se dá por protesto, *desde que* o interessado a promova **“na forma da lei processual”**. Ora, cultos Ministros, como já havia *actio nata*, o referido protesto *não* foi deduzido *“na forma da lei processual”*, motivo por que ele não produziu eficácia alguma, nos termos do art. 202, II, do CPC, que igualmente restou infringido pelo v. Acórdão ora recorrido.

Finalmente, tratando-se de prescrição, desimportante saber se houve ou não *controvérsia antecedente* sobre a razoabilidade jurídica do protesto interruptivo da prescrição ajuizado pela Recorrida. **A uma**, porque, como observado acima, a verificação da eficácia da medida cautelar de protesto se dá *após* o ajuizamento da ação de cobrança, conforme o art. 202, II, do Código Civil c/c arts. 868, 869 e 871 do CPC. Se o juiz entender que o protesto não foi deduzido na forma da lei processual, já que a parte não tinha interesse justificado, porquanto existia *actio nata* quando do seu ajuizamento, deve considerar como não interrompido o prazo prescricional (art. 202, II, CPC). **A duas**, a prescrição pode ser conhecida *ex officio*, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC. O v. acórdão, ao exigir provocação da Recorrente sobre o tema, violou expressamente o § 5º do art. 219 do CPC, pois a questão é cognoscível de ofício (e-STJ fls. 739/740).

Alega violação dos arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002, sendo certo que, “mesmo atribuindo *efeitos válidos* ao referido ‘protesto interruptivo da prescrição’ ajuizado pela Recorrida, a ação foi proposta *fora* do prazo legal de 2 (dois) anos previsto no art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, visto aqui como *prazo prescricional* apenas para argumentar” (e-STJ fl. 740). “Isto porque, o prazo prescricional eventualmente interrompido *retoma seu curso a partir da data da distribuição da aludida ação cautelar de protesto interruptivo*, nos termos do *art. 219, § 1º, e 263 do CPC*” (e-STJ 740). Dessa forma, o *dies a quo* a partir do qual deve ser contada a prescrição, nos casos em que sua ‘interrupção’ se dá mediante ajuizamento de *protesto*, não é o dia ‘*do último ato praticado no protesto*’, como mencionado no v. acórdão recorrido, mas sim o **dia do protocolo** (data da distribuição da notificação judicial/protesto), consoante os julgados deste Colendo Tribunal” (e-STJ fl. 741). No presente caso, “a interrupção da prescrição deu-se em *12 de julho de 2002*, dia em que foi **distribuída** a cautelar de protesto (fls. 108). A presente demanda de cobrança, todavia, foi proposta em *14 de julho de 2004* (fls. 02), dois dias *após* escoado o prazo prescricional” (e-STJ fls. 742/743). Entende haver divergência jurisprudencial nesse ponto (*cf.* e-STJ fls. 747/749).

Aduz que “as mercadorias transportadas pela ora Recorrente foram desembarcadas no Aeroporto de Viracopos em julho de 2001, tendo sido *recebida* pelos representantes da empresa Columbia, segurada da Recorrida Unibanco AIG Seguros, *sem qualquer ressalva imediata com relação à sua integridade*” (e-STJ fl. 749), e que o art. 26 da Convenção de Varsóvia, “similar ao art. 754 do CC”, busca “evitar exatamente o que ocorreu no caso concreto, quando os reclamos só foram consignados pela destinatária *depois que as mercadorias estavam depositadas nas mãos da INFRAERO*, oportunidade em que foram encontradas pelo destinatário *tombadas umas sobre as outras*” (fl. 749). Com isso, “viola o art. 26 da Convenção de Varsóvia a condenação da transportadora ao pagamento de mercadorias, por supostas avarias, se estas não foram consignadas pela via adequada, qual seja, a ressalva do destinatário” (e-STJ fl. 750). Argumenta, também, que “as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, *externos*, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para ‘substituir’ ou ‘dispensar’ a imediata averiguação das cargas, *internamente*, a ensejar a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo *importador (recedor da carga)*” (e-STJ fl. 750).

A recorrente *United Parcel Service Co.* reiterou o seu recurso especial na petição de fl. 827 (e-STJ).

O segundo recorrente, *Unibanco AIG Seguros S.A.*, afirma que se vale “do presente recurso especial para se insurgir contra o v. acórdão que deixou de observar que se tratando de relação típica de consumo, a relação entre agentes de cargas (empresas responsáveis pelo transporte aéreo das mercadorias seguradas) e consignatário (segurado) é regida pela Lei n. 8.078/1990, não há que se falar em limitação de responsabilidade, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça” (e-STJ fl. 843). Ademais, o TJSP “aplicou, indevidamente, a limitação da Convenção de Varsóvia, principalmente porque, considerando que os danos descritos na petição inicial não guardam relação direta com os riscos inerentes ao transporte aéreo, a limitação não se aplica ao caso concreto” (e-STJ fl. 843).

Após mencionar precedentes desta Corte Superior (*cf.* e-STJ fls. 844/846), argumenta que “pouco importa a destinação que seria dada aos discos magnéticos e software de operação, o segurado era, neste caso específico, destinatário final da obrigação de transporte” (e-STJ fls. 846). Entende que “a hipótese, no caso, está alcançada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual ‘consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. O segurado da Recorrente, pessoa

jurídica, contratou o serviço de transporte das Recorridas, que se esgotou. Esse serviço de transporte, observe-se, não foi repassado a outrem; o segurado não é simples intermediador do mesmo, mas, sim, o destinatário final da obrigação de transporte” (e-STJ fl. 846). Com isso, “o Código de Defesa do Consumidor” seria “aplicável ao transporte internacional de mercadorias e afasta, conseqüentemente, a Convenção Internacional para ações de reparação de danos decorrentes do ‘fato do serviço’” (e-STJ fl. 846).

Destaca que a Convenção de Varsóvia prevê “a possibilidade de reparação de dolo ou culpa grave das empresas transportadoras” (e-STJ fl. 847), essa última verificada no presente caso, cita precedente deste Tribunal Superior que adota o princípio constitucional da igualdade, “inserido no art. 5º da Constituição da República” (e-STJ fl. 848), e afirma que “os danos noticiados nos autos não decorrem dos riscos inerentes ao transporte aéreo, mas sim de desídia operacional das demandadas, empresas que se comprometeram com a seguradora a realizar o transporte internacional, ao permitir que os bens fossem avariados antes de chegar ao seu destino final” (e-STJ fl. 850).

Especificamente acerca da sub-rogação, a recorrente esclarece que “a pretensão de ressarcimento em regresso em destaque é apresentada por uma Seguradora, sub-rogada nos direitos do consignatário da carga que teve a remessa avariada durante o período em que a carga permaneceu sob a custódia do transportador. Contudo, seu direito à reparação de danos não está condicionado a qualquer limitação” (e-STJ fl. 850). Não se poderia falar, então, “em limitação de responsabilidade porque se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao transporte aéreo internacional, incidindo sob o caso em destaque o artigo 6º, inciso VI da Lei n. 8.078/1990” (e-STJ fl. 850).

United Parcel Service Co. (e-STJ fls. 911/931) e *BAX Global do Brasil Ltda.* (e-STJ fls. 933/943) apresentaram contrarrazões ao recurso interposto por *Unibanco AIG Seguros S.A.*

A seguradora, por sua vez, protocolizou contrarrazões ao recurso especial de *United Parcel Service Co.* (e-STJ fls. 949/955).

O recurso da *United* foi admitido na origem (e-STJ fls. 957/960) e o do *Unibanco* teve seguimento em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.201.664/SP, em 1º.3.2011, Relator Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 10.3.2011.

Não consta dos autos a interposição de recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se, na origem, de “ação regressiva de ressarcimento” proposta por *Unibanco AIG Seguros S.A.*, na qualidade de sub-rogado nos direitos e ações da segurada *Columbia Storage Integração de Sistemas Ltda.*, contra *BAX Global do Brasil Ltda.* e contra *United Parcel Service*, buscando ser indenizada da importância de R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), além dos respectivos encargos, por fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916. Narrou o autor que:

A empresa segurada da autora, no exercício regular de suas atividades empresariais, importou bens necessários ao bom desenvolvimento dos seus trabalhos.

O contrato de venda e compra internacional e a operação de exportação, foram realizados conforme as regras de comércio exterior, tendo a segurada da autora cumprido rigorosamente todas as formalidades legais que lhe competia.

Os documentos anexos, auto-explicativos, dão conta dos referidos negócios e da regularidade de todos os procedimentos levados a efeito pela autora.

Para operar a tradição do contrato de venda e compra, a autora precisou celebrar um outro negócio jurídico: contrato de transporte internacional.

Assim, contratou os serviços das rés para o transporte aéreo dos bens desde os Estados Unidos da América até o Brasil.

As rés, cumprindo o quanto determinado pela lei, emitiram o(s) competente(s) conhecimento(s), instrumentalizando a obrigação de transporte assumida junto à segurada da autora.

Este instrumento prova a relação contratual entre a ré e a segurada da autora sendo o “*Air Waybill*” a prova documental da relação comercial e de consumo já sustentada.

Para cobrir os riscos do transporte aéreo a segurada da autora celebrou com a própria o também anexo contrato de seguro, do ramo transporte internacional.

[...]

No caso concreto, valeu-se a importadora, segurada da Autora, da modalidade mais comum desse seguro no mercado nacional, qual seja, aquela visando à cobertura dos bens em todo o trajeto entre as dependências do exportador e as suas próprias, segundo os critérios custo e frete, vale dizer, o valor integral dos bens importados e o custo operacional do transporte (contraprestação ao transportador aéreo).

Assim, dando cumprimento às cláusulas e condições do seguro contratado, a empresa segurada informou à autora, tempestivamente, a compra (importação,

embarque e transporte de uma remessa de “equipamentos eletrônicos (sistemas de discos magnéticos de grande porte acompanhados de software exclusivo, acondicionados em caixas de madeira e/ou papelão ‘paletizadas’ dotadas de sensor de impacto”.

[...]

Para surpresa geral, dado os renomes que as ré desfrutam no mercado internacional, a carga confiada para transporte *não* foi desembarcada íntegra de bordo do veículo transportador.

*Com faz prova a documentação anexa, a destacada remessa chegou em Viracopos gravemente **avariada**.*

[...]

Deflui daí que a responsabilidade das rés pelas graves avarias aos bens em questão é fato absolutamente incontroverso.

[...]

Honrando o contrato de seguro, a autora indenizou sua segurada, vítima original dos danos, sub-rogando-se em todos os seus direitos e ações.

[...]

Logo, pelos bens extraviados, a autora sofreu um prejuízo total de expressivos R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil e novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), valor este que não é atualizado desde o dia 27 de fevereiro de 2001, data do pagamento da indenização de seguro (sub-rogação), sendo de se proceder a devida atualização monetária no momento oportuno (e-STJ fls. 21/27).

O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, sendo os réus condenados “no pagamento de R\$ 901.987,83 ao autor, atualizados pelos índices da tabela judicial a partir de 10.04.02, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação” (e-STJ fl. 419), fixando-se a verba honorária em 10% sobre o valor do débito corrigido. Acerca do mérito, o magistrado considerou que:

3. Consistente a pretensão na medida em que, na espécie, foram alçados à categoria de incontroversos, arts. 300, 302 e 34, II, do Código de Processo Civil, os fatos relativos à conclusão dos contratos de transporte aéreo internacional e a avaria das mercadorias após o início da execução da obrigação, conforme o termo de vistoria aduaneira, págs. 85/90; outrossim, que a perda ocorreu dentro da esfera de guarda, conservação, vigilância e disposição dos réus, surgindo, por conseguinte, o direito subjetivo à sub-rogação da indenização pecuniária cabal, equivalencial à extensão dos danos experimentados pelo segurador, págs. 105-6, tanto pela inserção implícita da cláusula de indenidade em operações mercantis desse jaez, neutralizando o argumento quanto à assunção da condição de mera domiciliatária, como pela violação do dever supletivo imposto no art.

80 do Código Civil e art. 102 do Código Comercial, conjugados com o art. 25 da Convenção de Varsóvia.

4. Ressarcimento não restrito à quantidade de peso do produto, em conformidade com a limitação imposta no art. 22, n. 2, da Convenção de Varsóvia, porque na hipótese, foram satisfeitos os extremos do suporte fático-normativo do art. 25, *dolo non praestando* (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, RJ, Forense, 2ª ed., pág. 240, n. 192, 1990), esterilizando aquela outra disposição tendente à minimização, mediante tarifas prefixadas, das importâncias indenizáveis (cf. PONTE DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, RJ, Borsoi, 2ª ed., Tomo XLV/172, § 4.887, n. 2, 1964).

5. Depois, segundo a lógica ordinária das coisas e os conhecimentos geralmente aplicados em litígios idêntico – que tais intuitivos, dispensaram prova a respeito, arts. 126 e 335 do Código de Processo Civil –, imperou a presunção de que os réus atuaram com culpa grave e acentuada, circunvizinha do dolo eventual, tipificado o ato ilícito, donde a prevalência do valor mais favorável ao lesado na sub-rogação, art. 948 do Código Civil, uma vez que incumbidos por vinculação convencional pela conservação, cuidado, vigilância e guarda da mercadoria, atuaram com negligência inexplicável, omissão contributiva, de forma direta e imediata, para a avaria da carga composta de volumes com dimensão substancial e, aliás, nem sequer clarificando ou identificando a causa do sinistro.

6. Ai residiu a vistoria incúria, voluntária e juridicamente relevante à solução, porquanto antevendo as deficiências e ineficiências dos aeroportos, – fato notório –, aceitaram o risco da logística não se precavendo do sinistro, como *v.g.*, com a contratação ou instituição de sistema eficaz de proteção privada, de custo pouco expressivo, impedindo ou dificultando a superveniência dum acontecimento de probabilidade de verificação objetivamente aferível em tempos presentes. Pouco importando, por tais razões, que não foi efetuada a declaração especial de valor dos objetos integrantes da operação diante do comportamento aqui exteriorizado, conducente à incidência dos efeitos do preceito invocado.

7. Em outros termos: “Em todas essas situações encontramos uma obrigação preestabelecida, por força da qual incumbe ao obrigado certa diligência, no sentido de manter íntegra, a fim de restituir em ocasião oportuna, a coisa que lhe foi confiada. Daí bem se pode dizer que ao art. 79 se aplica a culpa aquiliana ou extra-contratual, ao passo que o art. 80 tem em vista a culpa contratual em sentido lato. O incumbido de conservar coisa alheia é responsável pela destruição da mesma, se se lhe puder imputar falta de cuidado ou negligência, decide o art. 80” (cf. EDUARDO ESPÍNOLA, *Manual do Código Civil Brasileiro de PAULO DE LACERDA*, RJ, J. Ribeiro dos Santos, 2ª ed., Volume III/136-7, 1ª parte, n. 33, 1929). Ainda: “São, pois, obrigações do transportador, derivados do contrato, a de levar pessoa ou coisa ao destino combinado, dentro do prazo estabelecido e nas condições estipuladas, zelando pela segurança e conservação com toda

a diligência possível e exigível” (cf. J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico*, RJ, Freitas Bastos, 3ª ed., pág. 510, n. 294, 1961). Foi o bastante (e-STJ fls. 417/419).

Os embargos de declaração opostos pelas rés foram rejeitados (e-STJ fls. 432 e 438).

O TJSP (i) afastou a tese de prescrição e declarou que não se cuidava de prazo decadencial, (ii) entendeu que a eventual desnecessidade de notificação judicial não se tornou controvertida, não sendo admissível afastá-los nesta sede; (iii) repeliu a pretendida aplicação do CDC; (iv) considerou incontroversos o contrato de transporte e as avarias na mercadoria, tornando-as impróprias para o uso; (v) reconheceu a responsabilidade das rés pelo evento; (vi) limitou a indenização “a 17 Direitos Especiais de Saque por quilo, ou seja, 24.242 DES (17 x 1.426 kg)” com fundamento nos protocolos adicionais que modificaram a Convenção de Varsóvia. Deu parcial provimento aos recursos de apelação das rés, então, apenas quanto à limitação do valor indenizatório, fixando e distribuindo nova verba honorária, e rejeitou os respectivos embargos de declaração.

I. Recurso Especial Interposto por Unibanco AIG Seguros S.A.

Devo submeter a este colegiado, em primeiro lugar, o recurso especial interposto por *Unibanco AIG Seguros S.A.* por discutir qual o diploma legal que disciplina o presente caso – o CDC ou a Convenção de Varsóvia –, para efeito de limitar o valor da indenização.

A seguradora entende que o contrato de transporte aéreo internacional celebrado entre a segurada e as rés tem natureza de relação de consumo, incidindo ainda o princípio constitucional da igualdade. Por isso a indenização devida pelas rés não estaria limitada aos valores da Convenção de Varsóvia, devendo ser ampla, integral, na forma do CDC. Tal pretensão, no entanto, não merece acolhimento.

Inicialmente, extraio do acórdão recorrido que o dano ocorreu durante o transporte aéreo internacional, sendo oportuno reproduzir as seguintes passagens da fundamentação do TJSP:

A apelada aponta, porém, observação feita pela depositária, quanto ao estado em que a mercadoria foi entregue pela transportadora (fls. 348, 352 e 532).

De fato, não obstante as alegações das apelantes, o documento de fls. 83 revela a existência de avarias. Intimada a indicar a fonte da informação e demonstrar

o significado dos códigos, a apelada prestou os devidos esclarecimentos (fls. 553/558), não impugnados pelas litisconsortes passivas.

A prova documental permite concluir, portanto, pela responsabilidade da transportadora. Ao que tudo indica, há nexos entre o transporte e os danos (e-STJ fl. 684).

Destaco que as “fls. 348, 352 e 532” – renumeradas como e-STJ fls. 382, 386 e 575, respectivamente –, mencionadas no texto acima, dizem respeito à réplica e às contrarrazões à apelação apresentadas pela seguradora, ora recorrente, peças nas quais foi mencionado o fato de que “o depositário, antes da carga lhe ser confiada (ou seja, ainda sob a custódia da transportadora) lançou as seguintes ressalvas: diferença de peso, amassado, refitado e furado”. As mencionadas contrarrazões, a propósito, foram enfáticas:

A causa determinante para que os danos narrados na petição inicial ocorressem foi, sem sombra de dúvidas, o forte choque sofrido pela carga durante o transporte aéreo. Diz-se esse trauma ocorreu sob a custódia das apelantes porque, por ocasião do desembarque da remessa no Aeroporto de Viracopos em 17 de julho de 2011, o lote segurado foi recepcionado pela Infraero com as seguintes ressalvas: “*diferença de peso, amassado, refitado e furado*” (ressalvas essas contidas no MANTRA/SISCOMEX representados pelas letras A, C, G e H) (e-STJ fl. 575).

Acrescento que tal afirmação foi reiterada pela ora recorrente, seguradora, nas contrarrazões que apresentou aos recursos especiais interpostos pelas partes adversas. Confira-se a afirmação feita de seguradora:

É muito importante observar Excelência que o depositário, antes da carga lhe ser confiada (ou seja, ainda sob a custódia da transportadora) lançou as seguintes ressalvas: diferença de peso, amassado, refitado e furado.

Não há como se ter dúvidas: os danos foram causados sob a custódia do transportador (e-STJ fls. 952/953).

Com efeito, as avarias ocorreram durante o transporte aéreo internacional, fato assim disciplinado no art. 18 da Convenção de Varsóvia (Decreto n. 20.704/1931), com a redação do Decreto n. 2.861/1998 (“Promulga o Protocolo Adicional n. 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975 ...”):

Artigo 18

1 Responde o transportador pelo dano decorrente de destruição, perda ou avaria de bagagem despachada, desde que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

2 Responde o transportador pelo dano decorrente de destruição, perda ou avaria da mercadoria sob a condição única de que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

3 Entretanto, o transportador não será responsável se provar que a destruição, perda ou avaria da mercadoria resultar exclusivamente de um ou mais dos fatos seguintes:

- a) natureza ou vício próprio da mercadoria;
- b) embalagem defeituosa da mercadoria feita por pessoa que não o transportador ou seus prepostos;
- c) ato de guerra ou conflito armado;
- d) ato da autoridade pública executado em relação com a entrada, saída ou trânsito da mercadoria.

4. Transporte aéreo, para efeito dos itens precedentes é o período durante o qual a bagagem ou as mercadorias se acham sob a guarda do transportador, seja em aeroporto, seja a bordo da aeronave, seja em qualquer outro lugar, em caso de pouso fora do aeroporto.

5. O período do transporte, aéreo não abrange nenhum transporte terrestre, marítimo ou fluvial, efetuado fora do aeroporto.

Todavia, quando na execução do contrato de transporte aéreo, se efetuar quaisquer desses transportes para o carregamento, a entrega ou a baldeação, presume-se que o dano resultou de fato ocorrido durante o transporte aéreo, salvo prova em contrário.

Por outro lado, segundo o Tribunal de origem, o contrato firmado pela empresa segurada, *Columbia Storage Integração de Sistemas Ltda.*, “versa transporte de sistema de discos magnéticos e de software de operação e gerenciamento, que certamente, seriam utilizados na atividade industrial da tomadora, não podendo, portanto, subsumir-se à regras da legislação consumerista” (e-STJ fl. 683). Destinando-se os bens transportados ao implemento da atividade empresarial da segurada, ampliando a produtividade e os seus lucros, a orientação adotada no sentido de afastar o CDC encontra apoio no acórdão desta Turma, proferido no julgamento do REsp n. 1.162.649/SP, j. em 13.5.2014, DJe de 18.8.2014, que transitou em julgado após o indeferimento liminar de embargos de divergência, assim ementado:

Direito Empresarial. Importação. Transporte aéreo internacional. Dano em equipamento hospitalar. Raio X. Seguradora. Ressarcimento. Ação regressiva. Sub-rogação. Ausência de relação de consumo. Convenção de Varsóvia. Prescrição. Illegitimidade ativa. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Indenização tarifada.

1. Não se aplica a prescrição ânua disciplinada nos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial à ação proposta pela seguradora, como sub-rogada, contra a empresa de transporte aéreo causadora do dano ao segurado.

2. Comprovado nas instâncias ordinárias que o equipamento hospitalar importado, danificado durante o transporte aéreo, era destinado à segurada, o pretendido reconhecimento da ilegitimidade ativa da seguradora sub-rogada, no caso concreto, esbarra na vedação contida no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. A expressão “destinatário final” contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de *raio X* por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

5. Afastado o CDC no caso concreto, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional, que impõem a indenização tarifada equivalente a 17 (dezessete) Direitos Especiais de Saque (DES) para efeito de reparar os danos causados à mercadoria transportada. Afasta-se a indenização tarifada quando efetuada declaração especial de valor mediante o pagamento de eventual taxa suplementar (Protocolo Adicional n. 4, art. 22, item 2, 'b'), o que não é a hipótese destes autos.

6. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

7. Recurso especial parcialmente provido.

No referido julgado, no qual fui designado Relator para acórdão, o Tribunal de origem havia afastado a indenização tarifada por entender que incidiria o CDC, sendo certo que o recurso especial foi provido, por maioria, nesta Turma para limitar o valor indenizatório com fundamento na Convenção de Varsóvia, reconhecido expressamente que não estaria caracterizada relação de consumo.

Especificamente acerca do mencionado tema, assim fiz constar do meu voto, que reitero para este caso com o propósito manter o acórdão ora recorrido, o qual, no ponto, manteve a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia:

III. Indenização Tarifada: Arts. 22, Item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC

O Tribunal de origem afastou a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia por entender que estaria caracterizada relação de consumo entre o hospital segurado e a transportadora e que as normas do CDC prevaleceriam em relação à referida convenção e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986).

A recorrente, FEDEX, sustenta que os arts. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC foram violados porque (i) incidiria a convenção pelo princípio da especialidade e (ii) a Sociedade Beneficente das Senhoras do Hospital Sírio Libanês, importadora do equipamento, não poderia ser considerada destinatária final dos serviços de transporte, descaracterizando-se a relação de consumo no contrato de transporte.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte converge no sentido de que o CDC, quando verificada a relação de consumo, prevalece sobre a Convenção de Varsóvia e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, podendo-se citar, *v.g.*:

Agravo regimental em recurso especial. Ação condenatória (indenizatória). Danos patrimoniais e extrapatrimoniais Decorrentes de extravio de bagagem em vôo aéreo internacional. Prevalência das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial. Harmonia entre o entendimento adotado pelo Tribunal de origem e a jurisprudência desta Corte.

Insurgência recursal da ré.

[...]

2. Em hipótese como a dos autos, na qual se pleiteia a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos decorrentes do extravio de sua bagagem, em transporte aéreo internacional, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento da Convenção de Varsóvia.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.314.620/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 24.10.2013).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Quantum* indenizatório. Súmula n. 7/STJ.

1. As indenizações tarifadas previstas nas Convenções Internacionais (Varsóvia, Haia e Montreal) não se aplicam ao pedido de danos morais decorrentes de má prestação do serviço de transporte aéreo internacional, prevalecendo o Código de Defesa do Consumidor.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ).

3. Em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisório ou exorbitante o valor da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.

4. No caso concreto, a indenização fixada pelo juízo singular em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e mantida pelo Tribunal local não se revela excessiva.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 39.543/RJ, da minha relatoria, Quarta Turma, DJe de 27.11.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Extravio de bagagem. Seguradora sub-roga-se nos direitos do segurado em ação de regresso. A indenização pelo extravio de mercadoria, após o advento do CDC, não segue o tarifamento do Pacto de Varsóvia. Súmula 83/STJ. Agravo desprovido (AgRg no REsp n. 1.181.252/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 20.8.2012).

Entretanto, no presente caso, divergindo do entendimento adotado pelos eminentes Ministros Relator e *Marco Buzzi*, entendo que o CDC não se aplica, tendo em vista que o contrato de transporte objeto destes autos não decorre de relação que se pode qualificar como de consumo, mas de simples relação jurídico-obrigacional de índole mercantil.

Nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A expressão “destinatário final”, por sua vez, deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o CDC, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, em regra, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio.

Evidentemente, sob esse enfoque, não se pode considerar destinatário final aquele que, de alguma forma, com propósito meramente comercial, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização. Confira-se, a respeito, a lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES:

Para os *finalistas*, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela

só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão 'destinatário final' do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurada um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2º de acordo com o *fim da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Note-se que neste caso se presume que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa jurídica vulnerável prove sua vulnerabilidade (Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68/69).

No caso presente, a aquisição do equipamento de *raio x* destina-se a ampliar a prestação de serviços pelo hospital ao destinatário final, que é o paciente. Em outras palavras, a aquisição do bem tem como objetivo único incrementar a atividade da instituição hospitalar, ampliando e melhorando a gama de serviços e aumentando os lucros.

Sob esse enfoque, não se pode conceber o contrato de transporte isoladamente. Na verdade, a importação do equipamento de *raio x* tem natureza de ato complexo, envolvendo (i) a compra e venda propriamente dita, (ii) o desembarço para retirar o bem do país de origem, (iii) o eventual seguro, (iv) o transporte e (v) o desembarço no país de destino mediante o recolhimento de taxas, impostos etc. Tais etapas do ato complexo de importação, conforme o caso, podem ser efetivadas diretamente por agentes da própria empresa adquirente – no caso o hospital – ou envolver terceiros contratados para cada fim específico. Mas esta última possibilidade – contratação de terceiros –, por si, não permite que se aplique separadamente, a cada etapa, normas legais diversas da incidente sobre o ciclo completo da importação.

Partindo da premissa incontroversa de que a importação – aí incluídos todos os atos praticados e contratos celebrados ao longo do respectivo ciclo – visa a incrementar a atividade econômica, hospitalar, não há como considerar a importadora, Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês, destinatária final do ato complexo de importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para os propósitos da tutela protetiva da legislação consumerista.

A meu ver, aplica-se aqui o mesmo entendimento adotado nesta Corte nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e de fomentar a atividade empresarial. O capital obtido da instituição financeira, evidentemente, destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, ampliar os negócios e o lucro. Daí que a tais operações não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pela ausência da figura do consumidor, definida no art. 2º do referido diploma. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Repetição de indébito. Financiamento empresarial. CDC. Inaplicabilidade. Alteração da conclusão do Tribunal de origem. Reexame do contexto fático-probatório. Inviabilidade. Restituição em dobro. Inexistência de má-fé. Incidência da Súmula 07/STJ. Juros moratórios. Ausência de prequestionamento do artigo apontado como violado. Súmulas 282 e 356/STF. Aplicação. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A jurisprudência deste Sodalício é uníssona quanto a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o financiamento obtido pelo empresário for destinado precipuamente a incrementar sua atividade comercial, não podendo ser qualificado como destinatário final, porquanto inexistente a pretendida relação de consumo. Precedentes.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 386.182/AP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 28.10.2013).

Processual Civil. Contrato bancário. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental no agravo em recurso especial. Excesso de execução. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Mútuo bancário para obtenção de capital de giro. Inaplicabilidade do CDC. Decisão mantida.

[...]

3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 71.538/SP, desta Relatoria, Quarta Turma, DJe de 4.6.2013).

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação de revisão de contrato de financiamento para aquisição de franquia cumulada com repetição de indébito. Relação de consumo. Inexistência.

1.- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.

2.- No caso dos autos, em que se discute a validade das cláusulas de dois contratos de financiamento em moeda estrangeira visando viabilizar a franquia para exploração de Restaurante "Mc Donald's", o primeiro no valor de US\$ 368.000,00 (trezentos e sessenta e oito mil dólares) e o segundo de US\$ 87.570,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e setenta dólares), não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pelo recorrente, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes.

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.193.293/SP, Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 11.12.2012).

Contrato de *factoring*. Recurso especial. Caracterização do escritório de *factoring* como instituição financeira. Descabimento. Aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor à avença mercantil, ao fundamento de se tratar de relação de consumo. Inviabilidade.

1. As empresas de *factoring* não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes.

2. "A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na

hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações". (REsp 836.823/PR, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJ de 23.8.2010).

3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.

4. Recurso especial não provido (REsp n. 938.979/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 29.6.2012).

Embargos declaratórios. Efeito infringente. Recebimento como agravo regimental. Recurso especial. Cédulas rurais. Incidência da legislação consumerista. Destinatário final. Não caracterização. Súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Desqualifica a condição de consumidor final a utilização dos recursos obtidos mediante financiamento por meio de cédulas rurais para a compra de insumos e o fomento da produção.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento (EDcl no REsp n. 1.171.343/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 27.9.2011).

Entendo que, da mesma forma que o financiamento e a aplicação financeira mencionados fazem parte e não podem ser desmembrados do ciclo de produção, comercialização e de prestação de serviços, o contrato de transporte igualmente não pode ser retirado do ato complexo de importar equipamento para ampliar os serviços no hospital em apreço. Observe-se que, num e noutro caso, está-se diante de uma engrenagem complexa, que demanda a prática de vários outros atos com o único escopo de fomentar a atividade da pessoa jurídica. No caso presente, almejam-se lucros mediante a utilização do equipamento na cadeia produtiva, e, sem o respectivo transporte para o Brasil, tal objetivo ficaria inviabilizado.

Nessa linha de entendimento, trago os seguintes precedentes da *Terceira Turma*, nos quais, para efeito de afastar a relação de consumo, o contrato de transporte foi vinculado à finalidade do bem transportado de incrementar a atividade da empresa contratante:

Direito Civil e Direito do Consumidor. Transporte aéreo internacional de cargas. Atraso. CDC. Afastamento. Convenção de Varsóvia. Aplicação.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida, de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes.

5. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 1.358.231/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.6.2013).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Inadmissão de recurso especial. Transporte multimodal de cargas. Extravio. Responsabilidade civil. Pagamento de indenização securitária. Sub-rogação. Prazo prescricional. Não aplicação do CDC. Contrato mercantil. Atração dos Enunciados Sumulares n. 7 e 83/STJ. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 1.291.994/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 6.3.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Transporte marítimo. Avarias nas cargas transportadas. Ação de regresso proposta pela seguradora. Negativa de prestação jurisdicional. Alegação genérica. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284/STF. Prescrição. Inaplicabilidade do CDC à espécie. Prazo anual aplicável. Acórdão recorrido em desacordo com o entendimento desta Corte. Recurso improvido (AgRg no REsp n. 1.221.880/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 2.10.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Transporte marítimo de mercadoria. Seguradora. Cobrança. Prescrição civil. Ausência de relação de consumo.

1. Esta Corte já firmou entendimento de que, ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em decorrência de danos causados por terceiro, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado.

2. No caso de não se averiguar a relação de consumo no contrato de transporte firmado, já decidiu esta Corte Superior que é de 1 (um) ano o prazo prescricional para propositura de ação de segurador sub-rogado requerer da transportadora o ressarcimento pela perda da carga. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.169.418/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14.2.2014).

Finalmente, não se desconhece que esta Corte tem atenuado a incidência da teoria finalista, aplicando o Código de Defesa de Consumidor quando, apesar de relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais, estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Confira-se, *v.g.*:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Venda pela *internet*. Cartão de crédito clonado. Inaplicabilidade do Código Consumerista. Interpretação de cláusula contratual e reexame de provas. Descabimento. Súmulas STJ/5 e 7. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, hipótese não observada caso dos autos.

[...]

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp n. 328.043/GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 328.043/GO).

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Embargos à execução em cédula de crédito bancário. Decisão monocrática que negou provimento ao agravo, mantendo hígida a decisão de inadmissibilidade do recurso especial.

Irresignação da executada.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfratamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido (EDcl no AREsp n. 265.845/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 1º.8.2013).

Direito Civil e Processual Civil. Código de Defesa do Consumidor para proteção de pessoa jurídica. Teoria finalista aprofundada. Requisito da vulnerabilidade não caracterizado. Exigibilidade de obrigação assumida em moeda estrangeira. Fundamento do acórdão não atacado.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

2.- No caso dos autos, tendo o Acórdão recorrido afirmado que não se vislumbraria a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor, não há como reconhecer a existência de uma relação jurídica de consumo sem reexaminar fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ.

[...]

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.149.195/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 1º.8.2013).

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Teoria finalista. Destinatário final. Não enquadramento. Vulnerabilidade. Ausência. Reexame de fatos e provas. Recurso especial. Súmula 7/STJ.

[...]

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).

3. Esta Corte tem mitigado a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

4. Tendo o Tribunal de origem assentado que a parte agravante não é destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente, é inviável a pretensão deduzida no apelo especial, uma vez que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (EDcl no Ag n. 1.371.143/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 17.4.2013).

No presente caso, entretanto, além de não apreciado tal aspecto, tem-se que o hospital importador não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, o que afasta a incidência das normas do CDC.

Inexistindo relação de consumo entre o segurado e a transportadora, circunstância que impede a aplicação das regras específicas do CDC, há que ser observada a Convenção de Varsóvia, que regula especificamente o transporte aéreo internacional, dispondo o art. 22, item 2, alínea 'b', assim:

b) No transporte de mercadorias limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador e mediante pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da mercadoria (Protocolo Adicional n. 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975, promulgado no Brasil pelo Decreto Federal n. 2.861, de 7.12.1998).

A indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, portanto, equivalente a "17 Direitos Especiais de Saque por quilograma", deve prevalecer, ressaltando-se não haver notícia de "declaração especial de valor" apresentada pelo hospital importador na forma do art. 22, item 2, alínea 'b', acima reproduzido. Ora, se o importador, contratualmente, preferiu não fazer a referida "declaração", não há dúvida de que livremente optou pelo risco de receber a indenização tarifada. Ou seja, desembolsou menos pelo transporte, mas, por escolha própria, correu um risco maior, o que, no âmbito das relações comerciais, é absolutamente legal. Por isso, acautelou-se por meio de um contrato de seguro.

Convém registrar que tanto o referido precedente quanto o presente processo dizem respeito a transportes e a danos ocorridos ainda na vigência do CC/1916.

Devo mencionar, no entanto, que este colegiado, assim como a *Terceira Turma*, proferiram julgados que, nas respectivas fundamentações, são contrários, em parte, ao mencionado precedente de minha relatoria. Tratam, todavia, de fatos ocorridos na vigência do CC/2002, sendo oportuno reproduzir as respectivas ementas, *in verbis*:

Recurso especial. Ação promovida por seguradora, em regresso, pelos danos materiais suportados pela empresa segurada, decorrentes do defeito da prestação do serviço de transporte aéreo (extravio de mercadoria devida e previamente declarada, com inequívoca ciência do transportador acerca de seu conteúdo). Responsabilidade do transportador pelo extravio das mercadorias. Indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e Código Brasileiro de Aeronáutica. Inaplicabilidade. Relação consumerista. Não caracterização, sendo, pois, irrelevante, para a integral responsabilização do transportador. Alteração de entendimento. Proposição. Antinomia de normas. Critério da especialidade. Insuficiência. Princípio da indenizabilidade irrestrita. Observância. Insubsistência das razões que justifiquem tratamento protetivo ao transporte aéreo, em matéria de responsabilidade civil. Recurso especial improvido.

1. A jurisprudência desta Corte Superior perfilha, atualmente, o entendimento de que, estabelecida relação jurídica de consumo entre as partes, a indenização pelo extravio de mercadoria transportada por via aérea deve ser integral, não se aplicando, por conseguinte, a limitação tarifada prevista no Código de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Dessa orientação não se dissuade. Todavia, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, *inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo*, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo.

2. O critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se insuficiente para tal escopo.

Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931 pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

3. A limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito

fundamental (art. 5º, V e X), bem como pelo Código Civil, em seu art. 994, que, em adequação à ordem constitucional, preceitua que a indenização mede-se pela extensão do dano. Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos injustamente percebidos pela vítima do evento.

3.1 Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros. Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante a responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos.

3.2 Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si. Esse, é, aliás, justamente o caso dos autos. Segundo consignado pelas instâncias ordinárias, o dano causado decorreu do extravio da bagagem já em seu destino – totalmente desconectado, portanto, do risco da aviação em si –, o que robustece a compreensão de que a restrição à indenização, se permitida fosse (o que se admite apenas para argumentar), careceria essencialmente de razoabilidade.

4. O art. 750 do Código Civil não encerra, em si, uma exceção ao princípio da indenizabilidade irrestrita. O preceito legal dispõe que o transportador se responsabilizará pelos valores constantes no conhecimento de transporte. Ou seja, pelos valores das mercadorias previamente declaradas pelo contratante ao transportador.

4.1 Desse modo, o regramento legal tem por propósito justamente propiciar a efetiva indenização da mercadoria que se perdeu – *devida e previamente declarada, contando, portanto, com a absoluta ciência do transportador acerca de seu conteúdo* – evitando-se, com isso, que a reparação tenha por lastro a declaração unilateral do contratante do serviço de transporte, que, eventualmente de má-fé, possa superdimensionar o prejuízo sofrido.

Essa circunstância, a qual a norma busca evitar, não se encontra presente na espécie. Efetivamente, conforme restou reconhecido pela instância precedente, ressaí inequívoco dos autos que o transportador, antes de realizar o correlato serviço, tinha plena ciência do conteúdo da mercadoria – fato expressamente reconhecido pela própria transportadora e consignado no acórdão que julgou os embargos de declaração, e que pode ser constatado, inclusive, a partir do próprio conhecimento de transporte, em que há a menção do conteúdo da mercadoria transportada (equipamentos de telecomunicação).

5. Recurso especial improvido (REsp n. 1.289.629/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 20.10.2015, DJe de 3.11.2015).

Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional de mercadoria. Extravio e avaria. Indenização tarifada. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. Danos de origem material. Reparação integral. Conhecimento aéreo. Documento preenchido. Bens transportados pelo transportador. Ciência.

1. São inaplicáveis as indenizações tarifadas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA - art. 246 da Lei n. 7.565/1986) e na Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Varsóvia - Decreto n. 20.704/1931), com as modificações dos Protocolos da Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910/2006), seja para as relações jurídicas de consumo seja para as estabelecidas entre sociedades empresárias, sobretudo se os danos oriundos da falha do serviço de transporte não resultarem dos riscos inerentes ao transporte aéreo. Prevalência do direito à reparação integral dos danos de índole material (arts. 5º, V e X, da CF e 732 e 944 do CC). Precedente da Terceira Turma.

2. A reparação dos prejuízos causados pela perda ou avaria da mercadoria transportada deverá ser plena, principalmente se o transportador tiver ciência de seu conteúdo (art. 750 do CC).

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.421.155/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 12.4.2016, DJe de 19.4.2016).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito Securitário. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Pagamento a segurado. Sub-rogação legal. Súmula 188/STF. Indenização tarifada. Código Brasileiro da Aeronáutica. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. Agravo desprovido.

1. Não prospera a alegada ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o v. acórdão recorrido adotou fundamentação clara e suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que a seguradora sub-roga-se no direito de sua segurada, nos termos da Súmula 188/STF, *in verbis*: "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro."

3. *Afigura-se inaplicável a indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia, em caso de responsabilidade do transportador aéreo por extravio de carga. Precedentes.*

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 782.548/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 17.3.2016, DJe de 13.4.2016 – grifei).

Registro que os dois últimos precedentes referidos acima (AgRg no REsp n. 1.421.155/SP, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Quarta Turma, DJe de 19.4.2016, e AgRg no AREsp n. 782.548/RJ, Rel. Ministro *Raul Araújo*, Quarta Turma, DJe de 13.4.2016) encontram-se fundamentados no primeiro precedente reproduzido (REsp n. 1.289.629/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Terceira Turma, DJe de 3.11.2015), razão pela qual se cuidará a seguir, apenas, de tal julgado, parcialmente contrário – apenas sob o enfoque do princípio constitucional da indenização irrestrita – ao que foi decidido no REsp n. 1.162.649/SP, desta Turma, acerca especificamente dos casos em que não houver relação de consumo, como nestes autos.

Tal precedente (REsp n. 1.289.629/SP), da *Terceira Turma*, decidiu que, mesmo nas hipóteses em que a relação jurídica estabelecida não seja consumerista, a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia não mais poderia ser aplicada, considerando o princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita (art. 5º, V e X, da CF/1988) e o afastamento, sob esse enfoque, do princípio processual da especialidade, admitindo a incidência da norma do art. 944 do CC/2002, que também disciplina a ampla indenização, e do art. 732 do mesmo Código. Confirmam-se, a propósito, os seguintes lances do fundamentado voto proferido pelo em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze* sobre o tema:

Sem olvidar a robustez dos fundamentos adotados nos precedentes retrocitados, que, como bem demonstrado, retratam indiscutivelmente o atual posicionamento jurisprudencial desta Corte de Justiça, reputou-se relevante proceder a uma detida reflexão sobre a questão da indenização tarifada contemplada pela Convenção de Varsóvia, em confronto com o princípio da indenizabilidade irrestrita assegurado pelo Código Civil (art. 944), em consonância com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X), inferindo-se, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931, pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

E, o fazendo, *permissa venia*, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, *inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de*

consumo, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo.

No ponto, releva anotar que *o fundamento utilizado*, inclusive em julgados desta Corte de Justiça, para lastrear a limitação das indenizações pelos prejuízos decorrentes do transporte aéreo prevista (prévia e abstratamente ao evento danoso) na Convenção de Varsóvia, assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica (anteriores à Constituição Federal de 1988), *repousa essencialmente na especialidade das aludidas leis*, que prevaleceriam sobre a geral, a dirimir, assim, o conflito aparente de normas.

Assim, especialmente antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, tinha-se por legítima, *com base no critério da especialidade*, a limitação da indenização aos parâmetros contidos na referidas normas (Convenção de Varsóvia, assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica).

[...]

Permissa venia, o critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se, na compreensão deste Relator, insuficiente para tal escopo.

Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931, pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

Na hipótese dos autos, em matéria de responsabilidade civil, pode-se identificar, como normas em aparente colisão: de um lado, a Convenção de Varsóvia (norma especial e anterior - aliás, anterior à própria Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988), e, de outro, o Código Civil (norma geral e posterior), que preconiza, em seu art. 944, que a indenização mede-se pela extensão do dano, em consonância, é certo, com a Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que traz, em si, como direito fundamental, o princípio da indenizabilidade irrestrita (art. 5º, V e X).

Como assinalado, a adoção, simplesmente, dos critérios clássicos de resolução de conflito aparente de normas poderia, numa primeira e açada análise, levar a conclusão de que haveria prevalência do critério da especialidade sobre o da anterioridade, inclusive porque a norma posterior não revoga necessariamente a preexistente. *Todavia, há que se extrair, também no caso dos autos, a força normativa conferida às referidas normas pela Constituição Federal. Tal proceder se afigura ainda mais relevante em se considerando que uma das normas em confronto é anterior, como visto, à própria Constituição Federal.*

Com esse norte, a prevalência da especialidade, como critério hermenêutico a solver a antinomia de normas acima apresentada (norma anterior e especial x norma posterior e geral), deve ser admitida como regra, desde que “a solução contida na lei especial” decorra das necessidades próprias do setor específico por ela regulado. Ausentes as razões que justifiquem o tratamento dado, a determinado setor, pela lei especial/anterior, diverso daquele emanado pelo regime geral/posterior, torna-se, por consectário, insubsistente o regramento especial.

Por oportuno, destacam-se, respectivamente, os escólios de Maria Helena Diniz e José de Oliveira Ascensão, que, após assentarem não ser o critério da especialidade absoluto a solver a antinomia de normas retratada nos autos, preceituam critérios a nortearem a correta solução do conflito:

[...] Em caso de antinomia entre o *critério de especialidade* e o *cronológico*, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior [*lex posteriori inferiori non derogati priori superiori*]. A meta-regra *lex posteriori generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida: conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.

[...]

A real antinomia jurídica é uma situação problemática que requer uma solução satisfatória e justa. Para tanto o aplicador do direito está autorizado a recorrer: 1) Aos princípios gerais de direito, elementos normativos operantes nos casos concretos problemáticos, decorrentes de uma estimação objetiva, ética e social. [...] 2) Aos valores predominantes na sociedade, positivados, implícita ou explicitamente, pela ordem jurídica, para proporcionar a garantia necessária à segurança da comunidade’ (Diniz, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9ª Edição. 2009. Editora Saraiva. São Paulo. p. 50, 58-60)

[...]

A afirmação aparentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, ficando esta revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não toma em contas as circunstâncias particulares que justificaram justamente a emissão de lei especial. Por isso não será afetada em razão de o regime geral ter sido modificado. [...] Mas esta consequência não é fatal. Não acontecerá assim se se retirar da lei nova a pretensão de regular totalmente a matéria, não deixando subsistir leis especiais. Haverá então

circunstâncias relevantes, em termos de interpretação, que nos permitam concluir que a lei geral nova pretende afastar a lei especial antiga. Pode, por exemplo, a lei nova ter por objetivo justamente pôr termo a regimes especiais antigos que deixaram de se justificar. Se se puder chegar a esta conclusão, a lei especial antiga fica revogada pela lei geral.

Em qualquer caso, o intérprete terá de procurar apurar um sentido objetivo da lei. Esse sentido é o de regular exaustivamente um setor, não deixando subsistir fontes especiais. Não é diretamente o sentido e revogar as fontes especiais, pois esse é mera consequência da destinação à regulação integral. Esse sentido há de revelar-se por indícios de uma das seguintes ordens: 1) a premência da solução, igualmente sentida no setor em que vigorava a lei especial; 2) o fato de a solução constante da lei "especial" não se justificar afinal por necessidades próprias desse setor, pelo que não merece subsistir como lei especial.

[...]

Se o legislador se decide a alterar o regime geral, o que temos de perguntar é o seguinte: o regime estabelecido nesse domínio especial é justificado por considerações próprias desse setor? Se o é - e mesmo que estajamos em total discordância com a solução trazida - o regime especial é insensível à alteração da lei geral.

Mas se o não é, se não há razões de especialidade substancial que o justifiquem, então esse regime foi atingido pela alteração da lei geral. Não há nada nele que oponha resistência à vigência da lei geral. (Ascensão, José de Oliveira. Introdução à Ciência do Direito. 3ª Edição. 2005. Rio de Janeiro. Editora Renovar. p. 518-519)

Nessa linha de intelecção, é de se reconhecer que a limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito fundamental, bem como pelo Código Civil, que, em adequação à ordem constitucional, de igual modo preceitua.

Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos injustamente percebidos pela vítima do evento.

Aliás, o Código Civil, em seu artigo 732, ao tratar especificamente dos contratos de transporte, em contrariedade ao que alega a parte recorrente, reconhece a aplicabilidade dos preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, desde que não contrariem as disposições do mesmo diploma.

Eis o teor do dispositivo legal:

Art. 732. *Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.*

Ressalta-se, porque relevante, que a restrição ao direito à reparação integral pelos danos de ordem material e moral injustamente percebidos somente poderia ser admitida, em tese, caso houvesse previsão nesse sentido no próprio diploma legal do qual tal direito emana. Esta contemporização do direito à integral reparação, todavia, não se verifica do tratamento ofertado à questão pelo Código Civil. Vislumbra-se, quando muito, como hipótese de incidência subsidiária, o caso em que o transportador não detém conhecimento prévio sobre o conteúdo da mercadoria a ser transportada e, embora incontroverso a ocorrência do dano, não se tem elementos idôneos a demonstrar seu valor (ante o extravio da mercadoria, por exemplo), circunstâncias, conforme se demonstrará, não ocorrentes na espécie.

Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros.

Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante à responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos. Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si.

Esse, é, aliás, justamente o caso dos autos. Segundo consignado pelas instâncias ordinárias, o dano causado decorreu do extravio da bagagem já em seu destino – totalmente desconectado, portanto, do risco da aviação em si –, o que robustece a compreensão de que a restrição à indenização, se permitida fosse (o que se admite apenas para argumentar), careceria essencialmente de razoabilidade.

Na linha de entendimento ora esposado, há que se fazer necessária menção ao lapidar voto-vista do eminente Ministro Cesar Peluso, que, por ocasião do já referido Recurso Extraordinário 351.750, aprofundou, e muito, na controvérsia

então submetida ao Supremo Tribunal Federal (**restrita, como assinalado, sobre a prevalência do CDC sobre a Convenção de Varsóvia**), para reconhecer, **obiter dictum**, a própria não recepção de indenização tarifária pela Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Pela robustez dos fundamentos, passa-se a reproduzi-lo, em sua inteireza, no que importa à presente controvérsia:

[...]

Como é de lugar comum, o “ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais”, e os incs. V e X do art. 5º da CF consagram o “princípio da indenizabilidade irrestrita”, segundo o qual as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais.

Por outro lado, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (“Convenção de Varsóvia”), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006) estabelecem limites pré-fixados à verba indenizatória por danos materiais. Assim, a questão que se põe é saber se tais dispositivos subsistiriam, ou não, perante o art. 5º, incs. V e X, da vigente Constituição Federal da República.

3.3. Já não vigeriam de veras, ou, segundo reza outra doutrina de igual conseqüência prática, perderam seus fundamentos de validade, as normas insertas nos arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (“Convenção de Varsóvia”), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006), porque incompatíveis com o alcance das regras estaduais no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República, que consagram o “princípio da indenizabilidade irrestrita”.

3.4. De fato, o primeiro passo do procedimento metodológico em que se desdobraria a investigação analítica do tema central deste recurso está em saber se tal princípio encontra, já a título de definição de sua esfera de eficácia, dentre as limitações próprias da estrutura da norma que o condensa, alguma restrição apriorística ao valor reparatório dos danos materiais e morais, em qualquer de suas modalidades, ou seja, se o âmbito de proteção da norma garantidora do direito à indenização proporcional ao dano, que constitui o objeto último da tutela, é encurtado por algum limite prévio e abstrato ao valor da reparação pecuniária do mesmo dano.

Aqui, a resposta é negativa. Na fisionomia normativa da indenização proporcional ao dano, a vigente Constituição da República não contém de modo expreso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como

se concede para argumentar, nenhuma *disposição restritiva* que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.

3.5. A pergunta subsequente, de certo modo implicada na primeira, é se a Constituição, posto não restringindo o valor indenizatório, autorizaria, com o mesmo resultado prático, de maneira expressa ou não, o preestabelecimento de limites por mediação de lei subalterna, que, para acomodar sua força restritiva a outros postulados sistemáticos, deveria atender aos requisitos constitucionais da *restringibilidade legítima*, sobretudo aos postulados da proibição de excessos e do resguardo ao conteúdo essencial do direito fundamental tutelado.

Noutras palavras, abrigaria a Constituição, ainda quando por modo indireto, cláusula da chamada *reserva de lei restritiva*, à qual autorizasse, por esse artifício, reduzir o âmbito teórico da tutela?

E, aqui, também é não menos negativa a resposta, porque o princípio por observar é que, se lho não autoriza a Constituição *expressis verbis*, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais. Tal como no Direito Português e pelas mesmíssimas e irrespondíveis razões, a Constituição brasileira "*individualizou expressamente os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva*".

3.6. E, supondo-se por epítrope que o autorizasse a Constituição, ter-se-ia ainda de indagar se os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("*Convenção de Varsóvia*"), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006) não sucumbiriam ao contraste com o postulado da proporcionalidade, o qual impõe à lei restritiva que seja necessária, adequada e proporcional.

Ora, parece evidente que, pelo menos, não seria nem necessária (a indenização por danos materiais fixa-se conforme os danos comprovados e a compensação por danos morais por juízo prudencial), nem de justa medida, porque firma uma *ficção reparatória*, ao estatuir limites prévios e abstratos à indenização, a qual, no extremo, estaria sempre a independer dos critérios concretos.

3.7 Não é só. Outra pergunta, envolvida no inquérito teórico, é se, à luz daqueloutro postulado, tal limitação absoluta não sacrificaria o núcleo essencial do direito fundamental restringido.

E vê-se logo que o sacrificaria, porque, na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil, aniquilaria toda a

função *satisfativa* que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser, em não se prestando a tutelar o direito subjetivo à incolumidade material e moral, pelo só fato de que o valor econômico do ressarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito.

Ora, limitações prévias, que, despojadas de qualquer justificação lógica, desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão dos danos, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento da compensação por danos morais (que é sempre obra de *juízo de equidade*), tornam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade material e moral e sacrificam-no em concreto. São imposições *excessivas e arbitrárias*, que mal se afeiçoam à vertente substantiva do princípio do justo processo da lei (*substantive due process of law*), que, na visão desta Corte "*atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável*".

Dessarte, ainda que a mero título de argumentação por hipótese, tenho por incompatíveis com os incs V e X do art. 5º da CF, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("*Convenção de Varsóvia*"), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006)

Portanto, em atenção: i) ao princípio da indenizabilidade irrestrita, que preconiza que a reparação civil mede-se pela efetiva extensão dos danos, tal como delimitado no Código Civil, a consubstanciar direito fundamental, segundo a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988; ii) à ausência de razoabilidade e proporcionalidade em se conferir tratamento especial e protetivo, em matéria de responsabilização civil, ao setor de transporte aéreo, cuja evolução tecnológica e econômica o coloca entre os mais seguros estatisticamente, notadamente em casos em que os danos em nada se relacionam com o risco da aviação em si; conclui-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo.

Por fim, diversamente do que argumenta o insurgente, o art. 750 do Código Civil não encerra, em si, uma exceção ao princípio da indenizabilidade irrestrita. O preceito legal dispõe que o transportador se responsabilizará pelos valores constantes no conhecimento de transporte, ou seja, pelos valores das mercadorias previamente declaradas pelo contratante ao transportador.

Desse modo, o regramento legal tem por propósito justamente propiciar a efetiva indenização da mercadoria que se perdeu – *devida e previamente declarada, contando, portanto, com a absoluta ciência do transportador acerca de seu conteúdo*

– evitando-se, com isso, que a reparação tenha por lastro a declaração unilateral do contratante do serviço de transporte, que, eventualmente de má-fé, possa superdimensionar o prejuízo sofrido.

Essa circunstância, a qual a norma busca evitar, não se encontra presente na espécie. Efetivamente, conforme restou reconhecido pela instância precedente, ressaí inequívoco dos autos que o transportador, antes de realizar o correlato serviço, tinha plena ciência do conteúdo da mercadoria – fato expressamente reconhecido pela própria transportadora (e-STJ, fl. 223) e consignado no acórdão que julgou os embargos de declaração (e-STJ, fls. 439-442), e que pode ser constatado, inclusive, a partir do próprio conhecimento de transporte constante de fls. 87, 218 e 219 (e-STJ), em que há a menção do conteúdo da mercadoria transportada (equipamentos de telecomunicação).

Assim, encontrando-se cabalmente demonstrado que o transportador tinha plena e prévia ciência do conteúdo da mercadoria a ser transportada, os danos advindos do defeito da prestação do serviço de transporte devem ser integralmente reparados.

Nesse contexto, o argumento de que não houvera menção do valor no conhecimento de transporte carece de idoneidade, porquanto tal providência era de incumbência do próprio emissor, que, repisa-se, tinha inequívoco conhecimento prévio do conteúdo da mercadoria a ser transportada, inexistindo prova de que o contratante teria se recusado a declarar os correlatos valores (circunstância nem sequer cogitada nos presentes autos). Aliás, como assinalado, a prova que emerge dos autos, diversamente, aponta que o contratante efetivamente declarou o conteúdo da mercadoria, conferindo absoluta ciência ao transportador. (Grifei.)

Acerca da fundamentação adotada no julgado acima, da *Terceira Turma* (REsp n. 1.289.629/SP), observo que as normas dos arts. 732 e 944 do CC/2002 não alcançam a presente demanda, em que os fatos ocorreram na vigência do CC/1916. Destaco que o antigo Código Civil não possuía dispositivos correspondentes aos do atual diploma, acima mencionados.

Quanto ao princípio constitucional da reparação integral, invocado com base no art. 5º, V e X, da CF/1988, por sua vez, com as mais respeitadas vênias, entendo não se poder adotá-lo no âmbito de Turma deste Tribunal Superior para efeito de afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia, diploma específico que regula o transporte aéreo internacional e que foi incorporado no ordenamento jurídico interno “nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa” (ADI/MC n. 1.480-3 – DF, STF, Rel. Ministro *Celso De Mello*,

Tribunal Pleno, DJ de 18.5.2001). Incide, no caso, a vedação contida na Súmula Vinculante n. 10, do STF, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Por outro lado, no presente caso, ressaltando-se que o Tribunal de origem aplicou a Convenção de Varsóvia quanto à indenização tarifada e que a ora recorrente nem mesmo cuidou de interpor recurso extraordinário para, eventualmente, discutir a inconstitucionalidade de tal limitação, não seria permitido a esse colegiado sequer arguir a inconstitucionalidade perante a *Corte Especial*, tendo em vista que tal posicionamento representaria uma forma de contornar a distribuição da competência nas instâncias superiores, feita pela Constituição Federal, que remete ao STF as discussões acerca da violação de dispositivos constitucionais. Nesse sentido:

Constitucional. Direito de Família e Sucessões. Incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002. Não conhecimento.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.

2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido (AI no REsp n. 1.135.354/PB, Rel. originário Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe de 28.2.2013).

No julgamento da precitada arguição de inconstitucionalidade, constou expressamente do voto do em. Ministro *Teori Albino Zavascki* o que se segue:

2. Procede a preliminar suscitada pelo Min. Cesar Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando - e, portanto, considerando constitucional - o art. 1.790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente “sinalizou dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/2002 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício”. *Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela*

parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente. (Grifei.)

Portanto, em que pesem os referidos precedentes da Terceira e desta Quarta Turma, entendo inaplicáveis ao presente caso as normas do CC/2002 por se cuidar de fatos ocorridos na vigência do CC/1916, bem assim inviável afastar nestes autos, com fundamento em dispositivo constitucional, a norma da Convenção de Varsóvia que disciplina a indenização tarifada.

Para finalizar, informo que o STF iniciou o julgamento do RE n. 636.331/RJ, cuja repercussão geral foi reconhecida, interposto pela SOCIÉTÉ AIR FRANCE com o propósito de aplicar a Convenção de Varsóvia e afastar o CDC em ação indenizatória relativa a extravio de bagagem. Na sessão de 8.5.2014, foram proferidos três votos favoráveis ao provimento do recurso, dos em. Ministros *Gilmar Mendes* (Relator), *Roberto Barroso* e *Teori Zavascki*, pedindo vista a em. Ministra *Rosa Weber*.

Acerca da alegação de dolo ou culpa grave por parte do transportador, essa tese foi repelida pelo Tribunal de origem assim:

5. Embora as apelantes não tenham se preocupado em justificar a ocorrência das avarias da mercadoria, limitando-se a afirmações genéricas e vazias de conteúdo, sem apontar a adoção de medidas concretas, necessárias à boa prestação do serviço, *impossível o reconhecimento da culpa grave ou do dolo.*

É provável a ocorrência desse elemento subjetivo, pois dificilmente teria se verificado o sinistro senão em decorrência de um desses fatores. Se a carga não foi danificada ou se os responsáveis pela conferência e entrega não agiram com manifesta negligência, que outra explicação se pode dar para o ocorrido? Certamente os estragos não se devem a caso fortuito ou força maior.

Mas a causa de pedir é omissa a respeito e o afastamento da indenização tarifada, com incidência do art. 25 da Convenção de Varsóvia configura julgamento extra petita, tal como apontado correta e exclusivamente pela co-apelante Global (fls. 476).

Não obstante inexista explicação razoável para a danificação da mercadoria, não há como presumir o dolo ou a culpa grave neste processo, simplesmente porque não deduzidos como fato constitutivo do direito. A apelada limitou-se a sustentar a responsabilidade objetiva regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (e-STJ fl. 685).

A ora recorrente, entretanto, não invocou afronta ao art. 25 da Convenção de Varsóvia e deixou de apontar dispositivos legais supostamente violados acerca dos fundamentos atrelados à impossibilidade de julgamento *extra petita* e de não ser permitido presumir o dolo ou a culpa grave. Igualmente não comprovou divergência jurisprudencial relativamente a avarias decorrentes de dolo ou de culpa grave, sendo inviável, portanto, conhecer do recurso sob esse enfoque.

Em tais circunstâncias, o recurso especial interposto por *Unibanco AIG Seguros S.A.* não deve ser provido.

II. Recurso Especial interposto por United Parcel Service Co.

Resumidamente, a mencionada recorrente alega que (i) o prazo de 2 (dois) anos disciplinado no art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia é decadencial, não prescricional, e foi superado entre a chegada da carga ao seu destino (12.7.2001) e a distribuição do processo (19.7.2004); (ii) o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende por qualquer motivo – “tampouco por ação de protesto” – conforme disposto no art. 207 do CC/2002; (iii) a “medida cautelar de protesto” não teve o condão de interromper o curso da eventual prescrição, tendo em vista que, “no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança” (e-STJ fl. 737), presentes todos os requisitos para tal ajuizamento. Sendo desnecessário o protesto (faltando interesse justificado porque “existia *actio nata*”), não produziu efeito interruptivo; (iv) mesmo atribuindo efeitos ao protesto e admitindo que o prazo teria natureza prescricional, a demanda estaria prescrita. É que “o prazo prescricional eventualmente interrompido retoma seu curso a partir da data da distribuição da aludida ação cautelar de protesto interruptivo, nos termos do art. 219, § 1º, e 263 do CPC” (e-STJ fl. 740), não do final do procedimento do protesto. Com isso, a interrupção se deu em 12.7.2002 (distribuição da cautelar do protesto) e a ação de cobrança foi proposta dois dias além do prazo prescricional de 2 (dois) anos, isto é, em 14.7.2004; (v) “viola o art. 26 da Convenção de Varsóvia a condenação da transportadora ao pagamento de mercadorias, por supostas avarias, se estas não foram consignadas pela via adequada, qual seja, a ressalva do destinatário” (e-STJ fl. 750); (vi) “as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, **externos**, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para ‘substituir’ ou ‘dispensar’ a imediata averiguação das cargas, **internamente**, a ensejar a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo *importador (recedor da carga)*” (e-STJ fl. 750).

II.a – Art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia. Prazo prescricional ou decadencial

Encontrar critério objetivo distintivo entre prescrição e decadência sempre foi um desafio para a doutrina e para a jurisprudência, sendo certo que os dois institutos atingem direitos de pessoas físicas e jurídicas.

O professor Orlando Gomes, por exemplo, após ressaltar a dificuldade legal e doutrinária para separar claramente os referidos institutos, distingue-os assim:

Partindo-se do pressuposto de que prescrição visa à ação, enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra, como fazem certos autores, tomando-se em consideração a *origem da ação*. Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é *extintivo*. Trata-se, neste caso, de *decadência*. Quando é distinta da origem do direito, nasce posteriormente, e, de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício.

Esse critério é criticado por não oferecer orientação científica para saber-se quando coincidem, na origem, direito e ação. Pode-se encontrá-la, entretanto, nos próprios pressupostos da prescrição. A *actio nata* supõe a violação de um direito atual. Conseqüentemente, o direito de obter em juízo o reequilíbrio do direito violado nasce, necessariamente, depois deste, cuja preexistência é imperativa. É no momento da violação do direito que nasce a *pretensão*. Quando o direito é desprovido de pretensão, se necessária a seu exercício, surge com ele. No primeiro caso, prescrição, no segundo, decadência.

[...]

Por fim, uma vez que a *decadência* extingue o direito, este, logicamente, jamais poderá ser exercido, seja qual for o modo. A prescrição, no entanto, permite que a pretensão se faça valer por outro modo, nos casos em que o meio judicial proporcionado ao titular do direito visa a facilitar seu exercício (Introdução ao Direito Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 558/560).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por sua vez, estabelecem a separação entre prescrição e decadência assim:

Sob um determinado prisma, é possível afirmar que a prescrição diz respeito aos direitos subjetivos patrimoniais (aqueles que trazem consigo a possibilidade de que o titular exija de alguém um determinado comportamento). Por isso, a prescrição fulmina a *pretensão* de exigir o comportamento economicamente apreciável. Submete-se à prescrição, por exemplo, o crédito. A outro giro, a

decadência concerne aos direitos potestativos, que, por essência, não possuem pretensão, já que não podem ser objeto de violação. A decadência, assim, refere-se àqueles direitos cujo exercício depende, tão somente, do próprio titular, como, e.g. Reclamar vícios redibitórios ou anular um contrato por vício de vontade. Fulmina o próprio direito.

Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às *ações condenatórias* (nas quais se materializa a pretensão), enquanto a decadência atrela-se às *ações constitutivas* (em que o pedido é caracterizado pelo exercício de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas).

Nessa ordem de idéias, enquanto a *decadência*, que se refere ao próprio direito material e cujo prazo "*não se interrompe, nem se suspende, corre indefectivamente contra todos e é fatal, preemptório, termina sempre no dia preestabelecido*", como ensina Washington de Barros Monteiro, a *prescrição*, que fulmina a pretensão de ver reparada uma lesão a direito subjetivo patrimonial e disponível, pode ser interrompida na forma e para os casos previstos em lei.

Sinteticamente, esclareça-se que os efeitos da decadência e os da prescrição são diversos, pois aquela *faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício* (direitos potestativos), enquanto esta *perece a pretensão do titular para defender o direito já afirmado*, porém comprometido por importunação alheia (direitos subjetivos patrimoniais).

De maneira bem clara: a prescrição atinge os direitos armados com a pretensão (que são os direitos subjetivos), enquanto a decadência ou caducidade fulmina os direitos sem pretensão (os direitos potestativos) (Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, pp. 779/780).

Por último, cito as lições de Arnaldo Rizzardo acerca da distinção entre os referidos institutos:

Efetivamente, domina no direito brasileiro a teoria alemã da prescrição, que a considera como a perda da ação atribuída a um direito. Já Clóvis assentava o fundamento desse conceito: "Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor; nós podemos conservar inativos em nosso patrimônio muitos direitos, por tempo indeterminado. O que o torna inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege". Também Antônio de Almeida Oliveira, bem antes do Código Civil de 1916, ressaltava: "A prescrição e o obstáculo pela lei posto à ação proveniente de direitos, que durante certo tempo deixaram de ser exercidos por aqueles a quem pertencem".

Efetivamente, o que desaparece é a ação para a defesa de determinado direito, em razão da inércia ou omissão de um titular ante violações ou ofensas desse direito, durante um período de tempo previsto para exercitar de defesa. O direito

está acompanhando de medidas para o seu exercício e a proteção. Se a pessoa não faz uso dos meios assegurados, entende-se que houve a desistência, levando os sistemas jurídicos a retirar a faculdade de defesa.

[...]

De modo que a prescrição é do procedimento ou do tipo especial de ação que o diploma contempla, e não do direito ao recebimento do valor ou da indenização. Pode-se concluir que se dirige para a ação, fazendo, normalmente, e não sempre, desaparecer o direito. Isto com exceção ao crédito tributário, em que a prescrição extingue o direito de recebê-lo, como se deduz do art. 156 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25.10.1966): "Extinguem o crédito tributário: ... V – a prescrição e decadência".

Já a decadência diz respeito ao direito, colocando fim a qualquer pretensão para a sua satisfação. Não se tem em vista o tipo de ação ou lide contemplado para a busca do direito. O próprio direito é atingido, porquanto não procurado, sem importar qual o caminho processual eleito. Por afetar o direito, fazendo-o desaparecer, abrange automaticamente a ação, não se encontrando meio algum para ser aquele exercitado. Sintetiza Carlos da Rocha Guimarães: "A prescrição só atinge o direito de ação, referente a direitos já constituídos, ao passo que a decadência atinge os próprios direitos, quando se trata de direitos potestativos" (Parte Geral do Código Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 565/566).

As orientações doutrinárias convergem no sentido de que a prescrição se refere ao direito de defender algum direito material pré-existente mediante a propositura da competente ação, como ocorre no presente caso em que o contratante do transporte aéreo possuía o direito certo de receber sua carga no respectivo destino sem danos, o que foi desrespeitado pela contratada. Esse foi o serviço especificamente pactuado mediante o indispensável pagamento à transportadora. Quanto à decadência, encontra-se vinculada ao próprio direito, cujo exercício depende apenas do titular de tal direito, revelando o caráter potestativo.

A propósito, invoco os escorritos fundamentos adotados pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Relator do REsp n. 1.192.243/SP, *Quarta Turma*, DJe de 23.6.2015, para distinguir a prescrição da decadência:

3. A distinção entre direitos potestativos e subjetivos, como bem assinala Caio Mário da Silva Pereira, muito embora seja de nítida feição acadêmica, mostrou-se fundamental para solucionar um dos mais antigos problemas de direito civil, o da diferença entre *prescrição* e *decadência*.

Assim, a prescrição é a perda da *pretensão* inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo, ao passo que a decadência se revela como o

pericimento do próprio direito potestativo, pelo seu não exercício no prazo predeterminado.

Esse é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

*Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. *Da prescrição e da decadência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)*

Corolário desse entendimento é o de que os deveres jurídicos que subsumem aos direitos subjetivos são *exigidos*, ao passo que os direitos potestativos são *exercidos* (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565).

Nesse passo, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasce a pretensão, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo.

Outrossim, o prazo decadencial tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal sob pena de pericimento:

Mas, se as ações relativas à determinação do estado das pessoas são imprescritíveis, os direitos patrimoniais, que dele decorrem estão sujeitos à prescrição.

*Não importa se o estado de família possa adquirir-se por posse diuturna (nome, fama e tratamento). (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, p. 401 e 402)*

Prescrita a pretensão, remanesce ainda o direito subjetivo desprovido de exigibilidade, como aqueles relacionados às chamadas obrigações naturais.

Destarte, fica evidente a máxima doutrinária, alicerçada sobretudo na teoria trinária das ações de Chiovenda, segundo a qual as tutelas *condenatórias* (que visam a recompor um direito subjetivo violado, mediante uma prestação do réu) sujeitam-se a prazos *prescricionais*; as tutelas *constitutivas* (positivas ou negativas, que visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico: anulatória ou revocatória de ato jurídico, por exemplo) sujeitam-se a prazos *decadenciais*; e as tutelas *declaratórias* (v.g., de nulidade) *não se sujeitam a prazo prescricional ou decadencial* (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

Com efeito, a prescritebilidade é a regra, só havendo falar em imprescritebilidade em hipóteses excepcionalíssimas, como no tocante às ações referentes ao estado das pessoas. Somente alguns direitos subjetivos, observada sua envergadura e especial proteção, não estão sujeitos a prazos prescritecionais, como na hipótese de ações declaratórias de nulidades absolutas, pretensões relativas a direitos da personalidade e ao patrimônio público.

Assim, não há falar em imprescritebilidade no caso em exame, pois a lei prevê direito potestativo para anulação da doação, cuidando-se, pois, de decadência.

Esta é a lição de San Tiago Dantas, ressaltando que a decadência visa a punir a inércia:

Em primeiro lugar, porque as prescriteções e as decadências visam a punir a inércia de um titular. Alguém tem um direito, mas não o usa; pode cobrar a dívida, mas não a cobra; pode anular o casamento, mas não o anula; quer dizer, a faculdade que a lei põe nas mãos do titular é, então, atingida pela prescriteção ou pela decadência, o que os antigos exprimiam num brocardo: jure silentium diuturnum silentium, jugis taciturnitas".

A essa razão acrescenta-se uma outra que é, talvez, a razão fundamental em que se amparam os nossos dois institutos. Esta influência do tempo consumido pelo direito pela inércia do titular serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica que é estabelecer a segurança das relações sociais. Tenho eu o direito de anular o meu matrimônio, mas não o faço. Passam-se anos e anos e a situação jurídica contrária ao meu direito se mantém, sem que eu me abalance a praticar os atos capazes de corrigi-la. Então, para que a insegurança não reine na sociedade, para que nós não estejamos expostos, a cada dia, à discussão de certas situações que o tempo já se incumbiu de consagrar, vem a prescriteção considerar desaparecidos todos os defeitos e estender sua anistia sobre os defeitos porventura existentes nas relações entre os indivíduos.

Como se passou muito tempo sem se modificar o atual estado de coisas, não é justo que continuemos a expor as pessoas à insegurança que o nosso direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. Então, a prescriteção vem e diz: daqui em diante o inseguro é seguro, quem podia reclamar não o pode mais. De modo que, vêem os senhores, o instituto da prescriteção tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: distribuir a justiça - dar a cada um o que é seu - e estabelecer a segurança nas relações sociais - fazer com que o homem possa saber com o quê conta e com o quê não conta. (DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 342-349)

O prazo decadencial, pois, tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal, sob pena de perecimento:

*A pretensão é própria dos direitos subjetivos, não existindo nos direitos potestativos nem nos direitos que se exercem por meio de ações prejudiciais ou de estado. Nas ações para o exercício de um direito potestativo, o autor não exige prestação alguma do réu, querendo apenas que o juiz modifique, por sentença, a relação jurídica que admite a modificação pretendida, como, por exemplo, a ação do foreiro para resgatar a enfiteuse e converter em propriedade plena a propriedade até então restrita. (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99)*

Dessarte, penso que, na vigência do Código Civil de 1916 e na do Diploma vigente é de 2 anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação.

No presente caso, a norma do art. 29 do diploma internacional possui a seguinte redação:

Artigo 29

(1) A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.

(2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

Sem dúvida, não se está diante de prazo decadencial, mas prescricional relativo ao direito de requerer proteção em demanda proposta com o objetivo de alcançar direito material violado pelo réu. Nesse ponto, eis o que decidiu esta Corte Superior:

Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição.

O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II do Código Comercial (REsp n. 220.564/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 6.12.1999).

O recurso, nessa parte, deve ser desprovido.

II.b – Art. 207 do CC/2002. Interrupção do prazo decadencial. Impossibilidade

Sustenta a recorrente que o prazo decadencial não se interrompe. Ocorre que tal alegação se encontra prejudicada, tendo em vista que, conforme destacado no item anterior, não se trata de decadência, mas de prescrição.

II.c – Arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002

Alega a recorrente, nesse aspecto, que “a medida cautelar de protesto ajuizada pela Recorrida não teve o condão de interromper o curso da prescrição, pois no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança” (e-STJ fl. 737), tendo sido violados os arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002, com o seguinte teor, respectivamente:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

[..]

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

Art. 868. Na petição o requerente exporá os fatos e os fundamentos do protestos.

Art. 869. O juiz indeferirá o pedido, quando o requerente não houver demonstrado legítimo interesse e o protesto, dando causa a dúvidas e incertezas, possa impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito.

Art. 871. O protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos; mas o requerido pode contraprotostar em processo distinto.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-à:

I – por despacho do juiz mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;

O Tribunal de origem, acerca do tema, fundamentou o seu entendimento assim:

Rejeita-se ainda a tese de ineficácia da notificação, tendo em vista a possibilidade de imediata propositura da demanda. *Os motivos pelos quais a tutela provisória era necessária foram deduzidos pela autora e não se tornaram controvertido. Inadmissível afastá-los nesta sede* (e-STJ fl. 682).

Claramente a Corte local, a título de motivação, afirmou que as causas para protesto foram deduzidas na respectiva peça e nos autos específicos, não foram objeto de controvérsia e não poderiam ser afastadas nesta ação ordinária.

A questão, portanto, para uma eventual reforma do acórdão recorrido, é saber se, deferido o protesto pelo magistrado, nos autos próprios – por estarem presentes os requisitos legais necessários –, poderia o Juiz da ação ordinária rever tais requisitos para efeito de considerar ausente o interesse para o protesto e para concluir, conseqüentemente, que o referido ato judicial não teria acarretado a interrupção da prescrição para a demanda indenizatória.

Os dispositivos elencados no recurso especial como violados e reproduzidos acima, entretanto, não cuidam da possibilidade de desconstituir, neste processo, os motivos do protesto, acolhidos pelo Juiz competente, sendo, portanto, impertinentes para reforma o acórdão recorrido quanto a essa fundamentação. A propósito, conduzem, na verdade, a entendimento em sentido contrário, ou seja, o juiz, nos autos do protesto, é que poderá indeferi-los quando ausente legítimo interesse, e o requerido poderá apresentar contraprotesto em processo específico para tal fim, desse modo:

(i) o art. 219, § 5º, do CPC/1973 apenas estabelece que a citação válida interrompe a prescrição e que o “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, sem aventar a possibilidade de o magistrado da ação principal retirar a força interruptiva do protesto efetuado mediante decisão positiva e fundamentada de juiz que atuou, especificamente, no processo cautelar;

(ii) os arts. 868, 869 e 871 do CPC/1973 tão somente disciplinam os requisitos do protesto a serem apreciados no âmbito do respectivo procedimento cautelar;

(iii) por fim, o art. 202, inciso I c/c inciso II, do CC/2002 nem mesmo se aplica ao presente caso tendo em vista que os fatos da demanda ocorreram na vigência do CC/1916. Além disso, dispõe somente que a interrupção da prescrição pelo protesto se dará pelo “despacho do juiz” que ordenar a “citação” (notificação ou intimação) do requerido nos autos da cautelar, devendo o interessado promovê-la “no prazo e na forma da lei processual”. Com efeito, tal dispositivo não dispõe acerca da possibilidade de o juiz da ação ordinária enfrentar novamente os requisitos do protesto judicial realizado anteriormente mediante deferimento por decisão do magistrado então competente.

Diante dos argumentos acima, fica afastada a alegada contrariedade aos arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002.

II.d – Arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002

O TJSP asseverou que, “ainda que se pudesse invocar, por analogia, o disposto no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil, enquanto não efetivada

a comunicação e concluído o processo de notificação judicial, a interrupção perdurou. Nessa linha, mesmo que admitido o efeito retroativo da interrupção para a data do ajuizamento da cautelar, o prazo não recomeçou a correr a partir dessa data. Deve ser considerado como termo *a quo* do reinício da contagem o dia em que concluído o processo antecedente” (e-STJ fl. 682).

No acórdão que rejeitou os embargos de declaração, o Tribunal de origem acrescentou em sua fundamentação o seguinte:

2. Decidiu-se no acórdão que a interrupção do prazo prescricional perdurou até a conclusão do processo de notificação judicial, ou seja, atendeu ao disposto na parte final do art. 173 do Código Civil (e-STJ fl. 728).

No acórdão dos aclaratórios, portanto, foi indicado o fundamento para que a interrupção do prazo prescricional fosse mantida até o final da cautelar de protesto. Invocou a parte final do art. 173 do CC/1916, que assim dispõe:

Art. 173. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do *ato* que a interrompeu, ou do *último do processo para a interromper*. (Grifei.)

A recorrente, por sua vez, afirmou terem sido ofendidos os seguintes dispositivos do CPC/1973 e do CC/2002:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

[...]

Parágrafo único. *A prescrição interrompida recomeça a ocorrer da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.*

Argumenta que, diante dos dispositivos mencionados, “o *dies a quo* a partir do qual deve ser contada a prescrição, nos casos em que sua ‘interrupção’ se dá mediante ajuizamento de *protesto*, não é o dia ‘do último ato praticado no

protesto, como mencionado no v. acórdão recorrido, mas sim o *dia do protocolo* (data da distribuição da notificação judicial/protesto), consoante os julgados deste Colendo Tribunal” (e-STJ fl. 741). No presente caso, “a interrupção da prescrição deu-se em 12 de julho de 2002, dia em que foi *distribuída* a cautelar de protesto (fls. 108). A presente demanda de cobrança, todavia, foi proposta em 14 de julho de 2004 (fls. 02), dois dias *após* escoado o prazo prescricional” (e-STJ fls. 742/743).

Inicialmente, os arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973, conforme se pode verificar na transcrição acima, dizem respeito, apenas, ao momento inicial da interrupção, não cuidando do seu período de duração, isto é, se o prazo prescricional volta a correr no dia seguinte ao da prática do respectivo ato ou se permanece interrompido até o final da cautelar de protesto.

Quanto ao art. 202, parágrafo único, do CC/2002, embora discipline o tema pertinente ao período de interrupção do prazo prescricional, não se aplica ao presente caso. Observe-se que a cautelar de protesto foi autuada e distribuída em 15.7.2002 (e-STJ fl. 111), o Juiz deferiu a notificação respectiva em 18.7.2002 (e-STJ fl. 130), o mandado de notificação foi cumprido em 8.8.2002 (e-STJ fl. 139), e o despacho liberando o processo para ser entregue ao requerente foi publicado em 23.8.2002 (e-STJ fls. 140/141). Com efeito, qualquer que seja o ato processual a ser considerado, a interrupção do prazo se deu na vigência do sistema legal disciplinado no CC/1916. Por isso é que o Tribunal de origem invocou, tão somente, o art. 173 do referido diploma, nem mesmo enfrentado expressamente pela recorrente.

Em tal contexto, o art. 202, parágrafo único, do CC/2002 revela-se impertinente para buscar a reforma do acórdão recorrido, sendo irrelevante o fato de tal norma legal corresponder, com alguns ajustes, ao art. 173 do CC/1916. A propósito, esta *Quarta Turma*, por maioria, adotou tal orientação no julgamento do REsp n. 903.849/RN, ocorrido em 27.9.2016, DJe 24.11.2016, no qual fui designado Relator para lavrar o acórdão. Confira-se a ementa do referido precedente:

Civil e Processual Civil. Ação declaratória de nulidade. Contrato de assunção de dívida e nota promissória a ele vinculada. Importância decorrente da inadimplência em contrato anterior de *factoring*. Recurso especial não conhecido.

[...]

2. Quanto à alínea ‘a’ do permissivo constitucional, destaco que a recorrente indicou como violado apenas o art. 166, II, primeira parte, do CC/2002, que não

se aplica ao presente caso, porque o contrato a ser anulado foi celebrado na vigência do CC/1916. Retroatividade vedada nos termos do art. 2.035 do CC/2002. Precedentes.

3. O fato de existir no CC/1916 (*cf.* art. 145, II, primeira parte) dispositivo semelhante ao art. 166, II, primeira parte, do CC/2002 não permite conhecer do recurso. Por se tratar de dever da parte mencionar as normas federais violadas, é vedado a este colegiado indicar a norma correta em substituição àquela mencionado pela recorrente, sob pena de ferir, também, o princípio processual da isonomia, disciplinado nos arts. 125, I, do CPC/1973 e 139, I, do CPC/2015. Caso em que não se está diante de mero equívoco material sanável.

[...]

5. Recurso especial não conhecido.

Os precedentes colacionados pela recorrente também não viabilizam a passagem do recurso especial nessa parte. O REsp n. 52.607/DF, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, *Primeira Turma*, DJ de 26.9.1994, e os EREsp n. 108.866/DF, Rel. Ministro *Garcia Vieira*, *Primeira Seção*, DJ de 8.6.1998, referem-se à interrupção do prazo prescricional na seara tributária à luz dos arts. 173 e 174 do CTN. O REsp n. 97.147/RJ, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira* por sua vez, enfrenta exclusivamente a questão pertinente à eventual necessidade de o autor da ação requerer a prorrogação do prazo de citação para ensejar o efeito interruptivo da prescrição. Portanto, tais paradigmas não guardam a necessária semelhança fático-jurídica com o presente processo.

Entendo, por tudo isso, que não ocorreu violação dos arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002, além de não estar configurado o dissídio jurisprudencial.

II.e – Art. 26 da Convenção de Varsóvia

Alega a recorrente que “as mercadorias transportadas pela ora Recorrente foram desembarcadas no Aeroporto de Viracopos em julho de 2001, tendo sido **recebida** pelos representantes da empresa Columbia, segurada da Recorrida Unibanco AIG Seguros, **sem qualquer ressalva imediata com relação à sua integridade**” (e-STJ fl. 749). Acrescenta que “o v. Acórdão considerou que as mercadorias estavam avariadas com base em um documento que não se trata da ressalva do destinatário, qual seja, o chamado ‘SISCOMEX-MANTRA’ (Manifesto de Trânsito Aduaneiro), que é alimentado diretamente pela INFRAERO, empresa que tem **interesse direto** em exonerar-se da

responsabilidade pelos prejuízos aqui cobrados, pois estes foram detectados quando as cargas se encontravam *sob sua guarda*. As menções contidas no MANTRA, ademais, são as de praxe, e se referem ao *aspecto externo* das caixas nas quais as mercadorias estavam acondicionadas, que, obviamente, sempre estão sujeitas a ‘amassados’ (até para cumprir a sua função, que é proteger adequadamente as mercadorias dos naturais percalços do transporte, sujeitos ao trânsito aduaneiro)” (e-STJ fl. 750). Destaca “o fato de que as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, *externos*, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para ‘substituir’ ou ‘dispensar’ a imediata averiguação das cargas, *internamente*, a enseja a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo *importador (recebedor da carga)*” (e-STJ fl. 750). Diz que “prova indiciária” não prevalece no caso de ausência de ressalva do destinatário. Afirma, então, contrariedade ao art. 26, 1, da Convenção de Varsóvia, com o seguinte teor:

(1) Salvo prova em contrário, presumem-se entregues em bom estado, e de conformidade com o documento de transporte, as mercadorias e bagagens que o destinatário haja recebido sem protesto.

O referido dispositivo disciplina, claramente, presunção relativa, permitindo prova em contrário no caso de o recebimento da mercadoria ocorrer sem ressalva. Por outro lado, não especifica quais serão as provas válidas, admitindo-se, em tal circunstância, amplo suporte probatório.

Ocorre que, acerca do tema, o Tribunal de origem afastou a presunção disciplinada no art. 26 da Convenção de Varsóvia considerando incontroversas as avarias, constatadas no dia seguinte ao desembarque, confirmadas por vistoria posterior e aceitas pela própria transportadora, estando o acórdão recorrido, que julgou as apelações das rés, assim fundamentado:

4. A existência do contrato de transporte e as avarias na mercadoria são fatos *incontroversos*. Nessa medida, irrelevante a ausência de autenticação e tradução dos documentos representativos dessa relação jurídica.

Os problemas que tornaram a mercadoria totalmente imprópria para uso foram constatados no dia seguinte ao do desembarque e confirmados posteriormente, por vistoria aduaneira, conclusão aceita pela transportadora (fls. 85/86).

Dúvida não há, portanto, quanto à danificação da mercadoria importada. Resta saber quem e o responsável pelos danos.

Para a apelada, o problema ocorreu durante o armazenamento, com o que concorda a transportadora, que ressaltou a entrega em perfeitas condições, que ressaltou a entrega em perfeitas condições (fls. 86).

Destaca-se que eventual mau acondicionamento do produto pelo exportador não exime a responsabilidade das apelantes, que o receberam sem qualquer ressalva. Caso houvesse alguma irregularidade, a transportadora e a depositária não deveriam ter aceitado a carga. Se o fizeram é porque nada existia.

Importante enfatizar, todavia, a ausência de qualquer anotação quanto ao estado da mercadoria por ocasião da entrega pelo transportador e recebimento pelo representante da co-apelante Bax Global. Ele próprio, aliás, como já observado, reconheceu ter a avaria ocorrido depois de concluído o transporte.

A apelada aponta, porém, observação feita pela depositária, quanto ao estado em que a mercadoria foi entregue pela transportadora (fls. 348, 352 e 532).

De fato, não obstante as alegações das apelantes, o documento de fls. 83 revela a existência de avarias. Intimada a indicar a fonte da informação e demonstrar o significado dos códigos, a apelada prestou os devidos esclarecimentos (fls. 553/558), não impugnados pelas litisconsortes passivas.

A prova documental permite concluir, portanto, pela responsabilidade da transportadora. Ao que tudo indica, há nexos entre o transporte e os danos (e-STJ fls. 684/684 – grifei).

Desfeita a presunção relativa prevista no dispositivo, a reforma do acórdão recorrido, nesse ponto, esbarra na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, que impede o simples reexame de provas na instância especial.

Quanto ao mencionado art. 754 do CC/2002, que não possui correspondente no CC/1916, além de não prevalecer sobre a norma especial da Convenção de Varsóvia (art. 26), não se aplica ao presente caso, tendo em vista que os fatos ocorreram na vigência do Código anterior, conforme anotado anteriormente, ao longo deste voto.

Para encerrar, o precedente citado no recurso especial vinculado a esse tema (REsp n. 198.811/SP, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, *Terceira Turma*, DJ de 16.12.2002), por cuidar de indenização decorrente de extravio de mercadorias durante transporte marítimo, não de transporte aéreo internacional, regido pela Convenção de Varsóvia, não guarda semelhança com este processo.

Ante o exposto, *conheço em parte* dos recursos especiais interpostos por *Unibanco AIG Seguros S.A.* e por *United Parcel Service Co.*, mas *nego-lhes provimento*.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, também quero cumprimentar o Doutor Paulo Henrique Cremonese Pacheco, pela qualidade da sustentação produzida, e o eminente Relator, pelo voto profundo que nos traz analisando o caso. Entendo que seria de muita relevância, na hipótese, o afastamento da tarifação prevista em lei específica, à luz de dispositivos constitucionais, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, mas já sob influência da Constituição 1988. Isso poderia efetivamente afastar a limitação tarifária da indenização pretendida pelo Unibanco AIG Seguros S/A, mas demandaria que também o recurso extraordinário tivesse sido paralelamente agitado com este recurso especial, o que não se deu, como esclarece o eminente Relator em seu primoroso voto. Diante disso, fica comprometido um ponto que seria crucial à pretensão do recorrente, Unibanco AIG Seguros S/A.

Acompanho o voto do eminente Relator nesses termos.

RECURSO ESPECIAL N. 1.217.166-MA (2010/0175173-1)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Raimunda de Sousa Ribeiro

Advogado: Francisco Gomes de Moraes e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Registros públicos. Retificação de registro civil. Prenome utilizado pela requerente desde criança no meio social em que vive diverso daquele constante do registro de nascimento. Posse prolongada do nome. Conhecimento público e notório. Substituição. Possibilidade. Recurso provido.

Hipótese: Trata-se de ação de retificação de registro civil de nascimento, pela qual a autora pretende a alteração de seu prenome (Raimunda), ao argumento de que é conhecida por Danielle desde criança e a divergência entre o nome pelo qual é tratada daquele que consta do seu registro tem lhe causado constrangimentos.

1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro.
2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado: *a)* no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família; ou *b)* ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público.
3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito da recorrente de alteração do prenome, pois é conhecida no meio social em que vive, desde criança, por nome diverso daquele constante do registro de nascimento, circunstância que tem lhe causado constrangimentos.
4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo conhecendo parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dando-lhe parcial provimento, divergindo em parte do relator, e os votos do Ministro Luis Felipe Salomão, da Ministra Maria Isabel Gallotti e do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando o relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator.

Vencido, em parte, o Ministro Raul Araújo. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 24.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por Raimunda de Sousa Ribeiro, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea

“a”, da Constituição Federal, contra decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Na origem, a ora recorrente propôs ação de alteração de registro civil de nascimento, deduzindo que embora seu nome de registro seja Raimunda, desde criança é chamada de Danielle, nome pelo qual atende e é conhecida no seio da família e da comunidade em que vive.

Na inicial, narrou a autora que essa situação vem lhe causando embaraços e vexames no seu dia a dia, por gerar desconfiança às pessoas que não lhe conhecem, até mesmo sendo suspeita de artifícios. Aduziu, ainda, que quando vai tratar de assuntos em órgãos e locais públicos, ao apresentar seus documentos, constando nome divergente do qual é chamada e conhecida por todos, causa dúvida às pessoas que estão lhe atendendo a respeito de sua verdadeira identidade.

Pleiteou, assim, a procedência do pedido para substituir seu prenome de Raimunda por Danielle, oficiando-se ao Cartório de Ofícios Únicos de Catanhede - MA, para que proceda a retificação no assento de nascimento da requerente.

Em sentença (fls. 120-124, e-STJ), o magistrado singular julgou improcedente o pedido, por entender que a autora não observou o prazo legal para ingressar em juízo e não fez provas dos constrangimentos alegados.

Em sede de recurso de apelação (fls. 127-136, e-STJ), a autora alegou a suficiência de provas nos autos - testemunhas e documentos - que comprovam suas alegações e pleiteou a procedência do pedido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão de primeira instância, nos termos da seguinte ementa (fl. 185, e-STJ):

Direito Civil. Retificação de registro civil. Alteração de prenome. Exposição do usuário a embaraços e situações vexatórias. Não comprovação em juízo. Não configuração. Improvimento.

I - Em se tratando de prenome assentado em registro civil, inexistindo justo motivo e comprovação em juízo para a alteração, há que ser indeferida a retificação;

II - Apelação não provida.

Inconformada, a acionante interpôs recurso especial (fls. 204-212, e-STJ), no qual aponta, além da divergência jurisprudencial, violação ao disposto nos artigos 16 e 19 do Código Civil e aos artigos 57 e 58 da Lei n. 6.015/1973.

Sustenta, em síntese, que o fato de ser conhecida desde criança por um nome diferente daquele que consta do seu registro de nascimento, por si só, caracteriza uma situação constrangedora. Aduz, ainda, admitir-se o pedido judicial de alteração de nome, após a oitiva do Ministério Público, posteriormente ao prazo de um ano da maioridade.

Pleiteia o provimento do recurso para reformar a decisão impugnada e determinar a alteração do seu prenome de Raimunda por Danielle, nos termos formulados na inicial.

Contrarrazões às fls. 223-227, e-STJ.

Admitido o recurso na origem (fls. 230-231, e-STJ), ascenderam os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal acostado às fls. 244-252, e-STJ, opinando pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A pretensão da recorrente merece prosperar.

1. A controvérsia cinge-se em verificar a possibilidade de alteração do prenome da insurgente, que aduz sofrer constrangimentos em razão da divergência entre o nome pelo qual é conhecida - desde tenra idade - no meio social onde vive (Danielle) e aquele constante do registro civil de nascimento (Raimunda), sobretudo pelo fato de a ação ter sido proposta quando já contava com 22 (vinte e dois) anos de idade.

Em síntese, pretende a substituição do prenome de Raimunda por Danielle, conforme denota-se da inicial (fls. 1-6, e-STJ).

O Tribunal de piso, mantendo a sentença de primeiro grau, por maioria, julgou improcedente o pedido, sob os seguintes fundamentos: *a)* não preenchimento dos requisitos legais, visto que a ação fora proposta quando a autora possuía 22 anos de idade; *b)* inexistência de prova de dissabores ou situações vexatórias que teria sido submetida.

Com efeito, a norma do artigo 56 da Lei n. 6.015/1973 permite ao interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, alterar seu nome, desde que preserve os apelidos de família, a saber:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

A exigência do requisito temporal - *primeiro ano após ter atingido a maioridade civil* - contida no referido dispositivo, refere-se à hipótese de o pleito de retificação ser formulado diretamente ao oficial de registro civil, independentemente de pedido judicial.

Tanto é verdade, que a própria lei de registros públicos, no artigo 57, determina a possibilidade de alteração do nome mesmo após o primeiro ano da maioridade, de maneira excepcional e por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. O aludido preceito legal, em complemento à regra imposta pelo artigo 56 da Lei em comento, encontra-se assim redigido:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Esta Corte Superior, com amparo na orientação doutrinária acerca do tema, tem adotado posicionamento mais flexível acerca da imutabilidade ou definitividade do nome civil, especialmente nas hipóteses em que se alega justo motivo, que deve ser aferido caso a caso. Ademais, “O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro.” (REsp 1.304.718/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 05.02.2015).

Essa flexibilização se justifica, pelo próprio papel que o nome desempenha na formação da personalidade da pessoa.

Esclarece Marcelo Rodrigues, na segunda edição atualizada da obra *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial*: “Existindo desencontro entre o registro e a vida, o que não raro acontece e desde que não se vislumbre fraude - que não pode ser presumida -, que prevaleça a vida.” (São Paulo: Atlas, 2016. p. 98).

Esse é exatamente o caso dos autos, no qual evidencia-se *o desencontro entre “o registro” e “a vida”*, em decorrência da posse prolongada do prenome da requerente - Danielle, circunstância esta a justificar a alteração ora pretendida.

Neste ponto, transcreve-se trecho do voto-vencido proferido no julgamento do recurso de apelação:

Ademais, o nome integra a personalidade e indica a procedência do seu titular, tendo, por isso, proteção legal nos artigos 16 e 19 do Código Civil e na Lei n. 6.015/1973.

Ora, se está comprovado pelos depoimentos testemunhais (fls. 89/90) que a requerente é conhecida, em toda a comunidade em que vive, por “Danielle” não há porque a lei cercear um direito inerente ao ser humano, o de sua individualização e identificação. Além disso, o nome acompanha o ser humano em todos os atos da sua vida, não se mostrando coerente que a requerente sofra com situações que considera constrangedoras. [...]

Ressalta-se que os sentimentos são subjetivos, não cabendo à justiça julgar se o nome é ou não feio e se deve ou não causar constangimento a requerente. O que cabe ao julgador é avaliar se os elementos exigidos pela lei, que possibilitam a alteração, estão presentes.

No caso em tela, vê-se que a autora não postula grande modificação em seu nome (lato sensu), apenas requerer a retirada do prenome, *que lhe causa desconforto desde criança no meio em que vive, sendo mantido o sobrenome de família.* (fls. 193-194, e-STJ) [grifou-se]

Conforme consignado no referido voto: “está comprovado pelos depoimentos testemunhais (fls. 89/90) que a requerente é conhecida, em toda a comunidade em que vive, por “Danielle” [...]”.

Tal circunstância, inclusive, fora corroborada no acórdão ora recorrido, que assim dispôs: “*a despeito de confirmado nos depoimentos prestados em juízo, às fls. 89/90, que a apelante é conhecida no seio familiar como Danielle, [...]*”. (fl. 189, e-STJ) [grifou-se]

Vale dizer, concluiu expressamente o órgão julgador que a autora/recorrente *é conhecida na comunidade em que vive e no âmbito familiar por Danielle*, nos termos aduzidos na inicial.

Ademais, deve-se levar em conta, em razão do caráter de subjetivismo que envolve o tema, em certos casos, embora o prenome não pareça potencialmente vexatório, na peculiar situação experimentada pelo indivíduo, pode ser que lhe afete intimamente e cause constrangimentos. Por isso, caso a caso, merece ser avaliado de acordo com as suas especificidades.

A hipótese dos autos, frisa-se, consiste no pedido de alteração de prenome em razão da posse prolongada e conhecimento público/notório de nome

diferente do registro civil. Em situação análoga, *coincidentemente envolvendo nome idêntico ao da ora recorrente - Raimunda -*, a egrégia Terceira Turma desta Corte Superior, por unanimidade, no *Recurso Especial n. 538.187/RJ*, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, deu provimento ao reclamo para “[...] julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando assim a alteração de seu nome civil de “Maria *Raimunda* Ferreira Ribeiro” para “Maria *Isabela* Ferreira Ribeiro”.

No acórdão do referido julgado, restou assim consignado:

(ii) há muito a recorrente é conhecida apelido em razão dos constrangimentos sofridos. no seio familiar, social e profissional como Maria *Isabela*, pois decidiu adotar tal apelido em razão dos constrangimentos sofridos.

Tais alegações foram devidamente comprovadas nos autos. À fl. 21 consta o depoimento de duas testemunhas que conhecem a requerente há tempo. Ambas afirmaram em seus depoimentos conhecer a recorrente pelo prenome *Maria Isabela*, e declararam não ter conhecimento de que ela realmente se chamava *Maria Raimunda*. [...]

Há de se assinalar, portanto, que a recorrente não pugna pela alteração de seu prenome por mero capricho pessoal.

Os motivos que apresenta para tanto são bastantes para se proceder à alteração requerida, pois além do constrangimento pessoal que sofre em razão do nome *Maria Raimunda*, é conhecida em seu meio social como *Maria Isabela*. [...] (REsp 538.187/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 21.02.2005, p. 170) [grifou-se]

Como se vê, em situação similar a destes autos, a egrégia Terceira Turma desta Corte, reformou as decisões das instâncias ordinárias, para assegurar à interessada a alteração do seu prenome (*Maria Raimunda*), mantendo os apelidos de família, para constar do seu registro de nascimento o nome pelo qual é conhecida em seu meio social (*Maria Isabela*).

É exatamente o que pretende a recorrente, vale dizer, substituir o prenome *Raimunda* por *Danielle*, em seu registro de nascimento, *com a manutenção do nome de família*, pelo fato de ser assim conhecida desde criança no meio em que vive, inclusive pelos seus familiares.

As razões que a autora/recorrente apresenta para a pretensa alteração do nome são suficientes para o deferimento do pedido, pois a despeito de ter sofrido constrangimentos ou vexames, *restou demonstrado que é conhecida por*

toda a comunidade em que vive como Danielle, desde a sua infância, conforme consignado pelas instâncias ordinárias às fls. 89-90, 189, 193-194, e-STJ.

Há de se assinalar que o ordenamento jurídico, além das corriqueiras hipóteses de alteração de nome - *tais como: exposição ao ridículo, apelido público, adoção, entre outras* - tem admitido a *alteração do prenome quando demonstrada a posse prolongada pelo interessado de nome diferente daquele constante do registro civil de nascimento*, desde que ausentes quaisquer vícios ou intenção fraudulenta.

Nesse sentido, transcreve-se trecho da obra *Direito ao Nome da Pessoa Física*:

O que não se permite é qualquer alteração ou mudança por simples capricho ou malícia.

Deve-se respeitar a vontade do indivíduo e sua integração social, quando comprovada a posse prolongada de determinado prenome, aliás como salienta Serpa Lopes:

No que se tange à aquisição do nome pela posse prolongada, o grande problema está em conciliar esse fato aquisitivo com a condição de imutabilidade que pesa sobre o nome. A jurisprudência tem admitido essa forma de aquisição, porém tendo em vista uma condição - posse longa - unida à ausência de qualquer vício ou intenção fraudulenta, como no caso do silêncio de um século.

(AMORIM, José Roberto Neves e Vanda Lúcia Cintra. *Direito ao Nome da Pessoa Física*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 78-79) [grifou-se]

Acerca do assunto, destaca Marcelo Rodrigues:

O prenome é retrato sônico e vale da forma pela qual o indivíduo é conhecido no meio social. [...]

Não por acaso, há bem mais tempo era formatada a jurisprudência predominante, admitindo, por exemplo, a alteração para fazer constar do registro o verdadeiro nome pelo qual a pessoa é conhecida no meio em que vive, embora diferente do que consta do assentamento [...]. (RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de Registros Públicos e de Direito Notarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 98) [grifou-se]

Nos casos em que não se vislumbra vício ou intenção fraudulenta, orienta a doutrina que a posse prolongada do prenome é suficiente para justificar a alteração do registro civil de nascimento, visto que faz valer o direito da personalidade do indivíduo e reflete sua vontade e integração social.

Nesse sentido, com fundamento na posse prolongada do prenome, a jurisprudência deste Tribunal Superior admitiu a alteração de nome em situações análogas a dos autos, a saber:

Civil. Exclusão de um dos prenomes. Hipótese em que a alteração se justifica. Recurso especial não conhecido. (REsp 213.682/GO, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 05.09.2002, DJ 02.12.2002, p. 305)

[Francisca de Fátima Oliveira, permitiu-se a supressão do prenome "Francisca" do nome da requerente, ao fundamento de ser ela conhecida há tempo como "Fátima", prenome pelo qual se apresenta]

Registro público. Nome. Alteração. Possibilidade. Motivos justificáveis. Permissão legal.

I - Para se conhecer do recurso especial, pela letra "c" do permissivo constitucional, é imperioso que a base fática do acórdão recorrido se identifique com aquela na qual se basearam os paradigmas.

II - A alteração do nome encontra amparo legal, desde que ocorram motivos suficientes para tanto, devidamente acolhidos pelo judiciário.

III - *In casu*, justifica-se a alteração do nome dos requerentes, diante dos relevantes motivos sociais e familiares invocados. Não teria sentido, agora, já idosos, serem os autores obrigados a alterar toda a sua documentação, bem como todos os assentos de nascimento dos filhos e dos prováveis netos. Isso, sim, implicaria, realmente, em mudança de nome. Recurso especial a que se nega conhecimento, ressalvado o entendimento do relator, no tocante à terminologia. (REsp 146.558/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 24.02.2003, p. 221) [permitiu-se a alteração de *João Luiz Ribeiro* e *Ana da Conceição Ribeiro* para *João Ribeiro Mira* e *Ana Carlos Vieira*]

Observa-se que tem prevalecido - na doutrina e na jurisprudência - o entendimento de que é válido o nome efetivamente utilizado pela pessoa, quando demonstrada a utilização prolongada pelo interessado, em detrimento daquele constante do registro civil de nascimento, visto que o nome é a marca distintiva da personalidade.

Em razão disso, situações como a dos autos exigem seja eliminada a inconsistência havida entre o prenome registrado e o usado no meio social.

Por isso, casos em que o nome constante do registro diverge daquele utilizado pelo indivíduo e tal circunstância venha obstar a sua própria identificação no meio social, resta indubitável a possibilidade e necessidade de retificação do registro civil.

2. Do exposto, *dá-se provimento* ao recurso especial, para julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando-se a alteração de seu prenome de “*Raimunda*” para “*Danielle*”, mantendo-se o nome de família.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Raimunda de Sousa Ribeiro*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado:

Direito Civil. Retificação de registro civil. Alteração de prenome. Exposição do usuário a embaraços e situações vexatórias. Não comprovação em juízo. Não configuração. Improvimento.

I - Em se tratando de prenome assentado em registro civil, inexistindo justo motivo e comprovação em juízo para a alteração, há que ser indeferida a retificação;

II - Apelação não provida. (fl. 185)

Nas razões do apelo nobre, a recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 16 e 19 do Código Civil e aos arts. 57 e 58 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), sustentando, em resumo, ser possível e devida a alteração de seu registro civil, pois desde criança é conhecida no meio familiar e social que convive por prenome distinto (*Danielle*) daquele que consta do seu assentamento civil (*Raimunda*), o que “é por si só, uma situação constrangedora” (na fl. 209).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso, em parecer de fls. 244/252.

O eminente Ministro *Marco Buzzi*, relator do feito, dá provimento ao recurso especial “para julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando-se a alteração de seu prenome de ‘*Raimunda*’ para ‘*Danielle*’, mantendo-se o nome de família”.

Diante da qualidade do voto apresentado por S. Exa., pedi vista dos autos para uma melhor capacitação acerca da controvérsia.

O cerne da questão em debate, como já brevemente relatado, cinge-se à possibilidade de alteração de registro civil por requerente que aduz ser

reconhecida desde tenra idade por prenome distinto daquele averbado no cartório de registro civil na ocasião do seu nascimento.

Na exordial da “ação de alteração de registro civil de nascimento”, a recorrente afirma que “houve divergência entre seus genitores quanto à escolha do nome que lhe seria dado. O pai, Sr. Daniel, em sua própria homenagem, optou por dar à filha o nome de Danielle, enquanto a mãe, Sra. Neuci, escolheu o nome de Raimunda em homenagem à avó materna da Requerente, que se chama Raimunda Guimarães de Sousa. Ao final prevaleceu a vontade da mãe e a Requerente foi batizada e registrada com o nome de Raimunda de Souza Ribeiro” (nas fls. 1/2).

Prossegue aduzindo que, “em decorrência dessa divergência instaurada entre seus genitores, a Requerente, apesar de registrada como Raimunda, desde criança é chamada de Danielle, nome pelo qual atende e é conhecida no seio da família, perante a vizinhança, no colégio, enfim, na comunidade, com as pessoas com as quais se relaciona” (na fl. 2).

Assevera, assim, que tal situação lhe vem causando embaraços e vexames, em decorrência da desconfiança que gera em pessoas que não conhecem o seu verdadeiro nome, “suscitando dúvidas a respeito de sua verdadeira identidade”.

Ressalta, nessa toada, que “não é o nome constante do registro da Requerente, em si, que lhe está trazendo constrangimento, mas sim o fato de ser registrada com um nome e conhecida por outro. Destarte, a pretensão da requerente em mudar seu prenome não é, simplesmente, para satisfação de interesses pessoais, no entanto, ao ser registrada, se pudesse ter escolhido o seu nome, seria Danielle, que é o preferido de seus familiares, com exceção apenas de sua mãe” (na fl. 2).

O pedido foi julgado improcedente pelo d. magistrado de primeiro grau, porquanto decorrido o prazo legal para a postulação em juízo (até o fim do primeiro ano após a maioridade civil), bem como pela ausência de provas dos constrangimentos alegados.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por sua vez, no julgamento da apelação, manteve, por maioria, a r. sentença, fundamentalmente por “inexistirem provas consistentes nos autos de quaisquer dissabores ou situações vexatórias, a que supostamente teria sido submetida a recorrente, aptos a ensejar-lhe o reconhecimento do direito pleiteado em juízo. Isso porque, a apelante, em nenhum momento comprova ter o seu prenome, Raimunda, causado constrangimento ou mesmo à pessoa de sua família” (na fl. 189).

O eminente Ministro Relator *Marco Buzzi* dá provimento ao recurso especial, invocando, para tanto, entendimento firmado em precedentes desta Corte, no sentido de que o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, comportando certa flexibilização nas hipóteses em que presente justo motivo. Nas razões do voto de Sua Exa., extrai-se a seguinte fundamentação, *verbis*:

Essa flexibilização se justifica, pelo próprio papel que o nome desempenha na formação da personalidade da pessoa.

Esclarece Marcelo Rodrigues, na segunda edição atualizada da obra *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial*: “Existindo desencontro entre o registro e a vida, o que não raro acontece e desde que não se vislumbre fraude - que não pode ser presumida -, que prevaleça a vida.” (São Paulo: Atlas, 2016. p. 98).

Esse é exatamente o caso dos autos, no qual evidencia-se o *desencontro entre o “registro” e “a vida”*, em decorrência da posse prolongada do prenome da requerente - Danielle, circunstância esta a justificar a alteração ora pretendida.

Neste ponto, transcreve-se trecho do voto-vencido proferido no julgamento do recurso de apelação:

(...)

Conforme consignado no referido voto: “está comprovado pelos depoimentos testemunhais (fls. 89/90) que a requerente é conhecida, em toda a comunidade que vive, por “Danielle [...]”.

Tal circunstância, inclusive, fora corroborada no acórdão ora recorrido, que assim dispôs: “a despeito de confirmado nos depoimentos prestados em juízo, às fls. 89/90, que a apelante é conhecida no seio familiar como Danielle, [...]”. (fl. 189, e-STJ) [grifou-se]

Vale dizer, concluiu expressamente o órgão julgador que a autora/recorrente é conhecida na comunidade em que vive e no âmbito familiar por Danielle, nos termos aduzido na inicial.

Ademais, deve-se levar em conta, em razão do caráter de subjetivismo que envolve o tema, em certos casos, embora o prenome não pareça potencialmente vexatório, na peculiar situação experimentada pelo indivíduo, pode ser que lhe afete intimamente e cause constrangimentos. Por isso, caso a caso, merece ser avaliado de acordo com as suas especificidades.

A hipótese dos autos, frisa-se, consiste no pedido de alteração de prenome em razão da posse prolongada e conhecimento público/notório de nome diferente do registro civil. Em situação análoga, *coincidentemente envolvendo nome idêntico ao da ora recorrente - Raimunda -*, a egrégia Terceira Turma desta Corte Superior, por unanimidade, no *Recurso Especial n. 538.187/RJ*, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, deu provimento ao reclamo para “[...] julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando assim a alteração de seu nome civil de “Maria **Raimunda** Ferreira Ribeiro” para “Maria **Isabela** Ferreira Ribeiro”.

(...)

Como se vê, em situação similar a destes autos, a egrégia Terceira Turma desta Corte, reformou as decisões das instâncias ordinárias, para assegurar à interessada a alteração do seu prenome (Maria Raimunda), mantendo os apelidos de família, para constar do seu registro de nascimento o nome pelo qual é conhecida em seu meio social (Maria Isabela).

É exatamente o que pretende a recorrente, vale dizer, substituir o prenome *Raimunda* por *Danielle*, em seu registro de nascimento, com a manutenção do nome de família, pelo fato de ser assim reconhecida desde criança no meio em que vive, inclusive pelos seus familiares.

(...)

Há de se assinalar que o ordenamento jurídico, além das corriqueiras hipóteses de alteração de nome - tais como: exposição ao ridículo, apelido público, adoção, entre outras - tem admitido *a alteração do prenome quando demonstrada a posse prolongada pelo interessado de nome diferente daquele constante do registro civil de nascimento*, desde que ausentes quaisquer vícios ou intenção fraudulenta.

(...)

Nos casos em que não se vislumbra vício ou intenção fraudulenta, orienta a doutrina que a posse prolongada do prenome é suficiente para justificar a alteração do registro civil de nascimento, visto que faz valer o direito da personalidade do indivíduo e reflete sua vontade e integração social.

(...)

Observa-se que tem prevalecido - na doutrina e na jurisprudência - o entendimento de que é válido o nome efetivamente utilizado pela pessoa, quando demonstrada a utilização prolongada pelo interessado, em detrimento daquele constante do registro civil de nascimento, visto que o nome é a marca distintiva da personalidade.

Em razão disso, situações como a dos autos exigem seja eliminada a inconsistência havida entre prenome registrado e o usado no meio social.

Por isso, casos em que o nome constante do registro diverge daquele utilizado pelo indivíduo e tal circunstância venha obstar a sua própria identificação no meio social, resta indubitável a possibilidade e necessidade de retificação do registro civil.

Salientando o costumeiro brilho no voto apresentado pelo eminente Relator, mas rogando a devida vênia, ousou divergir, em parte, de S. Exa.

De início, consigna-se que, embora a recorrente aduza na primeira página do especial que o recurso é fundamentado apenas na alínea “a” do permissivo constitucional, verifica-se nas razões do apelo nobre que a irresignação

também se assenta em alegado dissenso pretoriano, motivo pelo qual se passa primeiramente à sua análise.

O pretendido dissídio jurisprudencial não está configurado, porquanto a recorrente não promoveu o devido cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigmas, descumprindo o comando disposto no art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e no art. 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, para a caracterização da divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição das ementas dos acórdãos confrontados, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, sob pena de não serem atendidos, como na hipótese, os requisitos previstos nas mencionadas normas. A propósito:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Compra e venda de imóvel. Atraso na conclusão da obra. Danos morais e materiais.

1. Não se conhece de agravo que não tenha atacado especificamente todos os fundamentos da decisão agravada (art. 544, § 4º, I, CPC e Súmula 284/STF).

2. "A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial" (Súmula 5/STJ).

3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).

4. *À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados.*

5. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 334.801/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 03.09.2013, DJe de 12.09.2013, g.n.)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Ausência de prequestionamento da matéria. Súmula n. 211/STJ. Reexame de fatos. Súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, dos dispositivos apontados como violados no recurso especial, incide o disposto na Súmula n. 211/STJ.

3. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. *A divergência jurisprudencial, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos julgados que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações, o que não restou evidenciado na espécie.*

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 633.390/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.08.2015, DJe de 1º.09.2015, g.n.)

No tocante ao mérito da questão alçada ao exame do Superior Tribunal de Justiça, registre-se que o entendimento esposado pelo Ministro Relator encontra ressonância em julgados desta Corte, no sentido da flexibilização do princípio da imutabilidade do nome civil, a partir da constatação de justo motivo.

A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes em que, de alguma forma, flexibilizou-se o princípio da imutabilidade do nome, insculpido na Lei n. 6.015/1973, *verbis*:

(I) REsp 538.187/RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrichi* - alteração do prenome de Maria Raimunda para Maria Isabela;

(II) REsp 213.682/GO, Rel. Ministro *Ari Pargendler* - retirada de um prenome;

(III) REsp 1.256.074/MG, Rel. Ministro *Massami Uyeda* - acréscimo de patronímico materno;

(IV) REsp 1.138.103/PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão* - retificação de grafia de patronímico para fins de obtenção de dupla cidadania;

(V) REsp 1.279.952/MG, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* - alteração do patronímico da genitora, para constar o nome de solteira, adotado após divórcio;

(VI) REsp 1.323.677/MA, Rel. Ministra *Nancy Andrichi* - alteração da ordem dos apelidos de família.

(VII) REsp 1.304.718/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino* - supressão do patronímico paterno, em decorrência de abandono do genitor desde tenra idade;

(VIII) REsp 538.187, Rel. Ministro *Ruy Rosado de Aguiar* - inclusão do patronímico do padraço.

(IX) REsp 146.558/PR, Rel. Ministro *Castro Meira* - alteração de nome em razão de equivocada grafia na certidão de casamento dos requerentes.

Malgrado os precedentes citados, entendo que a alteração do prenome, nos termos em que postulada no caso em exame, não é devida.

É da própria natureza, da essência dos Registros Públicos a necessidade de transmitir segurança e estabilidade para a coletividade quanto aos relevantes temas que tutela e torna públicos, ou seja: os registros civis das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, o registro dos títulos e documentos e o registro de imóveis. Esses elementos são obrigatoriamente tornados públicos justamente para garantia das relações sociais, ensejando acerca de tais assentos oficiais segurança e conhecimento geral.

Por isso é que se tem uma Lei própria, específica para o regime jurídico dos registros públicos, a conhecida Lei n. 6.015/1973, que, em seu art. 1º, *caput*, estabelece:

Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

Quanto ao registro civil das pessoas naturais, vigora no ordenamento jurídico brasileiro a regra geral da imutabilidade ou definitividade do nome civil. Essa regra geral não deve ser contrariada sem motivação suficiente.

A própria Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) é que prevê as exceções à mencionada regra, nas seguintes hipóteses:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

O pleito formulado pela ora recorrente só pode ser examinado à luz dos arts. 57 e 58 da Lei n. 6.015/1973, porquanto formulado quando a requerente já tinha 22 (vinte e dois) anos de idade.

Em consonância com o regime legal, a alteração substancial do prenome deve ser evitada.

Na hipótese, a alteração, tal como pretendida pela recorrente, não deve prevalecer. Não há justo motivo para a completa supressão do prenome “Raimunda”, embora se possa admitir seja agregado ao registro civil da requerente o prenome “Danielle”, pelo qual é conhecida no meio em que convive.

Mostra-se razoável a inclusão do prenome “Danielle” no nome da recorrente, podendo escolher a conjunção “Raimunda Danielle” ou “Danielle Raimunda”, sem, contudo, suprimir completamente o prenome constante do registro civil.

Como entendeu o v. acórdão recorrido, não há justo motivo para a completa alteração do prenome apenas pelo fato de a promovente ser reconhecida no meio social em que convive por prenome diverso daquele que consta do seu registro civil.

Registre-se que em nenhum dos 3 (três) precedentes colacionados pelo eminente Relator, que mais se assemelhariam à hipótese em tela (modificação de prenome), deu-se a absoluta alteração do prenome, como agora postulado pela requerente.

No REsp 538.187/RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, possibilitou-se a alteração de prenome “Maria Raimunda” para “Maria Isabela”, mantendo-se, assim, prenome originário da requerente, no caso “Maria”, o que não configura total modificação do prenome, como no caso em exame.

No REsp 213.682/GO, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, o julgado permitiu a supressão do prenome “Francisca” do nome da requente, “Francisca de Fátima Oliveira”, subsistindo, contudo, o prenome “Fátima”, circunstância que não evidencia alteração total do prenome.

No REsp 146.558/PR, Rel. Ministro *Castro Meira*, por sua vez, o precedente permitiu a alteração dos nomes de “João Luiz Ribeiro” e “Ana da Conceição Ribeiro” para, respectivamente, “João Ribeiro Mira” e “Ana Carlos

Vieira”. Como se observa, também não estamos diante de hipótese de completa alteração de prenome originalmente registrado. Saliente-se que, neste caso, o pedido fora formulado em razão de equivocada grafia na certidão de casamento dos requerentes.

Impende ressaltar, outrossim, que o eg. Tribunal de origem, nas razões do voto condutor do v. aresto recorrido, concluiu que não foram comprovados nos autos dissabores ou situações vexatórias experimentadas pela recorrente decorrentes do uso do prenome “Raimunda”. A propósito, transcrevo trecho do *decisum* que corrobora referida conclusão, *verbis*:

Ocorre que, na situação em comento, *analisando toda a documentação acostada ao feito e nos termos do salientado pelo juiz a quo, observo inexistirem provas consistentes nos autos de quaisquer dissabores ou situações vexatórias, a que supostamente teria sido submetida a recorrente, aptos a ensejar-lhe o reconhecimento do direito pleiteado em juízo. Isso porque, a apelante, em nenhum momento comprova ter o seu prenome, Raimunda, causado constrangimento ou mesmo à pessoa de sua família.*

Assim, a despeito de confirmado nos depoimentos prestados em juízo, às fls. 89/90, que a apelante é conhecida no seio familiar e social como Danielle, *o fato é que não foi demonstrado nos autos quaisquer constrangimentos a que supostamente vem sendo submetida a recorrente.*

Destarte, *considerado inexistir prova dos embaraços sofridos pela apelante por possuir dois nomes, configurado está o óbice ao deferimento do pleito, nos termos do que foi requerido na inicial. (grifou-se, na fl. 189)*

No mesmo sentido, a r. sentença de primeiro grau, ao consignar que “a autora não comprova por meio algum, que o seu prenome tenha causado constrangimento a ela ou a pessoa de sua família, sendo que, certamente nenhum problema lhe trouxe, tanto que se passaram 04 (quatro) anos desde quando deveria ter procurado a justiça, portanto, não trará no futuro constrangimento algum para a pessoa que possua esse prenome, perante a família ou a sociedade” (nas fls. 123/124).

Nesse contexto, ante a ausência de justo motivo a fundamentar a pretensão ora examinada, tal qual formulada na exordial, entende-se não ser devida a alteração de registro civil como postulada, com a total alteração do prenome da recorrente, admitindo-se, contudo, a inclusão do prenome “Danielle” ao seu nome, de forma a não caracterizar absoluta modificação do registro originário.

Ante o exposto, com a devida vênia, divergindo-se parcialmente do eminente Relator, conhece-se parcialmente do recurso especial e, nessa extensão,

dá-se-lhe parcial provimento para permitir a alteração do prenome da recorrente Raimunda para “Raimunda Danielle” ou “Danielle Raimunda”, devendo fazer tal opção perante o Juízo da Vara de Registros Públicos competente para a expedição do mandado, nos termos do art. 57 da Lei n. 6.015/1973.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, após esses debates e, agora também, a manifestação do Ministério Público, peço vênua à divergência para aderir ao voto do Relator, porque entendo que, de fato, já há várias exceções feitas na jurisprudência deste Tribunal que permitem a modificação do prenome, embora nenhuma idêntica ao presente caso, como ressaltado no cuidadoso voto do Ministro Raul Araújo. Mas, realmente, a Lei de Registro Civil está sofrendo uma evolução em sua interpretação em face da realidade que vem se impondo, como no caso a que se referiu o Ministro Marco Buzzi, da mudança de sexo.

O que a lei exige é que haja uma justificação idônea, aceita pelo Juiz. Penso que o que garantirá a perfeita identificação da pessoa, no caso, é a ressalva feita no art. 57 da Lei de Registro Público de que a sentença deve ser levada a registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, que permitirá que se rastreie a origem dessa mudança, e, fora isso, todos os métodos mais modernos de identificação disponíveis, conforme lembrado pelo eminente Sub-Procurador Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros. A Lei de Registro Público permite também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios, o que seria uma outra hipótese, não de agregação de nome, mas da definitiva substituição.

Por esses motivos, peço vênua ao cuidadoso voto divergente e acompanho o voto do Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.265.748-RS (2011/0142765-6)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: S da C S - Espólio

Repr. por: M Z S - Inventariante

Advogados: Márcio Roberto da Silva e outro(s) - RS031834

Leonardo Augusto Poletto - RS080594

Recorrido: I F de A S

Advogados: Rolf Hanssen Madaleno e outro(s) - RS011397

Karin Wolf e outro(s) - RS037739

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação de adoção. Adoção póstuma. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC/1973. Ausência de manifestação inequívoca da vontade de adotar. Carência de ação. Violação aos arts. 267, VI, do CPC/1973, 3º, II, e 1.618 do CC/2002 e 42 do ECA. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 11.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial (art. 105, III, *a*, da CF/1988) interposto pelo Espólio de S. da C. S., representado pela inventariante M. Z. S., em face de v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS).

Narram os autos que, em fevereiro de 2008, M. Z. S., filha de S. da C. S, promotor de justiça aposentado, ajuizou ação de interdição de seu pai (fls.

159-168), sendo nomeada sua curadora provisória, em 4.3.2008, nos termos da decisão de fl. 186.

Pouco depois, em 18.6.2008, a ora recorrida, a Sra. I. F. de A. S., alegando ser casada, desde 9.12.1994, pelo regime da comunhão parcial de bens, com o interditado, Sr. S. da C. S., tendo ambos a guarda judicial do menor F.R.G., desde 18.3.2003, propôs ação requerendo, para si e para o Sr. S. da C. S., a adoção do mencionado menor. Na inicial da ação de adoção (cópia às fls. 27-35), foi requerida a citação de S. da C. S., na pessoa de sua curadora e filha, M. Z. S.

Em contestação (fls. 148-156), S. da C. S., representado por M. Z. S., arguiu a ilegitimidade ativa de I. F. de A. S. para propor a ação de adoção em nome do casal e impugnou o pedido.

À fl. 251, consta petição de I. F. de A. S. informando, nos autos da ação de adoção, o falecimento do Sr. S. da C. S., em 29.9.2008, e requerendo o regular prosseguimento do feito.

Mediante decisão interlocutória (fl. 263), o d. Juízo de piso rejeitou a referida preliminar de ilegitimidade e determinou o prosseguimento do feito contra o Espólio de S. da C. S. Essa decisão foi objeto de embargos de declaração (fls. 276-279), os quais foram acolhidos para corrigir contradição, nos termos da decisão da qual se extrai o seguinte excerto (fl. 293):

No tocante aos embargos declaratórios, impõe-se o acolhimento, vez que houve erro na prolação do despacho de fl. 209/verso.

Para superar referida contradição/obscuridade, cumpre esclarecer que resulta afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, arguida em contestação.

O feito prosseguirá contra o espólio e ora se trata de adoção póstuma.

(grifos acrescidos)

Irresignado, S. da C. S. - *Espólio* interpôs agravo de instrumento, que, em primeiro momento, foi provido, por maioria, para reconhecer a ilegitimidade ativa na referida ação de adoção, determinando-se o prosseguimento desta, constando apenas a promovente I. F. de A. S. como adotante. Eis a ementa do v. acórdão (fl. 419):

Agravo de instrumento. Adoção póstuma. Ilegitimidade ativa.

Não figurando o falecido como autor da ação de adoção, cuja interdição provisória já havia sido deferida quando do seu ajuizamento, é parte ilegítima para figurar no pólo ativo do pedido, sendo que o seu falecimento no curso da

ação não caracteriza adoção póstuma, vez que sequer adotante ele era. Ação ajuizada pela ex-esposa, que deve prosseguir somente tendo ela como adotante. Precedentes legais.

Agravo de instrumento provido, por maioria.

Frente a esse v. acórdão, I. F. de A. S., ora recorrida, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 465-471.

Inconformada, I. F. de A. S. manejou embargos infringentes (fls. 476-525), os quais foram providos, para reconhecer a legitimidade do Espólio na mencionada ação de adoção, nos termos do v. acórdão ora recorrido, assim sumariado (fl. 635):

Embargos infringentes. Ação pedido de adoção. Adotante interditando. Posterior falecimento. Adoção póstuma. Legitimidade ativa reconhecida. Condição da ação.

Admite-se conhecer de embargos infringentes interpostos em agravo de instrumento quando se trata de questão terminativa do processo, ou afeta ao mérito da causa.

É possível a convalidação da adoção após a morte do adotante, ainda que não iniciado o processo de adoção, diante de fundados indícios de elemento anímico, consubstanciado na posse do estado de filho. Precedente do STJ.

Possível juridicamente a adoção póstuma, há viabilidade no pedido dirigido àquele que, tendo perdido a capacidade para os atos da vida civil, por interdição, podendo a questão ser dirimida por instrução na ação de adoção, mesmo ocorrida a morte do adotante no curso da demanda.

Reconhecida a legitimidade do adotante para integrar ação de adoção, substituído pelo Espólio, na condição de requerido, vez que a ação foi proposta pela guardiã, por si e em favor do menor, com pleito de citação do varão.

Ausência de afronta aos artigos 3º, II, e 1.622, parágrafo único, do Código Civil vigente.

Necessidade de garantir ao menor o direito de demonstrar, por meio da instrução probatória, a manifesta intenção do guardião em adotá-lo.

Decisão sobre condição da ação que não antecipa julgamento de mérito, nem se compromete com eventual solução positiva da demanda.

Preliminar rejeitada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.

Os embargos de declaração opostos por S. da C. S. - *Espólio* foram rejeitados, nos termos do v. acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 658):

Embargos de declaração em embargos infringentes. Pedido de adoção. Legitimidade reconhecida.

Ausência de omissão, contradição ou obscuridade.

O acórdão reconheceu a legitimidade do adotante para figurar no pólo passivo da ação, substituído pelo Espólio, na condição de requerido, inexistindo afronta ao art. 3º, II, e 1.622, parágrafo único, do Código Civil. Questão de mérito que não comporta ser dirimida em sede de embargos infringentes opostos em agravo de instrumento.

O acolhimento dos embargos pressupõe a presença de pelo menos um dos pressupostos elencados de forma taxativa no art. 535 do CPC, ainda que para finalidade prequestionatória.

Ademais, inviável a rediscussão da matéria decidida no acórdão, pois embargos declaratórios não são sucedâneo recursal.

Desacolheram os embargos de declaração.

Insistindo na irresignação, S. da C. S. - *Espólio* manejou o presente recurso especial, no qual aponta, preliminarmente, violação ao art. 535, I e II, do CPC/1973, uma vez que o eg. TJ-RS não se manifestou acerca de todas as matérias levantadas nos aclaratórios.

No tocante à suposta ausência de legitimidade ativa da ora recorrida para ajuizar pedido em nome do Sr. S. C. da S., na ação de adoção, aponta-se infringência: dos arts. 3º, II, 166, I, 1.618, parágrafo único, 1.628, 1.747, I, 1.748, V, e 1.774 do Código Civil de 2002; dos arts. 3º, 8º, 267, VI, e 535, I e II, do CPC/1973; e do art. 42, §§ 2º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Aduz que a ora recorrida, desconsiderando a incapacidade civil de S. de C. S., “(...) engendrou Pedido de Adoção em nome próprio e também em nome da pessoa em interdição provisória, inexistindo qualquer aquiescência da curadora provisória para a representação em juízo daquele” (fl. 676).

Afirma que S. da C. S., “(...) à data do ingresso do Pedido de Adoção, era pessoa viva e cuja representação em juízo cabia à sua filha, curadora provisória, jamais à recorrida, de quem, inclusive, estava separado de fato, situação que também pôs termo à reciprocidade entre o (ex)casal, ficando reconhecido no próprio juízo a quo, porém em recurso por ocasião da Interdição do hoje falecido (...)” (fl. 676).

Assevera que, como não houve desejo inequívoco de adotar por parte de S. da C. S., não há como se reconhecer a ocorrência de adoção póstuma, pois

esta se caracteriza quando o adotante, “(...) após o livre ajuizamento do pedido de adoção, vem a óbito, quando já manifestou nos autos do procedimento de adoção o desejo inequívoco de adotar, conforme dicção do artigo 1.628, do Código Civil” (fl. 677).

Alega que S. da C. S., “(...) à data do ajuizamento do Pedido, era pessoa absolutamente incapaz, tendo resistido àquele e apresentado contestação por sua curadora, e o óbito ocorreu após isto, jamais podendo ser considerada adoção póstuma (...)” (fl. 677).

Sustenta a nulidade da referida adoção, uma vez que o suposto adotante, S. da C. S., no ajuizamento do pedido de adoção, era absolutamente incapaz e a adoção “(...) é um fato jurídico, e, como tal, é subordinada aos requisitos de existência (plano da existência) e de validade (plano da validade) dos negócios jurídicos, vale dizer, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104)” (fl. 678).

Aduz que “(...) o outro contrassenso na aplicação da norma legal inerente ao instituto da adoção pelo acórdão recorrido, diz respeito à inobservância de pressuposto explícito à recepção do pedido pelo casal, o que vem esculpido no § 2º do artigo 42 do ECA, à medida que a separação de fato, já reconhecida judicialmente, impediria a recepção do pedido de forma conjunta como está a ser ditado naquele” (fl. 678).

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 688-697), pelo desprovimento do apelo.

Inicialmente inadmitido pela 3ª Vice-Presidência do eg. TJ-RS (decisão às fls. 700-706), ascenderam os autos a esta col. Corte por força de *decisum* (fl. 710), desta Relatoria, nos autos do Ag 1.360.608/RS.

Instado a se manifestar, o d. Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, nos termos do parecer da lavra do em. Subprocurador-Geral da República, Dr. *João Pedro de Saboia Bandeira de Melo Filho*.

Impende salientar, ainda, que a ora recorrente ajuizou perante esta eg. Corte medida cautelar (MC 18.190) em cujos autos foi proferida decisão negando seguimento à cautelar. Tal *decisum* foi objeto de agravo regimental, concluso para análise.

Registre-se, ainda, que, em consulta ao sítio eletrônico do eg. TJ-RS, infere-se que o processo referente à ação de adoção está suspenso, aguardando decisão em “Superior Instância”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Inicialmente, afasta-se a ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, pois a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade.

Note-se que a Corte Estadual encontrava-se julgando agravo de instrumento e procurou solucionar o tema relevante tratado na decisão agravada, de forma satisfatória, porém cuidando de não suprimir a instância *a quo*, evitando avançar sobre o mérito da ação.

Ressalta-se não ser possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Assim, fica afastada a violação ao art. 535, I e II, do CPC.

Passe-se ao exame do mérito da controvérsia agitada no especial.

Conforme consta do relatório, este recurso vem tirado de agravo de instrumento em ação de adoção ajuizada, em 18.6.2008, pela ora recorrida postulando, em nome próprio e também de seu marido, então já separado de fato da promovente e provisoriamente interditado, em razão de doença neurológica incapacitante, tendo por curadora provisória filha unilateral do interditando, a adoção do menor de quem o casal tinha a guarda judicial, desde 18.3.2003. A pretensão foi contestada pelo varão incapacitado, representado por sua curadora. Posteriormente, em 29.9.2008, o interditado faleceu, sendo sucedido por seu espólio, ora recorrente, representado pela filha inventariante, antes curadora.

A questão central posta neste recurso é definir se o recorrente, quando já interditado provisoriamente por doença neurológica irreversível, pode figurar como adotante em ação de adoção de menor, do qual tinha a guarda judicial, proposta exclusivamente pela esposa de quem já se encontrava separado de fato. Trata-se, portanto, de resolver se tal pedido de adoção reúne as condições da ação, com relação ao suposto adotante varão.

Para tanto, é conveniente decalcar o pedido posto na exordial da ação de adoção, destacando-se que a promovente I. F. de A. S. pleiteou a citação de S. da C. S., na pessoa de sua curadora e, como pedido final, requereu (fl. 35):

Pelo exposto, com elevado respeito de sempre, digno-se Vossa Excelência de receber a presente petição, determinar sua juntada aos autos, bem como os documentos que a acompanham, para, após determinar as seguintes providências:

(a) Ser for do entendimento de V. Exa., **determinar a feitura de novo estudo social** nas partes, de modo a escrutinar o vínculo entre Fabiano e a autora, mormente o desenvolvimento após a instituição da guarda provisória, a exceção de Sérgio que ora encontra-se interditado provisoriamente, sem condições de se expressar, mas que certa e comprovadamente, até perder a lucidez, possuía a intenção de adotar Fabiano;

(b) Citar o interditando *Sérgio da Cunha Saldanha*, portador do CPF/MF n. 068.281.080-00, na pessoa de sua curadora provisória *Moema Zanchin Saldanha*, brasileira, solteira, assessora jurídica do Ministério Público, inscrita no CPF/MF sob n. 894.658.610-00, residente e domiciliada na cidade de Bento Gonçalves/RS na Travessa Manaus, n. 78, Apt. 401, bairro Cidade Alta, por Carta Precatória, sobre os termos da presente ação;

(c) Intimar a genitora do menor, *Daiane Rech*, prefacialmente qualificada, por carta precatória, sobre os termos da presente ação;

(d) cumpridas todas as formalidades legais, *em não havendo resistência ao pleito da autora pela curadora legal do seu esposo Sérgio, seja a adoção do infante pela autora e o marido decretada por sentença* (art. 47 da Lei n. 8.069/1990), por ser esta a única solução que atente aos mais altos, lícitos e verdadeiros interesses de Fabiano. (destaques no original)

Infere-se, pois, que, no pedido posto na exordial, a ora recorrida busca a adoção de F. R. G., pelo casal que antes formara com o já interditado Sr. S. da C. S., em que pese tenha ajuizado a ação individualmente e pleiteado a citação daquele, de quem, então, já se encontrava separada de fato, conforme assentou o v. acórdão estadual.

Nesse diapasão, infere-se que a discussão cinge-se em definir se a ação de adoção reúne condições para ser processada e julgada, tendo o ora recorrente como adotante, embora figure no polo passivo, no peculiar contexto em que posta em juízo e vai destacado: a) ação proposta exclusivamente pelo cônjuge virago, então já separada de fato do cônjuge varão, para adoção de menor sob guarda judicial do casal; b) ação contendo pedido de citação do pretenso pai adotante, já interditado por incapacidade mental em data anterior à da propositura da demanda de adoção pelo ex-cônjuge virago; e c) ação contestada pelo conjecturado adotante, representado por sua curadora.

O tema foi objeto de intensos debates no eg. TJ-RS, tanto que, no julgamento do aludido agravo de instrumento, deu-se inicialmente provimento a tal recurso para reconhecer a ilegitimidade ativa de S. da C. S., nos termos do v. acórdão do qual se extrai o seguinte excerto (fls. 421-423):

É manifesta a ilegitimidade ativa do falecido **Sérgio** para figurar na ação de adoção do menor **Fabiano**, ajuizada pela agravada **Izabel**.

Aliás, a decisão agravada, ao mantê-lo como adotante na ação principal, afronta ao disposto no art. 1.622, parágrafo único, e art. 3º, II, ambos do Código Civil em vigor.

À evidência que **Izabel**, autora do pedido de adoção do menor **Fabiano**, não poderia pleitear a adoção também em nome de **Sérgio**, e por dois motivos simples.

A uma, porque sustentou a condição de esposa dele, quando já se encontravam separados de fato, situação esta que já havia sido reconhecida por este Tribunal quando do julgamento do AI n. 70024196388, que entendeu como competente para julgar a ação de interdição de **Sérgio**, movida pela ora agravada, a Comarca de Canela, onde ele residia (fl. 1. 209 e s.).

E a duas, e principalmente, porque quando do ajuizamento do pedido de adoção do menor **Fabiano**, proposto por **Izabel**, ocorrido em 18.06.2008 (fl. 24 e s.), **Sérgio** já se encontrava sob curatela provisória deferida em 03.03.2008 nos autos da ação de interdição intentada (em 27.02.2008) pela sua filha **Moema**, tendo sido esta nomeada sua curadora provisória (fl. 164), cujo compromisso foi firmado em 04.03.2008 (fl. 166).

Destaco que a interdição provisória foi deferida ante a falta de condições neurológicas de **Sérgio** para julgamento crítico, o que comprometia sua capacidade para a prática dos atos da vida civil, conforme constou na decisão atinente (fl. 164).

Assim, como se vê, ao propor a ação de adoção, **Izabel** só tinha legitimidade para fazê-lo em seu próprio e exclusivo nome, porque com tal pedido seu ex-marido **Sérgio** não anuiu e não participou, seja pessoalmente ou através da sua curadora provisória, mormente considerando-se que, quando do ajuizamento de tal ação de adoção, ele já era incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil, ante a interdição provisória.

Na verdade, **Sérgio** não é e nunca foi autor na ação de adoção, proposta unicamente por **Izabel**, a qual se valeu da condição de "esposa" - quando já se encontrava separada de fato dele -, e do fato de ter em conjunto com **Sérgio**, a guarda judicial do menor **Fabiano** (deferida em agosto de 2004, fl. 42), para pleitear a adoção deste em favor dela e de **Sérgio**.

Contudo, como se viu, **Sérgio** não só não aderiu ao pedido de adoção, como não tinha capacidade para figurar no pólo ativo da ação, vez que era incapaz para tal ato, por já estar sob interdição provisória, deferida anteriormente ao ajuizamento do pedido de adoção.

Evidentemente que o exercício da guarda judicial de **Fabiano** por **Sérgio** e **Izabel**, não confere a ela legitimidade para postular a adoção em nome dele.

De outra banda, à evidência que também não há que se falar em adoção póstuma relativamente a **Sérgio**, por ele ter falecido (em 29 de setembro de 2008, fl. 109) no curso da ação de adoção.

Ora, se ele era parte ilegítima para figurar no pólo ativo da ação de adoção, porque **Izabel** não era sua curadora para representá-lo no pedido, não se está diante da hipótese prevista no art. 1.628 do CC/2002, que possibilita a adoção póstuma, quando o adotante vem a falecer no curso da ação.

Assim, da mesma forma, não incide o art. 42, § 5º, do ECA, que repete a regra do precitado art. 1.628 do CC/2002, no sentido de que a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Mas esse não é caso dos autos.

No caso em apreço, Sérgio não era adotante, porque não era autor do pedido de adoção. E não estava representado por sua curadora provisória (sua filha) para a anuência ao pedido. (grifou-se)

Posteriormente, em sede de embargos infringentes, a eg. Corte Estadual debruçou-se novamente sobre o tema, e, outra vez por maioria, chegou a conclusão oposta, dando agora provimento aos embargos infringentes e reconhecendo a legitimidade da promovente para pleitear a adoção em nome do casal antes formado com o *de cuius*. A título elucidativo, reproduz-se o seguinte trecho desse v. aresto (fls. 639-640):

O voto vencido na Câmara mantinha a decisão a quo, na origem, que afastou a alegação de ilegitimidade de Sérgio, ao fundamento, em síntese, de que tendo exercido a guarda judicial do adotando Fabiano, estaria configurado, pelo menos para fins de admissibilidade da ação, o procedimento prévio com vista a posterior adoção. Em contrapartida, a decisão majoritária no órgão fracionário, pelo reconhecimento da ilegitimidade do adotante, ensejaria questão terminativa da ação, culminando por cercear a produção de provas acerca da real intenção de Sérgio em adotar Fabiano.

A meu ver, sem adentrar no mérito da ação de adoção, porque pertencente à fase ulterior da ação, caso vencida a preliminar, o voto minoritário deve prevalecer, venia da douta maioria.

A uma, porque a ação não foi ajuizada em nome de Sérgio da C. S., mas por Izabel F. de A. S., por si e em representação do menor Fabiano, tendo sido requerida a citação de Sérgio, por meio de sua curadora, eis que até então se encontrava interditado. Não verifico, assim, afronta ao artigo 3º, II, do Código Civil vigente.

Tampouco haveria infringência ao art. 1.622, parágrafo único, do mesmo diploma legal, visto que a guarda judicial, caso seja considerada como período de adaptação e início dos procedimentos de adoção, foi deferida quando os guardiães eram casados entre si, em 18.08.2004 (fl.322), tendo a separação de fato ocorrido apenas em 2007, segundo alegado em contestação (fl. 349), o que encontra respaldo no art. 42, § 4º do ECA.

A relação jurídica paternal decorre ou do vínculo biológico, ou do liame sócio-afetivo, resultando este da posse do estado de filho. O reconhecimento da

paternidade socioafetiva deve vir, sempre, acompanhada do elemento anímico. Não havendo liame biológico, não se pode imputar paternidade a quem assim não deseja. Com efeito.

Em vista disso, sem pretender adentrar no mérito da questão posta em juízo, como dito anteriormente, solução futura que, no caso, independe do mero reconhecimento da legitimidade ad causam, os autos revelam, pelo menos, fundados indícios da intenção do de cujus em adotar Fabiano, decorrendo tal conclusão dos documentos de fl. 322 (termo de guarda), fls. 326 e 327 (cartas do adotante ao menor, nas quais se intitula “pai”), fl. 328 (bilhete de Sérgio à professora de Fabiano), fl. 329 (foto de Sérgio em festa do “Dia dos Pais” na escola de Fabiano), fls. 337/340 (declaração de bens e rendimentos, na qual Fabiano é declarado como dependente). Se é verdade que tais documentos são oponíveis à tese da adoção, o que seria matéria de fundo na ação proposta, revelam pelo menos a existência de relação afetiva entre Sergio e Fabiano, desafiando que a instrução venha a demonstrar, ou não, que dita relação estaria se encaminhando à adoção, possibilitando-a de forma póstuma, conforme previsão do art. 42 do ECA, em seu § 5º, quando manifesta a vontade do adotante que vier a falecer no curso do procedimento. (grifos acrescidos)

Cumpra agora sejam transcritas as normas legais mais relevantes para o exame deste recurso. Inicialmente, os arts. 3º, II, do Código Civil de 2002 e 42, § 5º, do ECA, assim dispõem, *in verbis*:

- CC/2002

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

(...)

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

.....

- ECA

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

(...)

§ 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

(Redação anterior à vigência da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009)

Para melhor compreensão da controvérsia, é importante frisar que o art. 42 do ECA foi alterado pela Lei n. 12.010/2009, a denominada “Lei da Adoção”

e, embora esta ação de adoção tenha sido ajuizada antes da entrada em vigência dessa lei, é valiosa a transcrição das seguintes regras do art. 42 do ECA, já com a nova redação:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

(...)

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A Lei de Adoção (12.010/2009) alterou o art. 1.618 e revogou, ainda, os seguintes dispositivos do Código Civil de 2002, cujas transcrições também se mostram pertinentes, pois vigentes à época dos fatos analisados pelo v. acórdão vergastado:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009)

Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º. O consentimento previsto no *caput* é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Parágrafo único. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Como se viu da transcrição do trecho do v. acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo de instrumento, por entender: (I) que a ação fora ajuizada pela ora recorrida, por si e representando o adotando, sob guarda, com pedido de citação do ora recorrente, com o que afastou a violação ao art. 3º do CC/2002; (II) antes da separação de fato, o casal tinha a guarda judicial do menor, fase antecedente e indicativa de intenção de adotar, rechaçando afronta ao art. 1.622 do CC/2002; (III) considerou também documentos a que se refere, um a um, como indícios de intenção do varão de adotar o menor; e (IV) nessas condições, entendeu viável o reconhecimento de adoção póstuma, prevista no art. 42 do ECA.

Nesta Corte, o tema referente à adoção póstuma foi examinado na eg. Terceira Turma, no julgamento do REsp 1.326.728/RS, de relatoria da em. *Ministra Nancy Andrighi*, ocasião em que se firmou, por maioria, o entendimento de que seria possível, em situações excepcionais, a adoção póstuma, antes mesmo de iniciado o processo de adoção. Eis a ementa do julgado:

Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. *Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade.* Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. *Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.*

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.326.728/RS, Rel. **Ministra Nancy Andriahi**, Terceira Turma, julgado em 20.08.2013, DJe de 27.02.2014; grifou-se)

Como se percebe, naquele caso, consideraram-se os valores sociais envolvidos e que os princípios a serem ponderados são deveras sensíveis e, por consequência, após intensos debates na ocasião do julgamento, chegou-se à maioria de três votos, sendo vencidos os eminentes *Ministros Ricardo Vilas Bôas Cueva e Sidnei Beneti*.

Mostra-se valioso homenagear o seguinte excerto do irretorquível voto vencido do Ministro *Sidnei Beneti*:

2.- Meu voto, com o maior respeito, diverge do voto da E. Relatora, e dá provimento ao recurso, compreendendo, evidentemente, os propósitos beneméritos que nortearam o julgamento na origem, mas *salientando a inconveniência de firmar tese jurídica de caráter nacional no sentido da admissibilidade de adoção póstuma como a do caso, em que não houve início de processo de adoção pela adotante-póstuma, nem se patenteou, antes do óbito, consistente manifestação no sentido de adotar.*

Os fundamentos, sintetizados pela Ementa do Acórdão recorrido, e que lhe marcam o quadro fático, não bastam ao deferimento do pedido de adoção póstuma, ou seja, *não é suficiente a ela, adoção postúma, anotar que “o apelado era tido pela falecida como verdadeiro filho”, único destaque fático do Acórdão, em caso em que não houve, pela falecida, nem começo de processo de adoção, nem atos preparatórios para esse começo (como a contratação de advogado ou atos semelhantes), nem documento nenhum dizendo que pretendia ela realizar a adoção.*

A afirmação de tese nacional no sentido do julgamento de origem significaria que todo caso de amparo a menor de idade, criando-o e dando-lhe sustento e apoio, redundaria em adoção ‘post-mortem’, o que, a rigor, produziria a consequência contrária de amparo a menores necessitados, ao fundado receio de que, passado o tempo e ocorrida a morte, viria a gerar-se pretensão a filiação adotiva, em detrimento dos filhos – lembrando-se que, no caso, há discordância de uma filha, cuja manifestação de vontade não pode ser discriminada como de menor importância diante do pensamento de outra filha concordante, de modo que a não pacificidade ajunta elemento fático de peso em prol da inexistência de intenção de adotar.

(...)

Os únicos preceitos legais que conferem fundamento a pedido de adoção póstuma, mas com o cuidado da exigência de início prévio do processo de adoção, estão nos arts. 1.618 do CC/2002 e no art. 42, § 2º, do ECA, na redação da Lei n. 12.010, de 3.8.2009.

Em ambos os dispositivos legais é exigido, expressamente, como requisito legal da adoção póstuma, que o óbito do adotante ocorra após o início do processo judicial (na redação atual, mais favorável ao adotando, expressamente: “se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.”

Se se estender a amplitude do preceito legal para hipótese próxima à do início do procedimento judicial, sempre será necessário o requisito da “inequívoca manifestação de vontade” do adotante em adotar, quer dizer, em atos preparatórios “inequívocos” de promover a abertura do procedimento judicial – não sendo bastantes laços afetivos, por mais elevados e fortes que sejam, dos quais não se infira, sem equívocos ou possibilidade de interpretação equivocada, a vontade de adotar.

5.- No caso presente, não se teve o processo judicial de adoção iniciado em vida pela própria falecida, nem se tem nenhum documento que comprove “inequívoca manifestação de vontade” de adotar.

Tem-se apenas o fato de que o autor foi “criado como filho”, ou que “era tido pela falecida como verdadeiro filho”, o que sem dúvida significa atuação elogiável de caráter benfazejo, sem, contudo, caracterizar prática de atos efetivos no sentido de adotar, ou, mesmo, sem exteriorizar subjetividade em adotar.

Nesse contexto, não indicando, contudo, intenção de adotar, vêm os atos documentais a respeito de fatos na vida em sociedade, relativos a quem “criado como filho”, os quais não levam a concluir pela intenção de adotar – fatos esses, enumerados pelo autor na inicial (e-STJ, fls. 3/4):

(...)

Esses documentos, todos, dispõem, como, neste ponto adequadamente disse a petição inicial, “todos a demonstrar inequivocamente o afeto, vinculação e harmonia existentes entre mãe e filho” (e-STJ, fls. 4), mas não indicam intenção de realizar a adoção, contra a qual ao menos uma das filhas se opunha.

Nem a inicial se abalçou a dizer que em algum desses documentos estivesse formulada a “inequívoca intenção” de adotar.

(...)

7.- Compreendendo-se, sem dúvida, o substrato humanitário do caso, mas não podendo firmar tese nacional no sentido do julgado, meu voto dá provimento ao Recurso Especial, julgando improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

O em. Ministro *Vilas Bôas Cueva* acompanhou o voto divergente, acrescentando:

O foco da questão está, salvo melhor juízo, detido na prova da manifestação inequívoca de vontade, necessária para que se admita a adoção póstuma.

Esse é o ponto, pois no Brasil há uma tradição arraigada de acolher crianças como “filhos de criação”, com o propósito de cuidar delas, mas não necessariamente de adotá-las.

A inequívoca declaração de intenção é indispensável para a demonstração da efetiva vontade do adotante.

Embora o precedente acima tenha alguma semelhança com o caso ora em exame, ressalta-se que neste discute-se não somente a possibilidade de adoção póstuma propriamente dita, mas também a legitimidade da promovente para envolver o recorrente como co-adotante, quando deste já se encontrava separada de fato, estando ele sob interdição, com curatela por terceiro. Portanto, além do aspecto da adoção póstuma, em ação não intentada pelo varão a quem se pretende impor a condição de adotante, o que ultrapassa os limites previstos em lei, tem-se a incapacidade absoluta do suposto adotante e a resistência manifestada por sua representante legal curadora, na contestação.

Nesse panorama, é forçoso reconhecer que inexistem as condições da ação (CPC/1973, art. 267, VI), em especial a legitimidade ativa da recorrida para demandar em nome do casal, envolvendo, assim, na ação de adoção também o cônjuge varão já interditado e dela separado de fato.

A adoção póstuma admitida na legislação reclama que o falecimento do adotante tenha ocorrido no curso de ação por ele proposta, e não contra si ajuizada por terceiro, mesmo que seja este o cônjuge separado de fato ou o próprio menor a ser adotado. A adoção póstuma há de ser admitida em ação ajuizada pelo pretendente adotante falecido.

Ademais, mesmo que se possa excepcionalmente admitir a dispensa da ação previamente ajuizada antes do óbito pelo adotante, como se entendeu no precedente mencionado, o art. 42, § 5º, do ECA (na redação anterior à vigência da Lei n. 12.010/2009 - vigente à época da propositura da ação de adoção e mesmo depois da nova lei), preconizava, e preconiza ainda, a necessidade de “(...) *inequívoca manifestação de vontade* (...)”.

Assim, *data venia*, o peremptório termo legal, “inequívoca manifestação de vontade”, não dá espaço, em interpretação razoável, a qualquer espécie de “presunção” de manifestação de vontade.

Na hipótese, colhe-se das decisões das instâncias ordinárias que o ora recorrente, promotor de justiça aposentado, portanto, conhecedor das leis, quando ainda solteiro e casado com a recorrida, requereu, conjuntamente com esta, em 18.3.2003 e obteve em 18.8.2004 a guarda judicial do menor. Conviveu

o casal, desde então, com a criança, em ambiente familiar, dedicando carinho e cuidados ao infante, até a separação de fato do casal ocorrida no ano de 2007. Nesse interregno, houve tempo bastante para o recorrente manifestar, por atos concretos, inequívoco propósito de adotar a criança sob guarda, mas nada requereu até adoecer e perder as faculdades mentais.

Note-se que, diferentemente da recorrida, o recorrente tinha filha biológica, fruto de anterior relação, o que, talvez, tenha influído em seu comportamento vacilante.

Como quer que seja, no caso em liça, não se pode presumir que o recorrente, S. C de S., então separado de fato e interditado, pretendesse adotar o menor F. R. G. conjuntamente com sua ex-esposa.

O fato de existir a guarda judicial do menor não conduz à presunção de que o então interditado desejava adotar, especialmente porque a referida guarda fora requerida e efetivada quando o casal estava em harmonia, ao passo que a ação de adoção vem proposta unilateralmente, pela recorrida, quando o casal já estava separado de fato, como bem assentou o v. acórdão estadual. Ademais, o pretense adotante encontrava-se acometido de enfermidade neurológica gravíssima que levou, inclusive, a sua interdição, tendo como curadora não a esposa, mas sim a Sra. M. Z. S., filha do recorrente, de anterior relação.

Avançando, na exordial da ação de adoção, no item “b” supratranscrito (*vide* fl. 35), consta o pedido de “citação” do recorrente, Sr. S. C. de S., na pessoa de sua curadora. Nesse cenário, não há como se reconhecer a “inequívoca intenção de adotar” por parte de pessoa já interditada e sem condições de dispensar cuidados ao adotando e que somente compareceu aos autos porque foi citado, contestando a pretensão.

Como sabido, nos termos do art. 213 do CPC/1973, a “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. Nesse jaez, a própria composição estrutural da ação proposta pela ora recorrida já revela a falta de condições da ação, pois não há como o adotante figurar como réu na ação de adoção, comparecendo aos autos para “se defender”, como se ocupasse a um só tempo, voluntariamente, o polo passivo da lide e, compulsoriamente, o polo ativo da mesma ação.

Finalmente, sem pretender confrontar qualquer precedente desta Corte que excepcionalmente tenha admitido a adoção póstuma em ação proposta somente após o falecimento do adotante, no caso dos autos não se verificam as condições da ação, tendo o v. acórdão recorrido violado o art. 267, VI, do CPC/1973, bem como os arts. 3º, II, e 1.618 do CC/2002, e 42 do ECA.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial para extinguir a ação de adoção, sem resolução de mérito, em relação ao ora recorrente, prosseguindo-se o feito com a ora recorrida, como promovente.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.582.069-RJ (2013/0229868-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Infoglobo Comunicações e Participações S/A

Recorrente: Leonardo Antonio Lima Dias

Advogados: José Perdiz de Jesus e outro(s) - DF010011

Renata Alves de Araújo e outro(s) - RJ129854

Vitor Perdiz de Jesus Borba e outro(s) - DF031770

Maria Estela Silva Guimarães - RJ139141

Recorrido: Mirosmar Jose de Camargo

Advogados: Walter Jose Faiad de Moura - DF017390

Marcelo Coelho de Moraes - RJ132024

Benedicto Celso Benício Junior e outro(s) - RJ137395

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Liberdade de imprensa. Responsabilidade pelo excesso imputada *a posteriori*. Coluna de fofocas. Especulação falsa acerca de paternidade de pessoa famosa. Ofensa a direito de personalidade. Configuração. Valor da indenização. Degradação. Adequação.

1. Conforme se extrai do voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI 4.815/DF, “o dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando

dano a terceiro. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro”.

2. A liberdade de imprensa - embora amplamente assegurada e com proibição de controle prévio - acarreta responsabilidade *a posteriori* pelo eventual excesso e não compreende a divulgação de especulação falsa, cuja verossimilhança, no caso, sequer se procurou apurar.

4. Gera dano moral indenizável a publicação de notícia sabidamente falsa, amplamente divulgada, a qual expôs a vida íntima e particular dos envolvidos.

5. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais quando este se mostrar ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que o valor foi estabelecido na instância ordinária de forma desproporcional à gravidade dos fatos.

6. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo do relator no tocante ao valor da indenização, e a retificação dos votos do Ministro Luis Felipe Salomão e da Ministra Maria Isabel Gallotti para acompanhar a divergência instaurada pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, a Quarta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Galotti, que lavrará o acórdão. Vencido, em parte, o relator. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Infoglobo Comunicações e Participações S/A* e *Leonardo Antonio Lima Dias*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição federal, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se da inicial que *Mirosmar José de Camargo* ajuizou ação de reparação de danos em face dos ora recorrentes, aduzindo ter sofrido dano moral pois, enquanto famoso cantor, conhecido no Brasil e exterior pelo nome artístico *Zezé Di Camargo*, em data de 12 de março de 2010, foi surpreendido pela publicação no “Jornal Extra” do Rio de Janeiro, na coluna “Retratos da Vida”, assinada pelo colunista Leonardo Dias (corrêu) com a informação de que poderia ser o pai da filha da Sra. Mariana Kupfer, então grávida de sete meses.

Posteriormente, matéria similar foi publicada também na internet, no *site* www.extra.globo.com, com os mesmos dizeres daquela, todavia, com a seguinte manchete: “Amigas de Mariana Kupfer dizem que ela está grávida de Zezé de Camargo”.

A partir da veiculação de tal conteúdo pelos réus, a notícia espalhou-se rapidamente, sendo inclusive capa de algumas revistas. A partir de então, o autor e sua família passaram a receber diversas ligações e, a despeito da Sra. Mariana Kupfer, inclusive, ter divulgado notas desmentindo os tópicos, esses “trouxeram e ainda trazem constrangimentos ao autor”, pois refletiram negativamente em sua vida pessoal e profissional, notadamente por “prestar informações a diversos jornais e revistas, sem contar as inúmeras notas por sua assessoria de imprensa”, o que poderia ter sido facilmente evitado acaso os réus tivessem checado a veracidade da informação divulgada.

Pleiteou a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização, dando como parâmetro o valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

Citados os réus, esses contestaram o feito (fls. 130-144), aduzindo, em suma, a ausência de comprovação dos danos alegados e a incoerência de abalo ante o fato do demandante ser pessoa pública que há anos “ocupa a manchete dos principais jornais, revistas e programas televisivos, que noticiam, dentre outras coisas, supostas ‘escapadas’ do autor e a separação do casal, nunca tendo havido qualquer preocupação na preservação de sua imagem”.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para condenar os réus, solidariamente, à reparação do dano moral, atribuindo a esse o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), devidamente corrigido e com juros da data do evento danoso até o efetivo pagamento, bem ainda ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ambas as partes apelaram, o autor objetivando a majoração do *quantum* indenizatório e os réus a improcedência do pedido. O Tribunal carioca deu provimento ao apelo dos demandados e desproveu o do autor, nos termos da seguinte ementa:

Ação indenizatória por danos morais. Notícia jornalística. Indicação de possível paternidade. Improcedência do pedido que se impõe.

1. Conhecido cantor sertanejo a quem foi atribuída a possibilidade de ser o pai da criança esperada por também famosa atriz;

2. Notícia publicada em coluna especializada em “fofocas” do mundo artístico e que apenas afirmou haver rumores da paternidade. Na mesma notícia já constava o desmentido da assessoria do cantor;

3. A lide deve ser apreciada no contexto social em que surge. E no nosso sistema latino-americano de moralidade, ser apontado como responsável pela gravidez de exuberante atriz não gera qualquer desdouro para o Autor. Muito pelo contrário.

4. Ausência de efetivo abalo à carreira ou boa imagem do Autor, que já frequentava os noticiários anteriores com rumores sobre o fim de seu casamento e relacionamento com outras mulheres;

5. Recurso da empresa jornalística conhecido e provido para se julgar improcedente o pedido indenizatório. Recurso do Autor improvido.

Opostos embargos infringentes pelo acionante, foram acolhidos, com a modificação do acórdão em julgado assim ementado:

Apelação cível. Direito Constitucional. Ação indenizatória. Publicação de nota jornalística. Responsabilidade subjetiva. Reparação por danos morais.

1. É certo que o direito à liberdade da manifestação do pensamento e de comunicação, previsto no art. 220, *caput*, da CRFB/1988, deve ser exercitado com responsabilidade, a fim de não serem violadas a honra e a imagem de qualquer pessoa.

2. Assim é que, se, por um lado, não se admite a censura ou qualquer espécie de restrição aos órgãos de comunicação, com o escopo de proteger um dos

direitos mais caros à nação, qual seja, o da liberdade de expressão, por outro lado, deve-se coibir o abuso e eventuais desvios praticados com o intuito não de informar, mas de ofender e difamar, preservando-se, enfim, os direitos também fundamentais à honra e à dignidade da pessoa humana.

3. Na hipótese dos autos, verifica-se que os réus extrapolaram os limites da simples informação ao divulgarem notícia anônima, cuja veracidade sequer poderia ser certificada, com o claro intuito de fabricar notícia e chamar a atenção do público, aumentando as vendas dos exemplares do jornal em comento.

4. O texto veiculado não possui qualquer intento informativo ou instrutivo, mas expunha, desnecessariamente, a vida íntima e particular dos envolvidos, especialmente do ora embargante.

5. Notícias inverídicas ou fabricadas devem ser evitadas e repreendidas, pois representam abuso do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, abuso este cuja repercussão pode ser maior do que a inicialmente esperada, ensejando consequências graves, já que o dano, em tais casos, dificilmente pode ser consertado.

6. Há que se ter responsabilidade na publicação de matérias na imprensa, cuja finalidade deve ser, sobretudo, informar corretamente acerca de fatos existentes, não cria-los, maliciosamente.

7. Ainda que não se tenha comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato, sua repercussão negativa, nesse caso, é presumida, em razão da situação constrangedora provocada ao embargante e seus familiares.

8. Destarte, entendo que deve prevalecer o entendimento do voto vencido, de relatoria da Des. Lúcia Maria Miguel da Silva Lima, que mantinha a sentença condenatória.

9. Provimento do recurso para reformar o v. acórdão de fls. 338/341 e tornar prevalente o voto vencido de fls. 342/348, que mantinha a sentença condenatória, em seus próprios termos.

Opostos embargos de declaração pelos réus, esses foram rejeitados pelo acórdão de fls. 459-461.

Nas razões do recurso especial (fls. 463-508), alegam as insurgentes, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do CPC/1973; 186, 188, inciso I, 927 e 944 do Código Civil.

Sustentam, em síntese: a) negativa de prestação jurisdicional em razão de não ter o Tribunal *a quo* se manifestado acerca de questões imprescindíveis ao correto julgamento da controvérsia, notadamente a manifestação acerca dos artigos 186, 188, inciso I, 407, 927, *caput*, e 944 do Código Civil; b) ausência dos requisitos para a responsabilização civil, pois não comprovados o dano, o nex

causal e o dolo ou a culpa na atuação daqueles a quem se imputa a prática do ato reputado como ilícito; c) subsidiariamente, caso não acolhido o afastamento da responsabilidade civil, pleiteiam a redução do valor indenizatório fixado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por ser exorbitante; d) o termo inicial dos juros moratórios deve ser a data da decisão na qual fixada a verba indenizatória.

Contrarrazões às fls. 584-595.

Inadmitido o recurso na origem, adveio o agravo (art. 544 do CPC/1973) visando destrancar aquela insurgência, o qual este signatário acolheu e determinou a sua conversão em recurso especial para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Recurso especial. Ação condenatória por dano moral decorrente de alegada violação a direito de personalidade derivado de publicação de nota em coluna de “fofoca” de jornal. Tribunal *a quo* que reformou decisão de primeiro grau e acolheu o pedido para condenar os réus ao pagamento de indenização.

Insurgência recursal dos demandados.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia a respeito da responsabilidade civil de órgão de comunicação e respectivo jornalista pela publicação de nota (fofoca) veiculadora de alegada lesão ao patrimônio moral do autor, pessoa conhecida e famosa no cenário artístico brasileiro.

1. Quanto à apontada violação dos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do CPC/1973, aplicável à hipótese o óbice da Súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irrisignação dos recorrentes, uma vez que apenas alegaram, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido.

2. Inaplicável o óbice sumular n. 7/STJ, pois incontroverso o teor da notícia veiculada pelos recorrentes e, estando tal conteúdo afeto exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis,

expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes.

3. No caso, a nota publicada não encontra amparo na liberdade de expressão, visto não se extrair de seu teor qualquer manifestação de ideia, tese, pensamento do locutor, mas apenas a veiculação de notícia especulativa sobre fato concreto concernente à gravidez de famosa atriz. Está, sim, vinculada especificamente à liberdade de imprensa, que não admite censura ou restrições prévias aos órgãos de comunicação, uma vez que considerados veículos formadores e informadores da opinião pública, face a influência que exercem sobre o comportamento social e estatal, por meio da revelação de fatos/acontecimentos cuja informação é socialmente relevante em todas as esferas cujo destaque/realce seja considerado importante para o receptor da notícia.

4. A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação, essa que deve ser analisada sob a ótica do receptor. Assim, acaso exposta a vida íntima, e violada a honra/dignidade do indivíduo noticiado em razão da falsa informação ou em virtude do excesso na exposição da intimidade alheia, exposição midiática essa que diga respeito única e exclusivamente ao âmbito privado da pessoa, tem-se caracterizada a violação, não por cerceio à manifestação do pensamento/informação, mas por excesso cometido pelo órgão da comunicação.

5. Na espécie, a notícia fora veiculada em coluna específica, largamente conhecida e considerada de “fofoca”, sendo que tanto o articulista quanto a empresa jornalística se cercaram dos procedimentos reputados necessários para salvaguardar o direito de resposta aos envolvidos até mesmo antecipadamente à divulgação da nota, tanto que no próprio corpo da matéria já veicularam a não confirmação do fato segundo a aversão do artista. Ainda que ocorra, de algum modo, a exposição da vida íntima de pessoa pública famosa, é inegável que o cantor em evidência é personalidade que, em razão da posição social ocupada, possui, sim, a esfera de sua vida privada sensivelmente reduzida.

5.1 O artista que atua junto ao público, talvez mais do que qualquer outro profissional, sujeita-se a casuais indisposições/infortúnios decorrentes de boatos relacionados à sua carreira e vida

privada face o interesse que o encanto pela sua personalidade exerce perante a sociedade, motivo pelo qual afigura-se inviável pressupor, à generalidade, eventual potencialidade ofensiva em afirmação notoriamente expedida à guisa de comentário acerca de falatório oriundo desse ambiente, visto que o dano moral deve ser constatado mediante a análise concreta da sua efetiva ocorrência.

5.2 Não se evidencia, na hipótese ora em foco, a alegada potencialidade ofensiva, notadamente em virtude de o próprio Tribunal *a quo* afirmar não ter sido “comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato”.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar.

1. Quanto à preliminar de violação dos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do CPC/1973, aplicável à hipótese o óbice da Súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação dos recorrentes, uma vez que apenas alegaram, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem demonstrar, de forma objetiva, a imprescindibilidade da manifestação sobre tais artigos.

Há somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido, motivo pelo qual inviável o acolhimento da apontada negativa de prestação jurisdicional. Assim, ante a deficiente fundamentação do recurso nesse ponto, incide a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicada por analogia: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*”.

Nesse sentido: AgRg no AREsp 578.636/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10.03.2015, DJe 16.03.2015; AgRg no AREsp 511.129/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05.03.2015, DJe 12.03.2015; AgRg no REsp 1.348.147/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 10.03.2015; REsp 1.352.486/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 03.02.2015, DJe 12.02.2015.

Ademais, verifica-se que as deliberações tomadas pelo Tribunal carioca possuem fundamentação clara e robusta, não sendo possível acolher a preliminar

tão somente em razão de aquela Corte ter julgado contrariamente aos interesses dos ora insurgentes.

2. Cinge-se a controvérsia a respeito da responsabilidade civil dos réus pela autoria e publicação de nota jornalística (fofoca) supostamente veiculadora de lesão ao patrimônio moral do autor, pessoa conhecida e famosa no cenário artístico brasileiro.

Antes, porém, de elencar a fundamentação jurídica sob a qual se ampara este signatário para conferir trânsito à insurgência, com a efetiva aplicação do direito à espécie, afigura-se imprescindível realizar a transcrição *in totum* da nota publicada, que está expressa no acórdão dos embargos infringentes com o seguinte teor:

Pronto, Falei!

- Grávida de 7 meses de Victoria, Mariana Kupfer esconde a sete chaves a identidade do pai de sua filha.

Quando questionada, a moça ri, faz rodeios, sai pela tangente. As amigas mais próximas da moça, no entanto, andam espalhando por São Paulo que ela está grávida de Zezé di Camargo e que só não contou antes para preservar o casamento do cantor.

- Procurada, a assessoria de imprensa de Zezé negou que ele seja o pai do bebê de Mariana e afirmou que os dois não se conhecem. O cantor classifica a história como “absurda” e diz que “não há a menor possibilidade de ele ter engravidado Mariana”.

Como se vê, incontroverso é o teor da nota publicada, o que afasta a aplicação do óbice da Súmula 7/STJ ao caso, pois não estão os recorrentes pretendendo a modificação dos fatos, pois, inclusive, confirmam o ocorrido em todas as peças processuais.

Sobre a questão envolvendo o mencionado óbice sumular, não se pode olvidar a existência de julgados desta Corte de Justiça que aplicam o aludido enunciado, em casos nos quais também se discute a existência de responsabilidade civil decorrente de publicação de matéria jornalística, tenha ela sido realizada de forma escrita ou verbalizada, impressa, televisionada, constante em blogs, sites, redes sociais, dentre outros. Cita-se, a propósito: AgRg no AREsp 7.023/SE, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 30.04.25013 e AgRg no AREsp 36.522/RJ, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 04.12.2013.

Certamente, a aplicação do enunciado é casuística, baseada nas peculiaridades de cada hipótese em exame, bem como nas razões da insurgência, cuja pretensão afigura-se tendente ao indevido revolvimento de provas.

Contudo, em hipóteses como a que ora se apresenta, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do Enunciado n. 7/STJ.

Nesse sentido:

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Matéria jornalística considerada lesiva à honra do autor baseada em informação prestada pelos recorridos. Dissídio jurisprudencial. Similitude fática não demonstrada. Responsabilidade subjetiva. Art. 186 do CC/2002. Elementos. Ação ou omissão enexo causal incontrovertidos. Potencialidade ofensiva dos fatos. Valoração da prova. Ausência do obstáculo da Súmula 7/STJ. (...) 4. Cingindo-se a controvérsia à valoração da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, ou seja, matéria jurídica de interpretação do alcance dos arts. 186 do CC/2002 e art. 159 CC/1916, não há que se falar em óbice da Súmula 7/STJ. (...) 9. Recurso especial provido. (REsp 884.009/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10.05.2011, DJe 24.05.2011)

Nessa linha de entendimento, destacam-se inúmeros julgados deste Tribunal Superior que adentraram na análise meritória dos feitos e decidiram sobre a existência de responsabilidade civil decorrente de publicação de matéria jornalística, reformando-se, em muitos deles, o desfecho conferido pela instância precedente. A propósito: REsp n. 801.109/DF, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 12.03.2013 e REsp 296.391/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 06.04.2009.

2.1 Cabe fazer uma breve digressão acerca da ausência, no caso, de violação à *liberdade de expressão*, porquanto *não é o que se apresenta na hipótese ora em julgamento, haja vista não constituir a nota publicada opinião, crítica, pensamento, tese, ideia, do locutor.*

O princípio da liberdade de expressão resulta da atribuição de significado ao texto do inciso IV do art. 5º da CF/1988, que prevê “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como do inciso IX do mesmo artigo da Carta Magna, que dispõe “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A liberdade de expressão, por suas características, permanece em constante tensão com outros bens constitucionalmente protegidos e assume particular relevo diante do avanço dos meios de comunicação, quando se tornam muito tênues os limites jurídicos entre os fatos da vida privada de uma pessoa pública que podem ou não ser noticiados, comentados, expostos, criticados, ponderados, explicados, interpretados, caçoados, etc.

Afinal:

(...) os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Fala-se, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93)

Esse, como qualquer outro princípio, não contém em si um caráter absoluto, capaz de se fazer impor e sobrepor aos demais valores constitucionalmente garantidos, pois, como esclarece o Ministro Luís Roberto Barroso, coexiste com os demais princípios constitucionais:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um (valor constitucional) sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (Barroso, Luis Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 265).

*Assim, a nota publicada não encontra amparo na liberdade de expressão. Está afeta à **liberdade de imprensa** tanto que a controvérsia foi analisada pelas instâncias ordinárias em estreita vinculação ao capítulo da comunicação, notadamente do artigo 220, caput, da Constituição Federal, assim redigido:*

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Nessa ordem, o valor da intimidade/dignidade, positivado constitucionalmente como princípio extraído do texto do artigo 5º, inciso X,

da Constituição Federal que prevê “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, ante a aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante o uso a técnica da ponderação de interesses, o qual, diga-se - somente pode ser realizado no contexto do caso concreto -, *pode* se contrapor ao valor positivado da liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa constitui efetiva manifestação de direito público, sendo instrumento de sustentação do pacto constitucional, que visa proteger e salvaguardar um dos direitos mais fundamentais da nação - a liberdade de expressão - motivo pelo qual não se admite censura ou restrições *prévias* aos órgãos de comunicação. É o veículo formador e informador da opinião pública, face a influência que exerce sobre o comportamento social e estatal, por meio da revelação de fatos/acontecimentos cuja informação é *socialmente relevante*, não só no campo econômico, político, histórico, tecnológico, científico, mas também em todas as esferas cujo destaque/realce seja considerado importante para o *receptor da notícia*.

Não se olvida que esta Corte já tenha externado entendimento no sentido de que a mera curiosidade movida pelo diletantismo de alguns, tanto na divulgação de notícias, quanto na busca de fatos que exponham a vida íntima, notadamente, daquelas pessoas com alguma notoriedade no campo midiático, não é de ser encarada como de interesse social, a justificar a atenção dos organismos de imprensa, como ponderou o e. Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp n. 713.202/RS.

Porém, a análise ali realizada estava limitada à ponderação dos valores envolvidos naquela demanda específica, à magnitude e o formato da notícia, os danos efetivamente causados às partes *naquele específico caso*, haja vista que a fim de constatar eventual e singela prevalência de um princípio sobre o outro, é necessário realizar uma adequada ponderação entre esses valores na determinada e singular conjuntura submetida ao crivo do judiciário.

Não se afigura possível transcender a análise pontual realizada em uma determinada circunstância para outras situações, ainda que similares, porquanto a avaliação e proporcionalidade dos valores envolvidos é realizada de forma rigorosa e particular e não mediante o cotejo fático entre os julgados a fim de estabelecer o liame norteador da deliberação.

Pontuado isso, é efetivamente importante ressaltar que, em se tratando de pessoa notória/famosa, o âmbito de sua vida privada reduz-se, de forma sensível,

pois no tocante às pessoas célebres, a coletividade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações experimentadas, os interesses e desejos, bem ainda as peculiaridades. Isso não conduz, necessariamente, à afirmação de que toda e qualquer nota/notícia/comentário divulgado a respeito da pessoa pública seja considerado permitido, não ofensivo, incapaz de gerar efeitos/danos à intimidade e imagem.

A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação - acaso exposta a vida íntima, e violada a honra/dignidade da pessoa noticiada, seja em razão da inverossimilhança da informação ou em virtude do excesso na exposição da intimidade alheia, exposição midiática essa que diga respeito única e exclusivamente à esfera íntima da vida privada do indivíduo - tem-se a violação à liberdade de imprensa, não por cerceio à manifestação do pensamento/informação, mas por excesso cometido pelo órgão da comunicação.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Direito Civil. Imprensa televisiva. Responsabilidade civil. Necessidade de demonstrar a falsidade da notícia ou inexistência de interesse público. Ausência de culpa. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos.

- A lide deve ser analisada, tão-somente, à luz da legislação civil e constitucional pertinente, tornando-se irrelevantes as citações aos arts. 29, 32, § 1º, 51 e 52 da Lei n. 5.250/1967, pois o Pleno do STF declarou, no julgamento da ADPF n. 130/DF, a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/1988.

- *A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.*

- *A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.*

- *O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.*

- *O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque*

os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição.

Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

- A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatário. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional.

- A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.

Recurso especial provido.

(REsp 984.803/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe 19.08.2009)

Certamente, os operadores do direito há muito se dedicam a analisar os efeitos das manifestações de pensamento/comunicação, tendo, inclusive, no âmbito penal, procurado penalizar aqueles que cometem injúria, calúnia e difamação, crimes integrantes do denominado “trio da fofoca”. Fofoca, boato, falatório, mexerico, especulação, todos são sinônimos do ato de fazer afirmações não baseadas em fatos concretos.

A mídia, por intermédio de todos os seus canais de comunicação, não tem sua esfera de atuação limitada à divulgação de fatos políticos, econômicos, sociais, tecnológicos, científicos, históricos, dentre outros considerados especialmente relevantes por serem considerados formadores de opinião pública, e também instrutivos/educativos. Os meios de comunicação se valem de informações por vezes consideradas supérfluas e sem relevância sob a ótica de determinados receptores da notícia, porém, isso não inviabiliza que outros a

considerem extremamente significativa, afinal, as singularidades e interesses dos destinatários é múltipla. Sob essa ótica, a vida pública e particular de pessoas famosas são temas constantemente visitados, tanto em virtude da popularidade, quanto em razão de a coletividade ter maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima e particular face o encanto pelo seu trabalho artístico.

Não se olvida, também, que os indivíduos popularmente famosos, ao utilizarem a sua imagem, enquanto pessoa pública, fazem uso dos meios de comunicação para se manterem nesse *status*, sendo sabedores de que em virtude disso o âmbito de sua privacidade fica reduzido, bem ainda de, em certa medida, esse fascínio ser a razão pela qual a sua popularidade é ampliada e/ou mantida.

Pois bem, no caso concreto, o Tribunal de origem, especificamente no acórdão dos embargos infringentes, afirmou terem os réus extrapolado “os limites da simples informação ao divulgarem *notícia anônima, cuja veracidade sequer poderia ser certificada, relacionada à vida pessoal do autor*, com o claro intuito de fabricar notícia e chamar a atenção do público, aumentando as vendas dos exemplares do jornal em comento”, bem ainda de o texto veiculado não possuir “qualquer intento informativo ou instrutivo”. (fls. 447) - sem grifos no original

Aduziu, também o seguinte: “*ainda que não se tenha comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato, sua repercussão negativa, nesse caso, é presumida, em razão da situação constrangedora provocada ao embargante e seus familiares*”. (fls. 448) - sem grifos no original

Não se desconhece que a informação sob o ponto de vista dos intelectuais e educadores careça de fins instrutivos, tendentes a formação erudita/escolástica dos interlocutores da notícia. Efetivamente, a nota publicada, bem ainda vultosa quantidade de informes difundidos por órgãos de imprensa, notadamente dos meios de comunicação que exploram o referido fascínio de fãs, pouco ou nada contribuem para o desenvolvimento de uma sociedade do conhecimento, com educação, instrução, preparo de uma coletividade com foco, apenas, no crescimento e progressão da humanidade. *Entretanto, nem por isso deixam de contribuir para o fomento da recreação, do divertimento, entretenimento e, mesmo, para com a cultura e artes.*

Como visto, a relevância social da informação não é limitada aos campos da economia, política, tecnologia, história, ciência, dentre outros; a pertinência vincula-se a todos os assuntos cuja mensagem seja considerável para o receptor da notícia, na hipótese, leitores da coluna de “fofoca” Retratos da Vida do Jornal Extra do Rio de Janeiro.

Em que pese seja discutível o destaque público da informação quando analisada apenas pela ótica de seus destinatários, certo é que *a divulgação da matéria cercou-se dos procedimentos reputados necessários para salvaguardar o direito de resposta aos envolvidos*, isto é, a sua versão quanto ao fato veiculado, motivo pelo qual ainda que tenha de algum modo exposto a vida íntima e privada de pessoa pública famosa, acautelou-se para, de imediato, divulgar, com a mesma evidência, o desmentido sobre o episódio tratado na matéria.

O artista, talvez mais do que qualquer outro profissional evidenciado ao público, sujeita-se a casuais indisposições/infortúnios decorrentes de boatos relacionados à sua conduta profissional e vida privada face o interesse que o encanto pela sua personalidade exerce perante a sociedade, motivo pelo qual afigura-se inviável pressupor, à generalidade, a eventual potencialidade ofensiva do falatório, visto que deve ser evidenciado mediante a análise concreta de sua ocorrência.

E no caso ora em foco, *não se evidencia a alegada potencialidade ofensiva, notadamente em virtude de o próprio Tribunal a quo afirmar não ter sido “comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato”* (fls. 448).

Ora, não se afigura possível presumir o dano moral na espécie, pois a despeito de a análise permear eventual lesão a direito da personalidade (imagem, honra, privacidade) - dano moral objetivo que enseja prejuízo a partir da simples violação da proteção a ele conferida -, *no caso, esse atentado não ocorreu, face a ausência da aventada capacidade invasiva/prejudicial do comunicado publicado, obviamente, levando-se em conta tratar-se de pessoa pública famosa.*

Pela simples averiguação do informe veiculado, verifica-se não se tratar de notícia anônima cuja veracidade sequer poderia ser certificada como afirmou o Tribunal *a quo*. Diversamente, constitui declaração fidedigna sobre fato/evento concreto ao relatar estar famosa atriz grávida de sete meses, e de esta não declinar, em que pese questionada, a identidade do pai da criança.

Em razão das amigas da gestante terem alardeado a possibilidade de célebre cantor ser o genitor da infante, *a própria nota jornalística informa, imediatamente, ter procurado a assessoria de imprensa do sertanejo para que se manifestasse sobre o boato, oportunidade na qual, considerando o mexerico absurdo, afirmou, categoricamente, não ser ele o pai da criança, pois nem mesmo conhecia a referida atriz*, tendo tal informação sido expressamente mencionada na referida proclamação.

Ou seja, contrariamente ao afirmado pela Corte carioca, *antes mesmo da publicação da nota, fora desde logo apurada a inveracidade da fofoca relacionada à paternidade da bebê*. Tanto é que, a própria atriz veio a público confirmar, tal como já referido pela assessoria de imprensa do cantor e referido na nota, não ser ele o pai de sua filha, oportunidade na qual declarou ter realizado procedimento de concepção artificial.

No Código de Ética dos jornalistas FENAJ (Federação Nacional dos Jornalistas, 2010) encontram-se os dispositivos que remetem à obrigação de relatar a verdade:

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

I - a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente da linha política de seus proprietários e/ou diretores ou da natureza econômica de suas empresas;

II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

[...]

Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

Art. 7º O jornalista não pode:

[...]

II - submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação;

Art. 12. O jornalista deve:

[...]

VI - promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi o responsável;

O conceito de verdade se consubstancia em noticiar sem criar, distorcer ou deturpar fatos, porquanto o jornalista, em razão da sua função e do atendimento aos fins dos organismos de comunicação (imprensa), tem a obrigação de ser honesto e veraz.

Independente dos critérios adotados para se estabelecer a “verdade”, muitas vezes múltipla em razão da visão dos personagens envolvidos na divulgação, deve-se levar sempre em consideração a dificuldade existente para apurá-la, notadamente quando a declaração acerca de fatos/acontecimentos sejam relacionados à vida privada dos indivíduos. Por essa razão, a reportagem deve sempre contemplar todas as versões existentes sobre os fatos divulgados.

É comum e equívoco que o jornalista somente se refira a um desdobramento da história, diga-se, *o que não aconteceu no presente caso*. Para ser um fiel transmissor de informações e prevenir-se de responsabilidade deve o divulgador buscar todas as versões ou, ao menos, publicar aquela de quem poderia ser prejudicado pela informação. Demais disso, deve, também o jornalista torna-se acessível a versões que venham a surgir ulteriormente, colocando-se a disposição para divulgá-las e assim contribuir para a melhor explicação do fato.

Na hipótese, diversamente do mencionado pelo Tribunal *a quo*, não ocorreu a alegada fabricação maliciosa/ardilosa de notícia inverídica, mas apenas a divulgação de fato envolvendo a gravidez de atriz com a apuração preliminar acerca da versão do cantor sertanejo quanto à hígidez dos boatos envolvendo a paternidade, boatos esses que, não se olvide, estavam efetivamente ocorrendo.

Ademais, como mencionado pelo próprio demandante, a notícia não fora publicada em primeira página de grande jornal, mas sim em coluna especializada em “fococas” do mundo artístico. Pela simples leitura da nota não se depreende tenha afirmado categoricamente que o autor era o pai da criança, mas apenas, que amigas da atriz grávida aventaram a possibilidade - *diga-se, prontamente rechaçada, inclusive antes da divulgação ao público leitor* - de a paternidade ser do cantor, tendo feito publicar na mesma oportunidade o desmentido pela assessoria do sertanejo, ou seja, divulgando as versões existentes sobre o fato considerado, notadamente daquele que poderia se sentir prejudicado pela publicação da informação.

E, também, consoante afirmado pelo relator do acórdão da apelação, não há qualquer dano efetivo oriundo da notícia, pois “como demonstrado na resposta, o autor já apareceu em noticiários anteriores com rumores sobre o fim de seu casamento e relacionamento com outras mulheres (fls. 159, 161, 162, 167/169)”.

Assim, restou incontroverso que a notícia decorreu de publicação de fofoca em setor do veículo de comunicação conhecido por tal prática.

A. e. Ministra Nancy Andrighi, no bojo do REsp n. 1.082.878/RJ, julgado em 14.10.2008, assim afirmou:

Não se desconhece, inclusive, que em certas profissões – por exemplo atores e atrizes de televisão, músicos, dançarinas, jogadores de futebol – a divulgação das chamadas “fofocas” chegam, em certos casos, até mesmo a beneficiar-lhes, contribuindo com a idéia de *glamour* que ronda tais carreiras.

Célebres cantores e artistas, que encantam multidões, como é o caso do autor, geram em seu público um verdadeiro sentimento de afeto, motivo pelo qual o que se passa na vida particular do artista interessa, em grande medida, ao público de maneira geral, indo além do encanto pelo trabalho artístico propriamente dito.

Desta forma, mediante a rigorosa avaliação da proporcionalidade dos valores envolvidos, a magnitude do informe (jornal local), o formato da notícia (fofoca em coluna específica para referência a famosos) e a ausência de comprovação dos danos causados à parte autora no presente feito, impositiva a prevalência da liberdade de imprensa no presente caso, ante a ausência de ofensa aos direitos da personalidade (imagem, honra, privacidade).

3. Do exposto, passada a preliminar, dou provimento ao recurso especial a fim de julgar improcedente o pedido inicial, nos termos do acórdão da apelação. Custas e honorários advocatícios sucumbenciais pelo autor, esses últimos restabelecidos consoante delimitado pelo acórdão da apelação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), 10% do proveito econômico da demanda, nos termos do artigo 85, § 2º do NCPC.

Ante o provimento do principal, ficam prejudicados os pleitos subsidiários relacionados aos juros moratórios e valor da condenação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Senhora Presidente, Colegas, ouvi com atenção a combativa sustentação e também o voto que nos traz o Ministro Marco Buzzi, com precisão.

Essa questão, de fato, é tormentosa, mas, nesse caso, a solução, parece-me, como foi engendrada pelo eminente Relator, fica de alguma maneira mais simplificada. Isso porque, penso eu, ele destaca muito nitidamente alguns aspectos que são adequados na ponderação que Sua Excelência fez para a resolução do caso concreto, na ponderação de valores, na ponderação de princípios.

O primeiro ponto que ele destaca, que é realmente relevante, é a natureza da notícia. Não se trata de uma opinião, trata-se de uma notícia. E, muito importante, uma notícia veiculada em um jornal e em um local próprio para essas notícias relacionadas à vida privada de artistas. Não se trata aqui de um jornal ou de um ponto do jornal em que se fala de economia ou de política, o que seria uma invasão, uma distorção. Aqui se trata justamente de uma coluna própria para isso. Quem lê é quem quer saber da vida efetivamente de artistas, de pessoas importantes; portanto, no local adequado.

O segundo aspecto é a natureza da notícia. Não foi veiculado em nenhum momento que ele seria o pai. A notícia diz: está circulando que as amigas mais próximas da moça andam espalhando por São Paulo que ela está grávida de Zezé Di Camargo. Basta acessar a internet e verificar que esse boato era verdadeiro, há efetivamente essa notícia espalhada. Por outro lado, como ressaltou o eminente Relator, na mesma notícia já veio o desmentido dele próprio. Ele disse: “Não, o filho não é meu”.

Por fim, além desses aspectos também destacados pelo eminente Relator, há a natureza bastante distinta da situação de outros precedentes que julgamos, porque aqui se trata de um cantor. Naquele caso invocado também pelo Relator, relacionado a uma notícia em que afirmamos o dano à honra, o recorrido era o treinador Paulo Roberto Falcão, e naquela situação, julgada aqui na Quarta Turma, minha relatoria, houve ampla divulgação de uma entrevista da ex-companheira em que ela assacava contra a honra dele. Ali o jornal se propunha a propalar essas declarações. Coisa absolutamente diferente da que ora está em exame.

De modo que as pessoas que são públicas, notadamente os artistas, com a sua vida privada... Claro que há um limite entre a vida estritamente privada e a vida pública do artista ou da pessoa pública, claro que há um limite para a notícia. Não creio que seja esse, porque justamente as pessoas querem saber se ele se separou, se ele teve um filho, se ele não teve. É um desdobramento da condição dele de artista, ainda mais um artista com a expressão que ele tem.

Portanto, quero cumprimentar o eminente Relator. Foi de uma sensibilidade, a meu juízo, bastante apurada; conseguiu com simplicidade resolver uma questão intrincada, colocando todos os pontos necessários à solução do litígio.

Peço para subscrever o seu voto e acompanhá-lo integralmente.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cumprimento o advogado pela combatividade e o Relator pelo primoroso voto, do qual peço a máxima vênua, todavia, para divergir, porque entendo que, no presente caso, não se põe uma questão de liberdade de imprensa. A liberdade de imprensa é assegurada; tanto é assegurada que foi divulgada essa nota em coluna dedicada a fofocas. Naturalmente, quem lê uma coluna de fofocas sabe que pode ou não ser verdade. E sequer afirmava a nota que a fofoca era verdade, afirmava que o autor da ação havia negado o fato, mas não afirmava se a grávida o havia ou não confirmado. Lançava a fofoca; e isso foi amplamente a partir dessa nota, da qual a fofoca migrou para vários outros veículos, até em capas de revistas, todas elas de fofocas, mas mereceu capas a partir daí.

Analisando a contestação, verifico que não há nenhuma controvérsia quanto ao fato de que essa fofoca surgiu de uma fonte anônima. O próprio réu, a Infoglobo, afirma na contestação que essa fofoca foi extraída pelo autor da matéria de uma fonte anônima cujo sigilo é preservado. A partir da liberdade de imprensa – há uma proibição absoluta de controle prévio da imprensa –, qualquer coisa, por mais escabrosa que seja ou não seja, verossímil ou inverossímil, pode amplamente ser divulgada, a princípio, em uma pequena coluna e, depois, ganhar a primeira folha de revista, a primeira página, e não há possibilidade de controle prévio disso. Mas a pedra de toque do sistema de liberdade de imprensa é o controle *a posteriori*, ou seja, é a responsabilidade de quem publica a nota, ou a notícia, ou a informação, e isso foi expressamente ressalvado pelo Supremo Tribunal Federal em reiteradas oportunidades.

Nesse sentido, extraio trecho do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI n. 4.815/DF, no qual se assenta que liberdade e responsabilidade são lados da mesma moeda, exercendo cada uma o dever de proporcionar o exercício da outra, assim como a sua limitação, em sua exata medida:

42. Democracia é modelo de convivência social na qual se respeitam direitos e liberdades, cada um respondendo – sendo responsável – pelo que exorbitar do que posto no sistema jurídico.

Não há democracia sem responsabilidade pública e cidadã. Ausência de responsabilidade não prospera sequer na acracia. Nem a ausência de governo pode ser confundida com desgoverno.

(...)

O dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro.

43. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro.

A informação, a exposição e a divulgação de dado podem gerar dano como qualquer outro agir humano. Inúmeras vezes este Supremo Tribunal debruçou-se sobre esse tema e concluiu, com fundamento em normas constitucionais e legais, que a responsabilização compõe o sistema de liberdades (ADPF n. 130, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 13.11.2009; AI n. 595.395/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 3.8.2007; Rcl n. 9.428/DF, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 25.6.2010; ADI n. 4.451-MC-REF/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 24.8.2012; e RE n. 511.961/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 13.11.2009).

(...)

45. A responsabilidade civil, administrativa, contratual ou extracontratual evoluiu na ordenação do direito. No Brasil, a Constituição elevou a matéria à categoria de elemento fundamental de equilíbrio sistêmico, garantindo a mais ampla liberdade e fazendo a ela corresponder igual responsabilidade.

(...)

46. A responsabilidade constitucionalmente estabelecida – corolário do Estado Democrático de Direito, no qual direitos e responsabilidades compõem-se para a convivência harmoniosa – não se afasta por ser o autor da ação danosa titular dos direitos fundamentais, no exercício dos quais terá exorbitado a intervir na esfera de direitos de outrem com igual natureza e idêntico resguardo.”

(...)

47. Não há, no direito, espaço para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos com interferência danosa a direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio.

Acompanhando o entendimento da Ministra Relatora, acerca da primazia da responsabilidade posterior, em se considerando a proibição de censura, destaco os votos proferidos pelos Ministros Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes, na parte que importa, respectivamente:

Por fim, a terceira presunção é a da proibição da censura e, conseqüentemente, da primazia das responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão. A vedação à censura constitui, em verdade, uma das principais garantias da liberdade de expressão. A proibição prévia de

divulgação de uma idéia, informação ou obra representa a violação mais extrema deste direito, uma vez que implica a sua total supressão. Tal opção não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e produza danos injustos.

(...)

46. *A dispensa de autorização prévia das pessoas retratadas em biografias, como se viu, não impõe uma primazia absoluta e abstrata da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Eventuais abusos de direito e danos ilegítimos à honra, à intimidade e à vida privada dos biografados estarão, como regra absolutamente geral, sujeitos a intervenções a posteriori. A opção pela composição posterior permitirá, na quase totalidade dos casos, que nenhum dos valores envolvidos seja totalmente sacrificado, realizando a idéia de ponderação e de concordância prática.*

Vê-se, pois, que, no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Assim, repito, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o previsto no art. 5º, incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”) e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”).

Nesse contexto, *entendo que a prévia autorização para publicação de obras de biografia gera sério dano à liberdade de comunicação, à liberdade científica, à liberdade artística e que, por outro lado, na ocorrência de eventuais transgressões, a Constituição Federal assegura mecanismos para possíveis reparações, inclusive direito de resposta.*

Observo que, com relação aos fatos da causa, consignou o voto-vencido, no julgamento da apelação, e que foi restaurado nos embargos infringentes:

Porém, na situação em análise, não assiste razão a editora no que tange ao argumento de que a reportagem foi redigida nos limites da liberdade de imprensa, e visou apenas informar à sociedade, de modo isento, sem atribuir qualquer conteúdo valorativo ou proferir prejulgamento, pois, apesar de o autor ser pessoa pública, deveriam os réus ter efetuado uma pesquisa mais apurada a

respeito da veracidade da matéria que seria levada a conhecimento público, não se limitando a ouvir amigos próximos da atriz, mas a pesquisar se a referida atriz, de fato, conhecia o cantor, se alguma vez foi vista com ele, a procedência de suas fontes ou, quem sabe, perguntar à própria se o que os seus amigos andavam espalhando era fato verídico.

E prossegue o acórdão:

Evidenciado que a informação publicada era inverídica, torna-se clara a invasão do direito de privacidade do indivíduo, pois ultrapassou o limiar da informação e alcançou a seara da individualidade, abalando a honra daquele que teve o seu nome inveridicamente atrelado a fato desabonador. Observe-se que o autor é casado há mais de 27 anos, possuindo filhos desse relacionamento. Uma notícia de gravidez fora do contexto familiar, por mais que a humanidade esteja evoluída, sempre traz abalos por vezes drásticos, levando até mesmo a rompimentos para os seus integrantes. Trata-se da perda da confiança entre o casal, da retirada do véu que encobre a visão que os filhos possuem de seus pais, imagem esta de segurança, conforto, respeito, amor e, principalmente, de homem de família que zela pelo conforto e manutenção desta. Nesse sentido, tem-se que a matéria publicada pela editora maculou a honra do indivíduo, atribuindo-se-lhe fato não ocorrido, transbordando o limite do razoável.

Ou seja, não há controvérsia de que o fato é absolutamente inverídico; de que, embora tenha o jornalista ouvido o autor e ele tenha dito que não era verdade, e isso tenha sido publicado, a reportagem não tomou o cuidado de ouvir a grávida, porque, se a tivesse ouvido, a notícia seria imparcial. “Dizem as amigas da atriz que o pai é o autor. O autor diz que não é pai, mas a grávida confirma que é o pai”. Neste caso haveria uma fofoca baseada em um mínimo de fatos que lhe dessem alguma credibilidade. O jornalista pode publicar o que ele quiser, pode circular à vontade a notícia, o sigilo da fonte é integralmente preservado, mas entende-se deva haver veracidade no que ele afirma. É o dever de ouvir as partes, que é o mínimo, a procura mais incipiente da veracidade, aqui não entendo que tenha sido cumprido, porque ele ouviu uma das partes, e a outra, que era exatamente quem poderia confirmar ou não as fofocas, os boatos, seria a mãe, a grávida, que não foi ouvida, tanto que, depois que tornada pública a fofoca em páginas de revistas, ela também deu declarações dizendo que não tinha contato com ele, não tinha tido relacionamento com ele e que não era ele o pai da criança. Mas o estrago já havia sido feito, com a circulação da falsidade.

Penso que o fato de essa revista se dedicar a entretenimento e haver curiosidade sobre a vida do cantor não justifica a publicação de fatos inverídicos,

levianos. Isso não significa que tenha que haver um processo judicial com contraditório antes de se publicar qualquer notícia, mas o mínimo de cuidado que, no caso, se revelaria na atitude de ouvir a grávida. Ouvir o pai parece-me até menos importante, porque simplesmente ficou a versão dele, mas não teria sido ouvida a versão de quem poderia, de fato, confirmar quem seria o pai. Entendo que para se afirmar, como afirmou o voto vencido no julgamento dos embargos infringentes, que o casamento dele já estava deteriorado e, portanto, não teria sido prejudicado pela fofoca, já estaríamos entrando em reexame de matéria de fato, incabível no âmbito do recurso especial. Houve uma avaliação dos fatos na instância de origem, tanto que o julgamento foi dividido, majoritário, no julgamento da apelação; um Juiz entendeu que isso era irrelevante na vida daquele casal; e a Relatora, cujo voto ficou vencido, mas depois prevaleceu, ressaltou que era um casamento de 27 anos e que a vida familiar fora prejudicada pela circulação da fofoca.

Em síntese, penso que a imprensa será responsável, mesmo em suas colunas de fofoca, na medida em que ela cometa excessos, que reputo ocorridos no caso, a partir do panorama de fato traçado nos votos vencedores na instância de origem, com a máxima vênia do eminente Relator e do Ministro Lus Felipe Salomão.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Aproveito-me do detalhado e primoroso relatório elaborado pelo em. Ministro Relator, que votou no sentido de dar provimento ao recurso especial, julgando improcedentes os pedidos iniciais, no que foi acompanhado pelo Ministro *Luis Felipe Salomão*. Suas Excelências manifestaram entendimento no sentido de que “a divulgação da matéria cercou-se dos procedimentos reputados necessários para salvaguardar o direito de resposta aos envolvidos”, não evidenciando potencialidade ofensiva, sobretudo ante a oportunidade que foi franqueada ao autor-recorrido de responder às informações contidas na nota publicada.

A em. Ministra *Maria Isabel Gallotti* divergiu, todavia, concluindo pela responsabilidade civil dos recorrentes ante os danos que resultaram da notícia publicada. Esclareceu não se tratar de limitação da liberdade de imprensa, senão efetivamente um controle *a posteriori* nas hipóteses em que se dá a extrapolação dos limites de seu exercício.

Pedi vista.

Rogando vênia ao douto Relator e ao em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, entendo que evidenciada a responsabilidade civil dos recorrentes, que devem indenizar os prejuízos imateriais causados ao autor da demanda. Contudo, o valor da indenização comporta abrandamento, à vista de todos os elementos de ponderação gravados nos autos, assentados pelas instâncias ordinárias.

De início, afastado a aventada nulidade no julgado e violação dos arts. 535, II, 458, II, e 165 do CPC/1973, haja vista que o acórdão recorrido apresenta de modo amplo e suficiente todos os fundamentos necessários para amparar suas conclusões. Ademais observo, assim como fez o em. Relator, que os recorrentes não cuidaram de explicitar a relevância das supostas omissões aventadas no recurso declaratório, em razão das quais defendem a nulidade do acórdão proferido no julgamento dos embargos. Limitaram-se, tão só, a indicar os dispositivos legais que entendiam merecedores de atenção pela Corte estadual e a afirmar tratar-se de formalidade necessária ao conhecimento do recurso excepcional. Em tal circunstância, no ponto o recurso depara-se com o obstáculo erigido pelo enunciado n. 284 da Súmula do STF.

Por outro lado, a avaliação jurídica dos atos danosos imputados aos recorrentes prescinde do reexame de material probatório, mormente porque incontroversos os fatos que embasam a pretensão do recorrido, em especial o conteúdo da notícia publicada em veículos da correcorrente *Infoglobo*.

Com efeito, os recorrentes não refutam a autoria e o conteúdo da publicação, todavia argumentando pela legitimidade dos atos que praticaram, amparados pelo manto da liberdade de expressão e pela veracidade das informações noticiadas.

De sorte que, assim como ocorre em tantas outras demandas assemelhadas, a controvérsia aqui estabelecida contrapõe direitos consagrados na Carta Política: a liberdade de comunicação e de expressão, extensão do direito à informação e à livre manifestação do pensamento (CF/1988, art. 5º, inc. IV, IX e XIV), e a tutela dos direitos da personalidade, nestes incluídas a honra, a imagem e a vida privada.

Ocorre que, sabidamente, a unidade da Constituição impõe coexistência harmônica entre os direitos fundamentais nela consagrados, sendo por isso certo que de eventual colisão não resultará a anulação de um pelo outro. Ao revés, há de se extrair, de cada um dos direitos em conflito, sua maior eficácia ou, como bem anotou o em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, reportando-se

às lições de Canotilho, “dever-se-á, numa ponderação de valores, buscar a máxima observância, somada à mínima restrição dos direitos relacionados” (REsp 1.297.787/RJ, *Quarta Turma*, julgado em 17.03.2015, DJe 17.04.2015).

Independentemente da importância que cada receptor pode atribuir aos fatos divulgados, ou mesmo que prevaleça a conclusão no sentido de que as informações transmitidas não contribuem para o bom desenvolvimento da sociedade, não se pode descurar que a atividade jornalística livre é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que lhe compete fazer fluir as informações necessárias à formação de opinião crítica para o pleno exercício da cidadania, pressuposto fundamental da democracia. Prescreve a Constituição, com a finalidade de sua preservação, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (CF/1988, art. 220, § 1º).

Por sua vez, a amplitude do exercício dessa liberdade traz consigo, em igual dimensão, o peso da responsabilidade dos profissionais que atuam no palco midiático, de quem se espera rigorosa cautela no escopo de evitar a propagação de informações que, indevidamente, exponham a intimidade ou mesmo possam acarretar danos à honra e à imagem dos indivíduos, outrossim protegidos por normas de idêntico *status* (CF/1988, art. 5º, V e X). Isso porque “[a] liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (REsp 783.139/ES, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, *Quarta Turma*, julgado em 11.12.2007, DJ 18.02.2008, p. 33).

Nesse contexto, visto que o ordenamento jurídico constitucional, como louvável expressão do direito de acesso à informação, veda a censura prévia (CF/1988, arts. 5º, IX, e 220, § 2º), a extrapolação dos limites no exercício da liberdade jornalística pode dar ensejo à responsabilização civil do agente causador pelos danos que ela possa causar. Trata-se de hipótese que se qualifica como abuso de direito, o que induz ao ônus da reparação, segundo o que prevêem os arts. 927 e 187 da lei material civil.

Sob outra perspectiva, convém assentar a premissa de que as celebridades não são despojadas do direito à intimidade, tampouco excluídas do acesso às garantias necessárias à sua preservação. O maior elasticamento dos limites de tolerância na divulgação de fatos que as envolvem não significa dizer que de sua condição pessoal resulte a revogação de irrenunciáveis direitos consagrados na Lei Fundamental.

Vale dizer: a maior exposição de um determinado indivíduo no cenário artístico não autoriza seja devassada sua vida privada, e menos ainda a propagação de fatos inverídicos, sem qualquer relação com sua atividade profissional, e cuja publicidade pode acarretar danos à imagem ou mesmo graves conflitos na esfera familiar. Por esse motivo, cabe exigir do profissional de imprensa a atuação positiva no sentido de averiguar a veracidade da informação publicada, sob pena de responder por danos causados pela notícia que, posteriormente, constata-se falsa. Nesse sentido, importante precedente desta Casa, citado no voto do Em. Relator:

Direito Civil. Imprensa televisiva. Responsabilidade civil. Necessidade de demonstrar a falsidade da notícia ou inexistência de interesse público. Ausência de culpa. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos.

- A lide deve ser analisada, tão-somente, à luz da legislação civil e constitucional pertinente, tornando-se irrelevantes as citações aos arts. 29, 32, § 1º, 51 e 52 da Lei n. 5.250/1967, pois o Pleno do STF declarou, no julgamento da ADPF n. 130/DF, a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/1988.

- A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

- A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.

- O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.

- O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição.

Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

- A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar

organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatário. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional.

- A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.

Recurso especial provido.

(REsp 984.803/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe 19.08.2009)

No caso concreto, não há qualquer controvérsia sobre o fato de que o recorrido não é o pai do filho da Sra. Mariana Kupfer. Portanto, eventual afirmação dessa suposta circunstância, em caráter peremptório, seria em tese suficiente para ensejar a responsabilidade civil daquele que a divulgasse.

Ocorre que a nota publicada pelos recorrentes não contém assertiva com esse conteúdo, sugerindo tratar-se de mera repercussão das coscuvilhices disseminadas por amigas da atriz, pessoas cuja identidade foi preservada em nome do sigilo da fonte. A primeira leitura da publicação, dessarte, poderia inspirar a conclusão de que não se trata, estritamente, de uma inverdade. Seria assim, em tom mais popular, apenas a informação sobre a existência de um boato.

Contudo, uma avaliação mais ponderada autoriza afirmar que os recorrentes não se limitaram ao mero reporte objetivo de ocorrência cotidiana que envolve uma personalidade pública, tampouco o regular exercício do direito de opinião ou crítica. Pelo conteúdo da informação divulgada, colhe-se o evidente escopo de sugerir que o recorrido, homem casado, poderia efetivamente ser o pai do filho vindouro de conhecida atriz, informação propagada sem a demonstração de qualquer finalidade social relevante ou interesse público qualificado. No

ponto, faz-se oportuno transcrever a avaliação sobre o conteúdo da publicação, lançada no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ, fl. 447):

Fica evidente que o texto veiculado não possui qualquer intento informativo ou instrutivo, mas busca expor, desnecessariamente, a vida íntima e particular dos envolvidos, especialmente o do ora embargante.

Ainda sobre o interesse público, elemento que evidencia a importância das informações divulgadas pela imprensa no momento de se exercitar o juízo de ponderação entre os valores envolvidos no conflito, valho-me de importantes considerações oferecidas pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, relator de recurso julgado nesta Quarta Turma:

(...)

3. Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre informar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter uma maior prevalência sobre o outro no caso concreto.

4. A mera curiosidade movida pelo diletantismo de alguns, tanto na divulgação de notícias, quanto na busca de fatos que expõem indevidamente a vida íntima, notadamente, daquelas pessoas com alguma notoriedade no corpo social, não pode ser encarada como de interesse social, a justificar a atenção dos organismos de imprensa.

5. Na hipótese sob exame, ainda que se trate de pessoa notória, revela-se claro não haver um efetivo interesse social na divulgação de fatos que dizem respeito unicamente à esfera íntima de sua vida privada, o que denota tão somente uma manobra para aumentar as vendas do jornal.

(...)

(REsp 713.202/RS, julgado em 1º.10.2009, DJe 03.08.2010)

O fato reportado, cuja veracidade não foi comprovada (ônus da recorrente, à luz do que preconizava o art. 333, II, do CPC/1973; o recorrido, por sua vez, desmente-a, afirmando nem sequer conhecer a atriz), evidencia potencial ofensivo e lesivo, autorizando a responsabilização dos recorrentes, à mímica da adoção das necessárias cautelas antes da divulgação de informações sabidamente prejudiciais à vida pessoal do recorrido.

O breve registro sobre a negativa manifestada pela assessoria de imprensa do cantor não inibiu os efeitos nocivos provocados pela notícia, inculcada no

ânimo dos receptores de forma resistente, a tal ponto de merecer a reprodução por diversos meios de comunicação, inclusive com divulgação em destaque em outros periódicos.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, contudo, à luz dos elementos fáticos estabelecidos como incontroversos nas instâncias ordinárias, penso que o valor arbitrado a título de indenização comporta a excepcional revisão nesta instância extraordinária.

É que, diante das circunstâncias singulares do caso concreto e, outrossim, as importantes considerações manifestadas pelo em. Relator em seu voto – que, por força delas, entendeu pela inexistência de responsabilidade civil da recorrente – entendo haver desproporção entre a gravidade dos fatos danosos e o valor da reparação fixada pelo Juízo singular, inalterado no TJRJ.

Com efeito, em que pese reconhecida a responsabilidade civil dos recorrentes, a reparação deve ser arbitrada segundo os critérios definidos nos arts. 944 e 945 da lei civil substantiva:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Postas essas considerações, em um novo processo de arbitramento, fixo o valor da indenização em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente a partir desta data.

O termo inicial dos juros moratórios foi estabelecido em estrita consonância com a orientação contida no enunciado n. 54 da Súmula do STJ:

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Ante o exposto, com a vênua dos pares na parcela em que deles divergi, *dou parcial provimento* ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigida monetariamente desde a data deste julgamento e acrescida de juros moratórios na forma estabelecida pela sentença de fl. 239 (e-STJ).

É como voto.

REFORMULAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Senhora Presidente, pela ordem. Diante das ponderações que foram feitas – recebi também, nesse meio tempo, memoriais e a visita de uma das partes no gabinete –, vou pedir vênias ao eminente Relator para reformular meu voto.

Confesso que, em uma primeira leitura, fiquei bastante impressionado, também pela força dos argumentos que trouxe o eminente Relator. No entanto, diante dessas ponderações, e também diante de uma reanálise do caso, examinando melhor os precedentes – de alguns deles inclusive fui Relator –, e agora diante da explicitação do Ministro Antonio Carlos Ferreira quanto àquela ideia de que o boato não era só um boato lançado, ele efetivamente teve uma consequência para as partes, vou pedir vênias e reformular meu voto para acompanhar o Ministro Antonio Carlos Ferreira nessa redução do valor fixado a título de indenização, mas conferi-la, sim, mantê-la conferida, mas reduzi-la, justamente pelos fundamentos que Sua Excelência trouxe, acrescidos daqueles outros que abriram a divergência.

Reformulo meu voto para acompanhar o voto trazido agora pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira.

RETIFICAÇÃO PARCIAL DE VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, tendo ouvido o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira, acompanho-o, dando parcial provimento ao recurso especial para reduzir o valor da indenização nos termos postos no voto-vista, com a máxima vênias do eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.621.610-SP (2016/0221786-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: M C B L

Advogados: Marcelo Adala Hilal - SP106360

Paulo Henrique dos Santos Lucon - SP103560

Ricardo Tosto de Oliveira Carvalho e outro(s) - SP103650
Advogados: Patrícia Rios Salles de Oliveira e outro(s) - SP156383
João Paulo Hecker da Silva - SP183113
Leonardo Rufino Capistrano e outro(s) - DF029510
Augusto Alcântara Vago e outro(s) - DF035891
Daniel Battaglia de Nuevo Campos - SP305561
Frederico Sabbag Andrade Grilo e outro(s) - SP298328
Eduardo Baptista Vieira de Almeida Filho e outro(s) - SP319931
Recorrido: A B DI G B
Advogados: Gilberto Haddad Jabur - SP129671
Aroldo Joaquim Camillo Filho - SP119016
Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - GO020517

EMENTA

Civil e Processual. Ação de anulação de partilha por coação. Dissolução de união estável. Prazo decadencial de quatro anos. Art. 178 do Código Civil. Segurança jurídica.

1. É de quatro anos o prazo de decadência para anular partilha de bens em dissolução de união estável, por vício de consentimento (coação), nos termos do art. 178 do Código Civil.

2. Não houve alterações de ordem jurídico-normativa, com o advento do Código Civil de 2002, a justificar alteração da consolidada jurisprudência dos tribunais superiores, com base no Código Civil de 1916, segundo a qual a anulação da partilha ou do acordo homologado judicialmente na separação consensual regulava-se pelo prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, inciso V, e não aquele de um ano preconizado pelo art. 178, § 6º, V, do mesmo diploma. Precedentes do STF e do STJ.

3. É inadequada a exegese extensiva de uma exceção à regra geral - arts. 2.027 do CC e 1.029 do CPC/1973, ambos inseridos, respectivamente, no Livro “Do Direito das Sucessões” e no capítulo intitulado “Do Inventário e Da Partilha” - por meio da analogia, quando o próprio ordenamento jurídico prevê normativo que se amolda à tipicidade do caso (CC, art. 178).

4. Pela interpretação sistemática, verifica-se que a própria topografia dos dispositivos remonta ao entendimento de que o prazo decadencial ânua deve se limitar à seara do sistema do direito das sucessões, submetida aos requisitos de validade e princípios específicos que o norteiam, tratando-se de opção do legislador a definição de escorrido prazo de caducidade para as relações de herança.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Dr. Lúcio Flávio Siqueira de Paiva, pela parte recorrida: A B D I G B

Dr. Cesar Asfor Rocha, pela parte recorrente: M C B L

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 20.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* M. C. B. L. ajuizou ação em face de seu ex-companheiro, A. B. D. G. B., com objetivo de anular escrituras públicas de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens, por vício do consentimento, em razão de alegada coação moral irresistível - ameaças de morte e violência física, psicológica e moral contra a autora e seus familiares -, visando obtenção de vantagem indevida (*R\$ 34 milhões*).

Salientou na exordial que réu foi condenado a 5 anos e 8 meses pelo crime de extorsão praticado para obter o acordo de partilha de bens decorrente do término da convivência, oportunidade em foram transferidos móveis, imóveis e *R\$ 34 milhões*.

O magistrado de piso julgou extinto o processo, com resolução de mérito, em razão da decadência do direito da autora, pois, por analogia, incidiria o prazo ânuo previsto nos arts. 1.029 do Código de Processo Civil e 2.027 do Código Civil (fls. 1.432-1.440).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Ação anulatória de escritura de dissolução de união estável e partilha de bens, homologada por sentença, julgada extinta por reconhecimento de ocorrência de decadência. Inteligência dos arts. 1.029 do CPC e 2.027, do CC. Prazo decadencial de um ano. Insurgência. Apreciação de questão posta em agravo de instrumento julgado prejudicado por ocasião da prolação da sentença. Mantido o indeferimento inicial com relação às fraudes tributárias. Impossibilidade de alegação da própria torpeza para ver anulado negócio jurídico. Legitimidade da Fazenda do Estado. Apelante que pleiteou o julgamento da lide no estado que não pode vir agora apontar ter ceifado seu direito de produção de provas. Sentença bem fundamentada, com citação doutrinária e jurisprudencial, que não padece de nulidade alguma. Recurso improvido.

(fls. 1.684-1.705)

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 1.745-1.750).

Irresignada, interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 178, I, do CC/2002 e 332, 333, I e 535, I e II, do CPC/1973.

Aduz que o prazo decadencial de anulação de escrituras que estipulam a dissolução de união estável com partilha de bens é de 04 anos, nos termos do art. 178, inc. I do Código Civil.

Sustenta ser inaplicável o prazo decadencial de 01 ano previsto nos arts. 1.029 do CPC e 2.027 do CC, uma vez que tratam de prazo específico para anulação de partilha hereditária decorrente da sucessão *causa mortis*.

Salienta que “nem de forma analógica poderiam tais dispositivos ser aplicados ao caso concreto, pois há regra geral prevendo que, para todos os casos que não sejam vinculados ao direito de sucessões (como é o presente), o prazo decadencial para a anulação de negócio jurídico por vício de coação é aquele de 4 (quatro) anos previsto no art. 178, inc. I do Código Civil” (fl. 1.775).

Afirma, ademais, que o prazo de decadência se inicia com a cessação da coação, sendo que, na hipótese, o Juízo de piso não permitiu que a recorrente

comprovasse que a coação do recorrido perpetuou-se no tempo, “até mesmo menos de 1 (um) ano antes do ajuizamento desta ação anulatória”, o que afastaria - se fosse o caso - até mesmo a aplicação do prazo decadencial de 1 (um) ano, tendo o Tribunal incorrido em cerceamento do direito de defesa.

Contrarrazões às fls. 1.874-1.913.

Houve pedido de tutela provisória deferido às fls. 2.062-2.064, conferindo efeito suspensivo ao especial, nos termos dos arts. 297, 300 e 1.029, § 5º do CPC/2015, até o julgamento definitivo do recurso, obstando o prosseguimento da execução das escrituras públicas fruto de alegada coação (Proc. 0030741-72.2007.8.26.0068, em trâmite perante a 5ª Vara Cível de Barueri) e a possibilidade de levantamento de qualquer quantia que esteja depositada no processo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil/1973, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes.

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

3. A controvérsia principal está em definir qual é o prazo de decadência do direito de se anular partilha de bens em dissolução de união estável, sob alegação de vício na manifestação da vontade (coação irresistível).

O Tribunal de Justiça, por maioria, seguindo entendimento exarado na sentença, entendeu, por analogia, que deveria se aplicar o prazo decadencial de 01 ano para anular partilha amigável decorrente da sucessão *causa mortis*, *verbis*:

Quanto ao prazo considerado pela sentença, não obstante as posições e conclusões expostas pelos consagrados juristas que assinaram pareceres aqui juntados (fls. 1.525/1.535 e 1.540/1.582), entendo que para o reconhecimento da decadência, “as partilhas consensuais realizadas em separação ou divórcio submetem-se à regra contida no artigo 2.027 do Código Civil e no artigo 1.029 do Código de Processo Civil, segundo a qual a partilha pode ser anulada em

virtude da existência de erro, dolo e coação, a viciar a vontade manifestada pelos cônjuges, no prazo de um ano.

A respeito do tema, leciona Rolf Madaleno:

‘De acordo com o artigo 2.027 do Código Civil, aplicável à partilha consensual judicialmente homologada, essa só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos e o direito de anular a partilha se extingue em um ano (parágrafo único, artigo 2.027), salvo as hipóteses da ação rescisória do artigo 485 do CPC. O prazo do artigo 2.027 sujeita invariavelmente, todas as separações e divórcios, especialmente com divisão de bens, sujeitas às ações de anulação porque contaminadas por vícios ou defeitos. (Curso de direito de família, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 282)’” (Apelação n. 0018406-24.2011.8.26.0248, Indaiatuba, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. un., Rel. Des. Milton Carvalho, julgado em 12.12.2013, do qual participei como Revisor).

Não obstante a divergência jurisprudencial sobre o tema, aplica-se ao caso o prazo decadencial de um ano previsto nos artigos 1.029 do Código de Processo Civil e 2.027 do Código Civil, levando-se em conta, ainda, o disposto no § 1º do art. 1.121 do Código de Processo Civil que firma inequívoca correlação entre as partilhas realizadas nos autos de ações de divórcio e separação e as de inventário.

Melhor detalhando, o § 1º do artigo 1.121, do Código de Processo Civil, inserto no Capítulo III, do Título II, do Livro IV, o estatuto processual, intitulado, “Da Separação Consensual”, prevê que no caso de os cônjuges não acordarem sobre a partilha de bens, essa será realizada na forma estabelecida no Capítulo IX, Título I do Livro IV, do mesmo Codex, que cuida “Do Inventário e da Partilha”.

Assim, não existe razão, usando-se a explicação acima feita, de se aplicar, neste caso em que busca a anulação de partilha amigável efetuada dissolução de união estável, equiparada constitucionalmente ao casamento, prazo decadencial dissímil do previsto no art. 1.029 do Código de Processo Civil, inserido, cabe ser dito, no Capítulo IX, Título I do Livro IV, do estatuto processual, que trata “Do Inventário e da Partilha”.

Nesse sentido, também a posição dominante e atual deste E. Tribunal de Justiça:

[...]

Dessa forma, verifica-se que foi correta a aplicação dos art. 1.029 do CPC e do art. 2.027 do CC ao caso, mesmo tratando-se de partilha ocorrida por ocasião de dissolução de união estável.

Outro ponto que foi levantado pela apelante em suas razões diz respeito ao início do contagem do prazo.

Quanto a isso, já houve decisão do Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido:

Partilha amigável. Anulação. Direito formativo. Decadência. Início do prazo. O direito de promover a anulação de partilha amigável e da espécie dos direitos formativos extintivos e sofre o efeito do tempo pela decadência O prazo anual, previsto no parágrafo único do artigo 1.029 do CPC, na hipótese de escrito particular homologado pelo juiz, viciado por erro ou dolo, conta-se da homologação, não da data em que a petição, com a proposta de partilha, foi apresentada em juízo. Recurso conhecido pela divergência, mas improvido (REsp n. 83.642 SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em 12.3.1996, DJ de 29.4.1996, pág. 13.424).

Partilha amigável. Alegação de vício. Decadência. Termo inicial. O prazo de decadência para ajuizamento da ação, tendente a anular partilha amigável, constante de escrito homologado pelo juiz, tem como termo inicial o trânsito em julgado da sentença homologatória. (REsp n. 68.198, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.04.1997, v.u.).

Sendo que este último caso citado, segundo nota de Mauro Antonini, foi proferido na vigência do art. 178, § 6º, V, do CC/1916, que expressamente se referia ao trânsito em julgado, menção que não existe no atual Código Civil (Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência, Ed. Manole).

Dessa forma, não há dúvidas de que quando proposta a ação (em 12.07.2012), já havia transcorrido há muito o prazo anual para o pedido de declaração de nulidade ou anulação do acordo que foi homologado judicialmente em 06.11.2008.

A apelante ainda argumenta que o início da contagem do prazo deveria se dar a partir da data do término da coação.

O que se verifica, no entanto, é que antes de completado um ano da homologação do acordo, em 19.10.2009, a apelante ingressou com ação de cobrança em face do apelado, buscando o cumprimento de obrigações oriundas das escrituras públicas homologadas.

Ora, uma pessoa coagida não ingressaria em juízo em face do agente coator visando o cumprimento de um acordo assinado sob coação. Considera-se, pois, que, se houve um dia coação, essa se dissipou antes do ingresso dessa ação.

Cabia à apelante apontar a coação no primeiro momento em que veio a juízo e não procurar o Poder Judiciário para ver cumprido o acordo que alega ter sido coagida a assinar.

Deste modo, apenas por hipótese, já que não cabe aqui a apreciação da existência da coação em razão do reconhecimento da decadência, certo é que, mesmo que houvesse coação ou ameaça, essa deveria ter sido assinalada assim que possível, na primeira ocasião em que a apelante viesse a juízo, mas, o que se verifica é que quando teve essa oportunidade, veio apontar a falta de

cumprimento pelo apelado de cláusulas desse mesmo acordo que, atualmente, aduz ser nulo.

Bate-se, ainda, a apelante que não se pode considerar a partilha como amigável, como referido na sentença combatida.

Ocorre que foi como “amigável” que a partilha foi apresentada para a homologação, ou seja, a instrumentalidade da partilha, seu formato, sua formalização é que se mostrou como amigável, já que oriunda da manifestação das partes, não tendo havido uma imposição judicial sobre a divisão dos bens e nenhum dos termos da referido reparte.

Deve ser, pois, a sentença mantida, como proferida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

(fls. 1.684-1.699)

O voto vencido, por outro lado, acabou por reconhecer o prazo decadencial de quatro anos, seja por força da interpretação legal, seja porque houve permanência da coação no tempo, *verbis*:

Ouso divergir dos ilustres colegas e o faço com transparência, como segue.

I - Ação.

A autora pretende anular negócio jurídico por vício de coação e simulação, além de *contra legem* (fraude tributária). Seria um acordo para colocar fim da união estável, quando se lavraram duas escrituras públicas (a primeira de 21.7.2008 - fls. 47) e outra, de aditamento, lavrada em 24.10.2008 (fls. 66). Combinou-se que o varão receberia o valor de R\$ 34 milhões pela sua meação (fls. 56), sendo que o aditamento cuidou de regulamentar a forma de pagamento (fls. 67). A autora descreve o que seria conduta criminosa do antigo companheiro e elenca as passagens policiais e a sentença condenatória por crime de extorsão.

II - Sentença.

A douta Juíza da 5ª Vara Cível de Barueri julgou extinta a ação pela decadência, aplicando os artigos 1.029, do CPC e 2.027, parágrafo único, do Código Civil, sendo que a sentença homologatória dos acordos celebrados por escritura pública é de 6.11.2008 (fls. 564). No entender do Juízo de Primeiro o prazo é de 1 (um) ano a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória (em 2008). A ação foi ajuizada em 12.7.2012.

III - Recurso.

A recorrente concentra sua atenção no art. 178, I, do CC, porque não se cogita de anulação de partilha celebrada em virtude de sucessão. Afirma que as escrituras não foram lavradas em contexto amigável, mas, sim, em clima de coação e reafirma os atos praticados para esse fim. Afirma que a coação

prosseguiu mesmo a partir da assinatura da segunda escritura (aditamento) e que o termo a quo somente tem início a partir do momento em que cessa a coação. A recorrente juntou pareceres dos Drs. *Antonio Cezar Peluso* (fls. 1.526/1.535) e *Humberto Theodoro Júnior* (fls. 1.540/1.582). Anoto que depois da sessão de conferência de votos, recebi outro memorial subscrito pelos Advogados da recorrente, com esclarecimento sobre o fato de que ela não abdicou das provas e somente concordou com o julgamento antecipado caso o Juízo “se sentisse seguro para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial”, citando as folhas respectivas (1.369-1.375).

IV - Exposição dos fundamentos da divergência.

Os colegas admitiram a decadência e no voto do ilustre Relator são citados precedentes do TJ-SP nesse sentido, o que anima admitir que, em algum momento anterior, possa eu ter aderido ao resultado proclamado, por sugestão do relator. Não recordo, contudo, de ter examinado e colocado em pauta situação semelhante ou com alguns pontos coincidentes com o caso ora analisado, pelo que cabe expor que, embora possa ter concordado com a decadência em julgamentos dos quais integrei a Turma Julgadora como revisor ou vogal, adquirei, examinando as peças, convencimento de que aqueles precedentes são inaplicáveis para os autos.

Prestei atenção aos elementos probatórios e reli os pareceres dos ilustres juristas que opinaram e estou convicto de que a diversidade da causa entre os atos jurídicos considerados assemelhados (partilha em inventário e acordo de dissolução de união estável) não autoriza colocar todos no mesmo prazo decadência (de um ano). A interpretação mais consentânea com a complexidade dos fatos obriga entender que o prazo é quadrienal do art. 178, do CC e que, ainda que se cogitasse do prazo anual (art. 2.017, do CC), não operou a decadência porque caberia admitir a fluência a partir do instante em que cessou a coação afirmada, segundo a cronologia exposta e que possui razoabilidade lógica diante das provas oferecidas.

*A colocação do Ministro **Peluso** é irrefutável quando recomenda não adotar interpretação extensiva e dar para atos que não se inserem no direito das sucessões, a aplicação restritiva de direitos (prazo exíguo de um ano). Também digno de consideração a parte em que coloca cônjuges e companheiros na posição de contratantes comuns quando celebram negócios tendentes a acertar posições patrimoniais pelo fim do regime de casamento ou união estável, o que coloca a partilha celebrada por escritura pública nos negócios jurídicos em geral (fls. 1.533). Já o Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR insere, com honestidade, o art. 2.027, do CC, como exceção a uma regra geral (de que o art. 178, CC, de 4 anos, representa a normalidade do regime) e afirma que o prazo de 1 ano alcança a partilha derivada de sucessão causa mortis (fls. 1.575).*

O CC de 1916 continha um dispositivo (art. 178, § 6º, V) sobre prazo de prescrição de um ano para ação de nulidade de partilha, contado da data em que a sentença de partilha passou em julgado. O colendo STJ, pelo Ministro *Barros*

Monteiro, considerou que o dispositivo não se aplicava para partilhas judiciais excluídas do contexto hereditário (REsp 32.812-7, DJ de 22.11.1993), constando do voto outros precedentes e a lição de Yussef Said Cahali. Tratava-se de anulação de partilha em ação de separação consensual promovida pela esposa, quando o TJ-SP, entendeu que o prazo era de 4 anos por força do art. 178, § 9º, V, do CC, de 1916. Não houve modificação no CC de 2002, pelo que é possível afirmar ter a jurisprudência orientação diversa da que consta da sentença.

Interessante anotar que BRENO FISCHER em sua obra de consulta obrigatória (A prescrição nos tribunais, José Konfino Editor, 1960, vol. IV, tomo segundo, § 422, pg. 333) é enfático ao afirmar que o disposto no art. 178, § 6º, V, do CC, de 1916, não se aplica aos casos de partilha em desquite, amigável e judicial, porquanto para esses o prazo é de 4 anos, nos termos do art. 178, § 9º, V e art. 147.

Cabe registrar que esse dispositivo inaugurou a normatividade sobre prescrição de ação para anular partilha e foi direcionado para que os herdeiros tivessem prazo para pedir a nulidade de partilha, devido a existir um padrão jurídico alimentando a tese sobre inexistência de prazo, conforme anotou o Desembargador FERREIRA COELHO (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, editado por "Officinas Graphicas do Jornal do Brasil", RJ, 1928, vol. 11, p. 479):

"No Direito Anterior, corria na doutrina, e os Tribunais confirmavam, dando vida, a regra de que as homologações de partilha nunca passavam em julgado por serem julgamento inter valentes; como se o direito dos herdeiros, a herança recebida e os dos credores pagos pelo inventário, pudessem ficar suspensos *ad perpetuam rei memória* - frase aliás sem efeito fora dos restritos casos de julgamento de doutrina, proferida pela Santa Sé. Além das decisões sobre doutrina, esta frase não tem a força de perpetuidade que se lhe emprestam, haja vista a Bula de 21 de Julho de 1773, que, começando pelos termos aludidos, foi assinada por Clemente XIV, suprimindo a Companhia de Jesus, depois restabelecida em 1814, por Pio VII, não obstante o *ad perpetuum nei memória* com que se declarou a supressão".

A pesquisa histórica revela que o regramento específico sobre prazos extintivos de ações para anular partilha nasceu para disciplinar a questão de partilha lavrada por herança, de modo que não poderia uma interpretação judicial ampliar o circuito limitado da sua abrangência e ultrapassar terrenos fertilizados com relações jurídicas diversas. E nem se argumento que isso seria possível porque as regras do processo do inventário incidem para regular partilhas do direito em família em geral, porque seria o mesmo que incluir palavras em texto de interpretação restritiva quando o próprio legislador não o fez.

Prova mais elucidativa de que as soluções de casais que se separam ou se divorciam são tratadas de forma diversa é a oportunidade de esses interessados resolverem suas pendências por escritura pública ou sem intervenção do juiz, desde que não existam menores e incapazes (art. 1.124-A, do CPC). O fato de ter o art. 1.121, § 1º, do CPC, estabelecido que a partilha, em caso de beligerância, se fará pelo

mesmo sistema da partilha em inventário, não significa que estão colocados, no mesmo saco, todos os negócios jurídicos celebrados pelos cônjuges ou companheiros, especialmente quando não havia, como não há, necessidade de intervenção iudicial. A homologação do Juízo constitui mera formalidade. porque a partilha "quando feita por escritura pública, não precisa de sentença do juiz" (LUIZ FREDERICO SAUERBRONN CARPENTER, in Manual do Código Civil Brasileiro, de Paulo de Lacerda, Jacintho Ribeiro dos Santos editor, RJ, 1919, vol. IV, p. 451, § 253).

Não ocorreu a decadência.

Dou *provimento* para revogar a sentença e determinar que se realizem as provas para emissão de sentença de mérito.

4. Com efeito, em nome da segurança jurídica e da paz social, surge a necessidade estatal de controlar situações jurídicas pendentes, por meio da monitoração do exercício de direitos, sendo a prescrição e a decadência institutos advindos justamente da projeção de efeitos jurídicos pelo decurso do tempo, com objetivo de buscar a estabilização das relações jurídicas, tendo como vetores o tempo e a inércia do titular.

Deveras, avulta-se de importância a distinção entre *direitos potestativos e subjetivos*, que muito embora seja de nítida feição acadêmica, mostra-se fundamental para solucionar um dos mais antigos problemas de direito civil, o da diferença entre referidos institutos.

A doutrina civilista, desde Windscheid, que trouxe para o direito material o conceito de *actio*, direito processual haurido do direito romano, diferencia com precisão direito subjetivo e direito potestativo.

Direito subjetivo é o poder da vontade consubstanciado na faculdade de agir e de exigir de outrem determinado comportamento para a realização de um interesse, cujo pressuposto é a existência de uma relação jurídica.

Por sua vez, encapsulados na fórmula *poder-sujeição*, estão os chamados *direitos potestativos*, a cuja faculdade de exercício não se vincula propriamente nenhuma prestação contraposta (dever), mas uma submissão à manifestação unilateral do titular do direito, muito embora tal manifestação atinja diretamente a esfera jurídica de outrem.

Os direitos potestativos, porque a eles não se relaciona nenhum dever, mas uma submissão involuntária, são insuscetíveis de violação, como salienta remansosa doutrina.

Assim, os direitos potestativos podem ser *constitutivos* - como o que tem o contratante de desfazer o contrato em caso de inadimplemento -, *modificativos*

- como o direito de constituir o devedor em mora ou o de escolher entre as obrigações alternativas -, ou *extintivos* - a exemplo do direito de despedir empregado ou de anular contratos eivados de vícios (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 201-202).

Portanto, a prescrição é a perda da *pretensão* inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo, ao passo que a decadência se revela como o perecimento do próprio direito potestativo, pelo seu não exercício no prazo determinado.

Esse é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. *Da prescrição e da decadência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)

Corolário desse entendimento é o de que os deveres jurídicos que subsumem aos direitos subjetivos são *exigidos*, ao passo que os direitos potestativos são *exercidos* (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565).

Nesse passo, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasça a pretensão, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo. Outrossim, o prazo decadencial, tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal sob pena de perecimento: (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, p. 401 e 402), realçando-se que a decadência poderá ser: i) legal, sendo de ordem pública e irrenunciável e ii) convencional ou contratual, advinda da ordem privada (negócios jurídicos), sendo renunciável e vedado o seu conhecimento de ofício.

5. Na espécie, a caducidade que se discute é específica do direito potestativo de se anular a partilha de bens decorrente da dissolução da união estável, por alegado vício de convenção.

A discussão é enfática porque, como bem salientado no acórdão recorrido, a matéria foi tida como controvertida no âmbito da doutrina e da jurisprudência,

ora se entendendo pela aplicação do prazo anual - analogia advinda da partilha hereditária decorrente da sucessão *causa mortis* (arts. 1.029 do CPC/1973 e 2.027 do CC/2002), ora se concluindo pela incidência do prazo geral decadencial de quatro anos para a anulação dos negócios jurídicos em geral (art. 178 do CC/2002).

Contudo, sob a vigência do diploma civil anterior, fato é que a *questio* acabou se pacificando no âmbito das Cortes Superiores, tanto no STF (quando ainda lhe competia velar pela uniformidade do direito federal) como no STJ, tendo-se definido que o prazo decadencial de 01 ano seria específico para anulação da partilha do direito sucessório, não havendo falar em sua extensão para as demais espécies de partilha amigável, que se submeteriam a regra geral de 04 anos:

- *STF*:

Civil. Partilha de bens em desquite amigável. Ação anulatória. Prescrição. *A ação de anulação de acordo sobre partilha de bens em desquite amigável ou separação consensual aplica-se o art. 178, parágrafo 9., V, do Código Civil, e não o art. 1.029, parágrafo único, do Código de Processo Civil.*

(RE 93.191, Relator(a): Min. Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 15.09.1981, DJ 09.10.1981 PP-10057 Ement vol-01229-02 pp-00506 RTJ vol-00100-01 pp-00366)

- *STJ*:

Civil e Processual. Ação de anulação de partilha. Separação judicial. Partilha homologada na ocasião. Prazo prescricional quadrienal. Art. 178, § 9º. Fluência desde a sentença. Descabimento de postergação do início do prazo para o momento da conversão em divórcio. Lei n. 6.515/1977, arts. 3º, 8º e 31.

I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que é quadrienal a prescrição da ação anulatória de partilha de bens decorrente da separação judicial.

II. Ocorrida a partilha quando da separação judicial, improcede a pretensão de ser computada a fluência a partir da decretação do divórcio, porquanto, nessa ocasião, nada se discutia mais a respeito daquela.

III. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido, para restabelecer a sentença monocrática extintiva do feito.

(REsp 132.171/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19.04.2001, DJ 13.08.2001, p. 160)

Direito Civil. Prescrição. Nulidade de partilha em separação consensual simulada. Doação inoficiosa, sem reserva para subsistência do doador.

Firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o prazo previsto no art. 178, § 6º, V, do Código Civil de 1916 cuida de nulidade de partilha em inventário, e não daquela decorrente de separação consensual.

É vintenária a prescrição da ação que pretende desconstituir doação inoficiosa, sem reserva para subsistência do doador, ainda que efetuada mediante simulação.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 591.401/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 23.03.2004, DJ 13.09.2004, p. 259)

Civil. Processual Civil. Anulação de cláusula inserida em acordo de separação consensual. Alegação de vício de erro. Prazo prescricional. Art. 178, § 9º, V, do Código Civil. Precedentes.

É da jurisprudência deste STJ que, na separação consensual, a anulação da partilha ou do acordo homologado judicialmente está regulada pelo prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil, e não aquele de um ano preconizado pelo art. 178, § 6º, V, do mesmo diploma.

Recurso especial a que se nega conhecimento.

(REsp 141.470/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21.03.2002, DJ 22.4.2002, p. 200)

Prescrição. Partilha decorrente de separação consensual. Alegação de vício do consentimento. Precedentes da Corte.

1. Já está assentado em diversos precedentes da Corte que na separação consensual a anulação da partilha subordina-se ao ditame do art. 178, § 9º, V, do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 146.324/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 08.09.1998, DJ 26.10.1998, p. 116)

Separação consensual. Partilha. Anulação. Prazo de prescrição. Incidência do disposto no art. 178, parágrafo 9., V do CC - quatro anos - e não a do parágrafo 6., V que preve a prescrição anua.

Erro. Para que vicie o ato, ha de ser substancial, como tal não se considerando o que diga com o preço da coisa.

Sociedade por cotas. Possibilidade de o menor ser cotista, desde que o capital esteja integralizado e não tenha ele poderes de administração.

(REsp 62.347/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10.10.1996, DJ 29.10.1996, p. 41.641)

Ação anulatória de partilha em separação consensual. Alegação de dolo, erro e coação. Decadência. *Não se cuidando de partilha judicial ou amigável de acervo hereditário, inaplicável o prazo previsto no art. 178, parágrafo 6., n. V, do Código Civil.* Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido.

(REsp 32.812/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 30.08.1993, DJ 22.11.1993, p. 24.960)

E ainda: REsp 37.103/SP, Rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 14.02.1995, DJ 27.03.1995; REsp 2.149/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 17.04.1990, DJ 28.05.1990; REsp 38.977/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 14.08.1995, DJ 11.09.1995.

Não houve alterações de ordem normativa com o advento do Código Civil de 2002, tendo este repetido, no parágrafo único do art. 2.027 (Livro V, Do Direito das Sucessões), o que era previsto no art. 1.805 c.c. 178, § 6º, V do CC/1916, isto é, ficou mantido o prazo único e específico de 01 ano para a anulação da partilha no âmbito da sucessão hereditária.

Confira-se as redações dos dispositivos:

CC/2002

Art. 2.027. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. (redação à época)

Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. (Redação dada pela Lei n. 13.105, de 2015)

Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.

CC/1916

Art. 1.805. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os atos jurídicos (art. 178, § 6º, n. V).

Art. 178. Prescreve:

§ 6º Em um ano:

V. A ação de nulidade da partilha; contado o prazo da data em que a sentença da partilha passou em julgado (art. 1.805).

No ponto, são as ponderações do em. Min. Cezar Peluso (parecer de fls. 1.561-1.571), *verbis*:

Tal cenário não sofreu tampouco alteração normativa textual que pudera justificar pretexto de mutação semântica, com o advento do vigente Código

Civil, o qual, ao reduzir e só agrupar os prazos de prescrição no art. 206, adotando a técnica de dispersar os preclusivos de decadência nas várias disposições em que trata da matéria concernente a cada um dos muitos direitos potestativos,¹ deu continuidade histórica à velha diretriz político-legislativa e manteve o prazo decadencial anual para anular partilha de direito sucessório, no § único do art. 2.027, cujo texto do caput guarda redação idêntica à do art. 1.805 do Código anterior, salva a troca, aliás coerente, da palavra “atos” por “negócios”. Essa é a perceptível razão por que já não quadrava nenhuma remissão recíproca entre dois dispositivos, como constava do Código revogado (arts. 178, § 6º, V, e 1.085): concentraram-se ambos num só artigo de lei, situado, não por acaso, em capítulo que disciplina partilha regida pelo direito das sucessões (arts. 2.013 e segs.). A regra material heterotópica do art. 1.029, § único, do Código de Processo Civil, foi só derogada quanto ao termo *a quo* do prazo extintivo, por força da reprodução integral do texto do art. 1.805, mas - e é o que releva ao caso - sem prejuízo da subsistência da mesma específica limitação do prazo breve de 1 (um) ano ao direito potestativo de anular partilha de direito hereditário. E a norma geral do art. 178, § 9º, V, do Código de 1916, figura agora no art. 178 do atual Código, com igual generalidade, mas com alcance mais amplo, porque compreende outras causas invalidantes dos negócios jurídicos.

Já por aí se vê que sobram estritos motivos jurídico-normativos para que, acompanhando imperturbável jurisprudência, sensata doutrina proclamasse e proclame que, também sob o império do vigente Código Civil, é de 4 (quatro) anos, *ex vi* do art. 178, o prazo decadencial do direito formativo extinto de anular partilha convencionada em separação, divórcio ou dissolução de união estável, até porque não houve intercorrência de nenhum fator semântico modificativo, nem sequer de índole extra ou metajurídica, capaz de justificar qualquer mutação exegética.

(fls. 1.566-1.567)

Nessa ordem de ideias, apesar da exegese adotada pelo acórdão recorrido, por sua maioria, penso que não se verifica mutação jurídico-normativa a justificar alteração da consolidada jurisprudência dos tribunais superiores.

Entender de forma diversa acabaria por se trazer insegurança jurídica, repudiando o ordenamento jurídico e a própria ideologia do novel diploma instrumental, que preza justamente pelo *prestígio da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente* (CPC/2015, art. 926).

Já sobre esse viés do CPC/2015, é lapidar a lição de Dinamarco:

Na medida em que a jurisprudência possa ser considerada uma *fonte de direito*, acentua-se a necessidade de repetir a retroprojeção da eficácia expansiva dos julgados dos tribunais, para atingir situações já consumadas na vigência

da jurisprudência antiga. Em tese as alterações jurisprudenciais, legítimas e até comuns na vida da experiência pretoriana, significariam somente que o tribunal modificou sua interpretação dada a determinada lei, repudiando as interpretações correntes no passado porque não corresponderiam com fidelidade ao que nela se contém. A lei aplicada seria sempre a mesma, apenas com a alteração de sua *interpretação* porque a interpretação anterior estaria errada - e isso afastaria qualquer limitação à possibilidade de impor a jurisprudência nova a situações conformes com a antiga.

*Quando porém os precedentes dos tribunais passam a ser considerados fontes do direito, devendo os juízes e tribunais em geral observar a interpretação neles contida (CPC, art. 927), na medida dessa obrigatoriedade a imposição da jurisprudência nova teria o mesmo efeito perverso de transgredir situações já consumadas, tanto quanto a retroação dos efeitos de uma lei nova. A fragilização da **segurança jurídica** trazida pela aplicação da nova jurisprudência seria a mesma. Os jurisdicionados estariam expostos a verdadeiras **armadilhas** montadas pelos tribunais em sua jurisprudência.*

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: volume 1. 8ª ed., rev. e atual. segundo o novo código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 192)

Realmente, o entendimento consolidado dos tribunais institui, como fonte de direito que é, inevitavelmente, uma expectativa de comportamento em todos, pautando a conduta do jurisdicionado, no plano material, de acordo com o definido nos cristalizados julgados.

6. Além disso, não é despidendo salientar que “tratando-se de direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inescotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso” (REsp 1.216.568/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03.09.2015, DJe 29.09.2015).

Assim, à míngua de previsão legal, o exercício de determinado direito potestativo não estará sujeito à extinção pelo não exercício.

Ocorre que, como se viu, seja para a anulação do negócio jurídico em geral, seja para a anulação de partilha hereditária, *há disposição legal específica* regendo a matéria, não havendo falar em lacuna.

É o que aponta a doutrina especializada (clássica e moderna) para o qual, nas hipóteses de anulação de partilha entre cônjuges por vício de vontade, deve incidir o § 9º, V, do art. 178 de CC/1916 (art. 178 do CC/2002), que estabelece o prazo quadrienal. Confira-se:

O art. 178, § 6º, V, nada tem com as partilhas em desquite (Quarta Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de novembro de 1943, R. dos T., 151, 162; Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de dezembro de 1948, 178, 172; e 21 de abril de 1949, 180, 558); só se refere às partilhas regidas pelo direito das sucessões.

[...] se houve partilha judicial (Código de Processo Civil, art. 642, §§ 2º e 3º), a partilha judicial entre cônjuges, tratando-se de vícios e defeitos de vontade, não tem o prazo prescricional do art. 178, § 6º, V, somente relativa à partilha *iure* hereditário (cônjuges + herdeiros; herdeiros), e sim o do art. 178, § 9º, V, b, porque o art. 1.805 não incide (= não consta das regras jurídicas sobre inventário e partilha que o art. 642, § 3º, do Código de Processo Civil fez incidirem quanto às partilhas entre cônjuges)

(MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo VI, São Paulo: RT, 2013, p. 528 e 558).

Portanto, com o novo Código Civil, não há razão para afastar-se do entendimento que vinha prevalecendo nos tribunais [...].

Em tais condições, prevalece o prazo reafirmado de decadência de quatro anos para pleitear-se a anulação do negócio jurídico (partilha convencional de bens na separação judicial, ou no divórcio), contando esse prazo conforme estabelece o art. 178- a) no caso de coação, do dia que ela cessar; b) no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

[...]

No pressuposto de que a decadência anual da ação de anulação da partilha dos arts. 1.029 do CPC e 2.027 do novo Código Civil, na linha do entendimento firmado sob a égide do direito anterior, diria respeito apenas à partilha convencional no âmbito do direito sucessório, continua prevalecendo o prazo decadencial de quatro anos para a invalidação da partilha de bens na separação judicial ou no divórcio, em razão de defeito ou vício de consentimento”.

(CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, São Paulo: RT, 2005, p. 284-285).

Somado a isso, *não parece possível a exegese extensiva*, por meio da analogia, quando sabidamente existe, no próprio ordenamento jurídico, regra jurídica geral que se amolda perfeitamente à tipicidade do caso – art. 178 do CC, que estabelece o prazo de decadência de quatro anos para anular, por vício da vontade (erro, dolo, coação e lesão) o negócio jurídico, como sói a partilha fruto da autonomia da vontade para dissolução de casamento ou união estável.

Deveras, é inadequada a utilização de interpretação extensiva de uma exceção à regra geral - arts. 2.027 do CC e 1.029 do CPC/1973, ambos

inseridos, respectivamente, no Livro “Do Direito das Sucessões” e no capítulo intitulado “Do Inventário e Da Partilha” -, para o preenchimento de lacuna inexistente (já que o art. 178 do CC normatiza a questão), ainda mais quando a exegese acaba por limitar ainda mais os direitos subjetivos, já que a adoção de prazo decadencial reduzido acarreta, inarredavelmente, em extinção mais rápida do direito da parte.

É a tradicional e sempre atual lição de Carlos Maximiliano, segundo a qual “as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 225-227).

O Código Buzaid estabelecia que:

Art. 1.029. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo *nos autos do inventário* ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção do incapaz.

Parágrafo único. *A ação para anular a partilha amigável prescreve em um (1) ano, contado este prazo:*

- I - no caso de coação, do dia em que ela cessou;
- II - no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
- III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.

Dessarte, pelas mesmas razões é que também se afasta a previsão normativa do CPC, como bem pontua Theodoro Júnior:

A razão que fundamenta o entendimento pretoriano é muito simples: *a regra do Código de Processo Civil que fixa o prazo de um ano para a ação anulatória regulamenta a invalidação das partilhas promovidas e homologadas dentro do processo de sucessão hereditária (art. 1.029, caput).*

A partilha consensual realizada entre os cônjuges, ao término do casamento, é puro negócio jurídico inter vivos, cuja anulação se dá como nos atos jurídicos comuns, dentro, portanto, do prazo legalmente estabelecido para as anulações dos contratos viciados por erro, dolo, coação e lesão (Código Civil, art. 178).

Havendo regra geral aplicável aos negócios jurídicos, em cujo rol se enquadra a partilha amigável entre cônjuges, não há como se cogitar de estender a ela a regra especial das partilhas hereditárias, já que não cabe, na espécie, cogitar-se do emprego da analogia, como ressaltado pelo STJ [...]

(Partilha amigável na dissolução da sociedade conjugal e da união estável. anulação por vício de consentimento. manifesta desproporção de quinhões. boa-fé. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões n. 5 – Mar-Abr/2015).

Não se pode olvidar que a autorização de aplicação subsidiária do procedimento referente ao inventário e à partilha (CPC/1973, art. 1.121, § 1º), suscitada pelo acórdão recorrido, só ocorre nas situações em que “os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens”, isto é, quando a partilha não for amigável. Além disso, a remissão se limita aos aspectos formais, de procedimento, não abrangendo os prazos de decadência, sabidamente normas de direito material.

No ponto, bem elucidativo o voto do em. Min. Décio Miranda, no julgamento do já multicitado RE 93.191/RJ:

[...] remissão existe, sim, no art. 1.121, parágrafo único: não, porém, tal que abranja a disciplina da anulação da partilha. O que aí se estatui é que, “se os cônjuges não acordarem sobre a partilha de bens, far-se-á esta, depois de homologado o desquite” (hoje “separação”), na forma estabelecida nesse livro, Título I, Capítulo IX. Abstraindo-se de quaisquer considerações atinentes à clausula inicial – a hipótese dos autos é a de terem os cônjuges acordado sobre a partilha – cuja letra sugere restrição talvez em sede interpretativa, um ponto fica assente: compreendem-se na remissão unicamente as disposições que, no capítulo relativo ao inventário em sucessão *causa mortis*, disciplinem a forma da partilha. Ora, o art. 1.029 nada, absolutamente nada, tem a ver com a forma: trata-se de regra atinente à anulabilidade de partilha já realizada. A rigor, a norma é de direito material, heterotopicamente inserta no Código de Processo Civil. Situa-se, por conseguinte, fora do âmbito da remissão, à qual a lei de 1973, que poderia tê-la concebido em termos genéricos e irrestritos, preferiu, bem ou mal, fixar contorno apertado. A opção legislativa é clara, inequívoca, e diante dela não resta ao julgador senão curvar-se.

Ademais, numa interpretação sistemática, como se sabe, verifica-se que a própria *topografia* dos dispositivos remonta ao entendimento de que o normativo excepcional deve se limitar à seara do sistema do direito das sucessões, submetida aos requisitos de validade e princípios específicos que o norteiam.

Por fim, anoto que foi opção do legislador pátrio estabelecer escorreito prazo de caducidade para as relações de herança, como bem adverte, mais uma vez, o parecer anexado de Cezar Peluso:

Qual a razão de tão brevíssimo prazo de caducidade, senão o intuitivo propósito normativo de garantir, com a absoluta firmeza objetiva que recobriria, em tão pouco tempo, a distribuição de bens constante da partilha hereditária, a

segurança, a paz e a estabilidade que deveriam, como ideal político-legislativo, governar as relações permanentes de parentesco, ou, em síntese, a instituição familiar que subsiste à sucessão, livrando-a do dilatado risco de litígios judiciais e desavenças intestinas? Tal é, a meu juízo, a evidente intencionalidade normativa na regência de situação social típica, cuja especificidade está no vínculo jurídico imutável que permeia as relações usuais de parentesco entre os herdeiros.

Como tal, essa situação, própria do direito hereditário, onde imperam de regra relações *ex iure sanguinis*, não pode equiparada à que medeia entre os cônjuges ou companheiros, cuja relação jurídica original, porque desprovida do mesmo substrato fático do parentesco sangüíneo, se desfaz na separação, no divórcio ou na dissolução da sociedade, sem perpetuar qualquer vínculo jurídico que ainda merecesse particular atenção do ordenamento. A partilha dos bens, nesses casos, entra na categoria dos negócios jurídicos em geral, cujo prazo de anulação por vício da vontade é mais dilatado e comum, pois, ao juízo soberano da lei, não aparece como danoso à paz social. Os ex-cônjuges e companheiros são vistos e tratados aqui na mesma posição factual em que estão os figurantes de outros negócios jurídicos suscetíveis de anulação pelas mesmas causas! A estima do prazo preclusivo, ainda quando, por hipótese, criticável, é da competência do legislador, não do intérprete, o qual não está autorizado a expandir o alcance de norma jurídica limitada a caso exemplar de direito sucessório.

(fl. 1.569)

Assim, não há falar em decadência na espécie.

7. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, reformando a sentença e o acórdão recorrido, afastar a decadência da pretensão inicial, determinando reabertura da instrução processual.

Por conseguinte, mantenho a tutela provisória antes concedida e obsto, até o julgamento definitivo desta demanda, o prosseguimento da execução das escrituras públicas fruto de alegada coação (Proc. 0030741-72.2007.8.26.0068, em trâmite perante a 5ª Vara Cível de Barueri) e afasto, até lá, a possibilidade de levantamento de qualquer quantia que esteja depositada no referido processo.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, gostaria de cumprimentar inicialmente os ilustres advogados, Doutor Cesar Asfor Rocha e o Doutor Lúcio Flávio Siqueira de Paiva pelas sustentações de excelente qualidade que nos trouxeram e que contribuem para o melhor esclarecimento dos fatos.

Como foi referido da tribuna, tenho precedente a respeito do tema, no qual me refiro a decisões deste Colegiado, tanto da Terceira quanto da Quarta Turmas, firmando a decadência pelo prazo do art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil, citando os ilustres Ministros Castro Filho, Carlos Alberto Menezes Direito, Eduardo Ribeiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

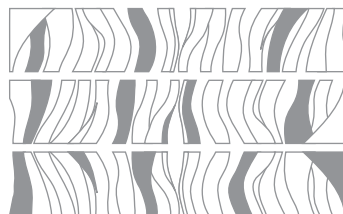
E eu não poderia mudar de posição diante da qualidade, também, do voto que nos traz o eminente Ministro Luis Felipe Salomão, a quem acompanho integralmente, cumprimentando Sua Excelência.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, as esclarecedoras sustentações orais e o exauriente voto do eminente Relator deram-me a oportunidade de melhor meditar sobre a questão, sob os mais diversos ângulos, e de reformular o entendimento esposado na decisão singular mencionada pelo recorrido.

Penso que o voto do Ministro Luís Felipe Salomão não deixa margem a dúvida, valendo-se desde precedentes antigos do Supremo Tribunal Federal, da lavra do saudoso Ministro Décio Miranda, passando por vários precedentes de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar que o prazo de decadência previsto no Código de Processo Civil revogado, e também no atual, destina-se às partilhas feitas *causa mortis*. Nele está esclarecida a razão de ser da diferença de tratamento da partilha feita em caso de inventário *causa mortis* e da partilha feita por dissolução da sociedade conjugal. Os dispositivos tomados de empréstimo da partilha *causa mortis* para a partilha entre ex-cônjuges, quando não há acordo, são apenas os que regulam o procedimento, não os índole material, como é o caso do prazo de decadência. Ademais, no caso, cuida-se de partilha por acordo, a qual está sendo questionado sob alegação de coação, incidindo a regra geral de decadência para a anulação de negócios jurídicos por vício de consentimento.

Acompanho, portanto, o voto do Ministro Relator.



Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.545.118-MG
(2015/0180763-8)**

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Agnelo Roberto de Assis Tirapelli

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Recurso que se insurge contra o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Suspensão da prescrição, por força do art. 543-C do CPC/1973. Inocorrência. Agravo desprovido.

1. Em observância ao princípio da legalidade, que rege o Direito Penal como um todo, as causas suspensivas da prescrição demandam expressa previsão legal, o que não ocorre no caso do art. 543-C do CPC/1973.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento)

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Ministério Público Federal* contra decisão monocrática proferida por esta relatoria, à fl. 243 (e-STJ), que julgou prejudicado o recurso especial, em razão da extinção da punibilidade decorrente da prescrição da pretensão punitiva.

Nas razões deste agravo, o *Parquet* defende a suspensão da prescrição penal, por força do art. 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil.

Alega que, “no período de 15/6/2011 até 17/6/2015, houve a suspensão do Recurso Especial, nos termos do CPC-art. 543-C, § 1º e Resolução n. 8/2008 do STJ, - art. 1º Suspenso, assim, o Prazo Prescricional.” (e-STJ, fl. 258). Por isso, sustenta não ter transcorrido o prazo prescricional de 4 anos e defende a reforma da decisão monocrática, de modo que se afaste o reconhecimento da extinção da punibilidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Destaque-se que a questão controvertida, nos autos, consiste em saber se o sobrestamento do processo, previsto no art. 543-C, § 1º, do CPC/1973 – elaborado para os recursos repetitivos – acarreta, por consequência, também a suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva. A parte agravante, em suma, alega que a decisão monocrática, ao extinguir a punibilidade pela prescrição, não observou o dispositivo supracitado.

Inicialmente, cumpre tecer alguns comentários sobre o princípio da legalidade.

Como cediço, o Direito Penal se guia pelo primado da legalidade. Nos termos do art. 1º do Código Penal, cujo teor reflete o conteúdo do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Segundo Fernando Capez, o princípio da legalidade, em seu aspecto político, é garantia constitucional fundamental do homem. O autor explica que “o tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade.”

(CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, v.1, parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54).

As regras sobre prescrição, apesar de não tratarem, propriamente, de norma penal incriminadora, evidentemente, subordinam-se ao princípio da legalidade. Nada obstante não veicularem condutas proscritas, traduzem-se em genuíno limite legal ao poder punitivo estatal (punibilidade).

O professor Damásio aborda com maestria o tema:

Com a prática do delito, como vimos, surge a relação jurídico-punitiva, de natureza concreta (direito de punir concreto), estabelecida entre o Estado e o delinqüente, que se denomina punibilidade. Ela é, na lição de Antolisei, a possibilidade jurídica de imposição da sanção penal. Não faz parte do crime. Este é um fato típico e antijurídico. Nem a culpabilidade é seu elemento ou característica, funcionando como pressuposto de aplicação da sanção penal, elo entre o delito e o delinqüente a quem se reconheceu o juízo de censurabilidade. (JESUS, Damásio E. de. Prescrição Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 18-19)

Pierpaolo Bottini, por sua vez, assevera que “a norma sobre prescrição é de direito penal material, sobre a qual incide, com toda a força, o limite da legalidade. Em tal campo, inadmissível a analogia, a extensão dos efeitos legais para além dos contornos literais, muito menos a interpretação contrária ao sentido expreso dos dispositivos.” (<http://www.conjur.com.br/2015-fev-03/direito-defesa-legalidade-xeque-discussao-stf-prescricao-penal>).

Assentada a aplicação do princípio da legalidade às normas atinentes à prescrição, passa-se à análise das causas de suspensão da prescrição.

Anote-se que as causas suspensivas da prescrição são aquelas hipóteses em que o prazo prescricional não tem curso durante certo período, como se tivesse um intervalo, recomeçando a correr quando de seu término (JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 18-19).

Os fatos impeditivos ou suspensivos da prescrição da pretensão punitiva encontram, em observância à legalidade, regramento expreso, seja no Código Penal (art. 116), seja na legislação extravagante.

No Estatuto repressor, a matéria ganha os seguintes contornos:

Causas impeditivas da prescrição

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

Como leciona Damásio, “a enumeração legal é taxativa, não admitindo ampliação, salvo diante de outra disposição legal em sentido expresse, como é o caso do art. 366 do CPP.” (JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86).

Nesse sentido, já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Réu menor de 21 anos de idade. Redução do lapso prescricional. Oferecimento da denúncia. Causa que não interrompe a prescrição penal. Pedido indeferido. - Somente o recebimento judicial válido da denúncia - e não o seu mero oferecimento pelo Ministério Público - dispõe, juridicamente, de eficácia interruptiva da prescrição penal. Precedentes. - As causas interruptivas da prescrição penal - definidas, taxativamente, em *numerus clausus*, no art. 117 do Código Penal - estão sujeitas a regime de direito estrito, não comportando, em consequência, ampliação nem extensão analógica. Inadmissibilidade da analogia *in malam partem* em matéria de prescrição penal. Precedentes. Doutrina. (HC 69.859, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 1º.12.1992, DJ 29.09.2006)

Além da hipótese de suspensão da prescrição, já mencionada e que encontra previsão expressa no art. 366 do Código de Processo Penal, cite-se como exemplo outras situações de suspensão do prazo prescricional: (a) “durante o mandato parlamentar” (art. 53, §§ 3º e 5º da CF); (b) “durante a suspensão condicional do processo” (art. 89, § 6º, da Lei n. 9.099/1995); (c) “enquanto se aguarda a citação por carta rogatória do acusado que se encontra no estrangeiro, em lugar sabido” (art. 368 do CPP); e (d) “durante o cumprimento de acordo de leniência” (art. 87 da Lei n. 12.529/2011). Confira-se que, em todos esses exemplos, há previsão expressa de suspensão da prescrição:

CPP. Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, **ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei n. 9.271, de 17.4.1996)

CF. Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 35, de 2001)

(...)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 35, de 2001)

(...)

§ 5º **A sustação do processo suspende a prescrição**, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 35, de 2001)

Lei n. 9.099/1995. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 6º **Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.**

CPP. Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, **suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento.** (Redação dada pela Lei n. 9.271, de 17.4.1996)

Lei n. 12.529/2011. Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional** e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Ademais, Damásio enumera alguns exemplos que não suspendem o curso do lapso prescricional, por não haver previsão expressa nesse sentido: “Assim, não constituem causas suspensivas da prescrição o incidente de insanidade mental do acusado (CPP, arts. 149 e s.), o processo administrativo, encontrando-se sobrestada a ação penal e os embargos de declaração (STJ, HC 2.802, 5ª

Turma, DJU, 14 nov. 1994, p. 30.963).” (JESUS, Damásio E. de. Prescrição Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86).

A fim de se espancar qualquer dúvida quanto à matéria, confira-se que o art. 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil revogado, não previu a suspensão do prazo prescricional:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei n. 11.672, de 2008).

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei n. 11.672, de 2008).

Nestes termos, imperioso concluir não ser dado ao intérprete criar novas hipóteses de suspensão da prescrição, sob pena de incorrer em analogia *in malam partem*. Com efeito, tem-se, no caso, verdadeiro silêncio eloquente, não passível de contorno.

Por isso, mantenho a decisão monocrática que, com fundamento no art. 110, § 1º, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal, *concedeu* habeas corpus, de ofício, para declarar extinta a punibilidade do recorrente **Agnelo Roberto de Assis Tirapelli**, no Processo n. 1.0625.08.078540-9/001.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 221.231-PR (2011/0242204-3)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Paulo Roberto Krug

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Artigos 4º da Lei n. 7.492/1986 e 1º, VI, da Lei n. 9.613/1998. Magistrado que homologa acordo de colaboração premiada. Impedimento. Inexistência. Artigo 252 do CPP. Hipóteses taxativas. Juntada de documentos no curso da ação penal. Determinação judicial *ex officio*. Possibilidade. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. As causas de impedimento do Magistrado para o processamento e julgamento da causa são circunstâncias objetivas relacionadas a fatos internos ao processo, previstas, taxativamente, no artigo 252 do Código de Processo Penal.

3. Nesse diapasão: a) não é possível *interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público* (HC 92.893, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.10.2008, DJe de 11.12.2008); b) não se pode ampliar o sentido do *inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição) – HC 97.553, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16.06.2010, DJe de 09.09.2010.*

4. Na hipótese vertente, não houve exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na

fase preliminar que impeça o Juiz oficiante de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. O acórdão impugnado considerou que a participação do magistrado restringiu-se à homologação do acordo de delação premiada e a sentença consignou que os depoimentos dos delatores não haviam sido isoladamente considerados para embasar a condenação.

5. Em resumo, a homologação do acordo de colaboração premiada pelo Magistrado não implica seu impedimento para o processo e julgamento da ação penal ajuizada contra os prejudicados pelas declarações prestadas pelos colaboradores, não sendo cabível interpretação extensiva do artigo 252 do CPP. Precedentes.

6. Em obediência ao princípio da busca da verdade real e pela adoção do sistema de persuasão racional do juiz, é possível que o magistrado, na fase processual, determine a produção de provas *ex officio*, desde que de forma complementar à atividade probatória das partes. No caso, o juiz, conhecedor de elementos probatórios constantes de outras ações penais conexas à presente, e que poderiam suprir dúvidas existentes nos autos sobre pontos relevantes para o julgamento da causa, determinou a sua juntada ao procedimento criminal, com a reabertura de prazo às partes para manifestação. Inteligência dos arts. 156, II e 502 da Lei Adjetiva Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. José Carlos Cal Garcia Filho (p/pacte).

Brasília (DF), 21 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 29.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Paulo Roberto Krug*, indicando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 2002.70.00.078965-2/PR).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática dos crimes previstos nos artigos 4º da Lei n. 7.492/1986 e 1º, VI, da Lei n. 9.613/1998, à pena de 11 (onze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 323 (trezentos e vinte e três) dias-multa, por ter efetuado depósitos em contas de interpostas pessoas que funcionaram como “laranjas”, com transferências de valores para contas CC5 no período de junho de 1996 a dezembro de 1997 e por transferências internacionais, por meio da conta *Pacific Way*, mantida no Merchants Bank, em Nova Jersey, Estados Unidos da América, no período de novembro de 1999 a junho de 2002.

Interposto recurso de apelação pela acusação e pela defesa, a Corte regional negou provimento ao apelo defensivo e proveu parcialmente o recurso ministerial para majorar a reprimenda imposta ao réu para 11 (onze) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 492 (quatrocentos e noventa e dois) dias-multa. O acórdão ficou assim ementado (e-STJ fl. 996):

Penal e Processo Penal. Resolução n. 20/2003 do TRF/4ª Região. Legalidade. Enquadramento típico. Artigo 4º, “caput”-, artigo 16 e artigo 22, parágrafo único, todos da Lei n. 7.492/1986. Princípio da consunção. Incidência. Artigo 1º, inciso VI, da Lei n. 9.613/1998. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Autoria e materialidade comprovadas.

1. A Resolução n. 20/2003 do TRF da 4ª Região, que criou as varas especializadas para crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, foi autorizada legalmente, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.664/1998. Precedentes do STJ e STF.

2. O art. 16 da Lei n. 7.492/1986 tipifica o informal exercício como instituição financeira e não a atuação com excesso daquelas devidamente autorizadas.

3. Esgotada a potencialidade lesiva dos fraudulentos documentos e na remessa e manutenção de valores no estrangeira, é de ser reconhecida a absorção dos delitos de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei n. 7.492/1986) pelo delito de realização de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986).

4. Comprovado que os réus efetuaram a remessa de valores ao exterior sem a devida autorização legal, tem-se por configurado o crime de evasão de divisas, bem como a dissimulação da origem e escondimento de dinheiro próprio e de

terceiros, proveniente de prévios crimes financeiros, notadamente da evasão de divisas e operação ilegal de instituição financeira, a caracterizar igualmente o branqueamento de capitais.

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos para declarar extinta a punibilidade pela prescrição quanto ao crime tipificado no artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986 em relação aos fatos anteriores a 8.4.1997 referentes a 17 depósitos em contas CC5, e, por conseguinte, reduzir a reprimenda imposta ao réu para 10 (dez) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 370 (trezentos e setenta) dias-multa, em acórdão que ficou assim ementado (e-STJ fls. 1.012/1.013):

Penal e Processo Penal. Embargos de declaração. Impedimento do magistrado. Inocorrência. Conversão do julgamento em diligência. Validade. Materialidade dos delitos de evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Dosimetria da pena. Reparação do dano. Inexistência de contradições e omissões. Omissão quanto à análise dos fatos prescritos.

1. *Ao rejeitar a preliminar de impedimento, o acórdão considerou que participação do magistrado restringiu-se à homologação do acordo de delação premiada, além do fato de ter a sentença consignado que os depoimentos dos delatores não haviam sido isoladamente considerados para embasar a condenação.*

2. *Sendo a conversão do julgamento em diligência faculdade expressamente prevista pelo legislador (artigo 502 do Código de Processo Penal), não se acolhe tese de ilicitude da prova então produzida, especialmente em razão da pertinência dos documentos juntados, bem como diante da abertura de prazo para que a defesa sobre eles se manifestasse, e ainda pela caracterizada condição da prova emprestada como complementar.*

3. *A condenação do embargante pela prática dos delitos de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro foi calcada no farto conjunto probatório constante dos autos, exaustivamente analisado pelo acórdão, especialmente pelos documentos dos inquéritos policiais e seus apensos, além da referência expressa à análise da prova emprestada feita pela sentença.*

4. *Ainda que não tenha havido expressa referência ao embargante, que não se insurgiu quanto ao valor da reparação do dano em suas razões recursais, extrai-se do acórdão embargado que foram mantidos contra ele os fundamentos da condenação referidos pelo magistrado, em especial a sua responsabilidade plena pelos crimes praticados.*

5. *Embargos de declaração parcialmente providos, para, sanando a omissão do acórdão, excluir da condenação do crime do artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, os fatos prescritos, com a conseqüente redução das penas fixadas para o embargante, isto estendendo, de ofício, aos demais condenados.*

Fora interposto recurso especial, autuado no âmbito desta Corte sob o n. 1.253.022/PR, e no qual se objetiva o reconhecimento da atipicidade dos fatos imputados ao paciente e a revisão da dosimetria de suas penas, encontrando-se pendente de julgamento.

No presente *mandamus*, a defesa alega que o paciente sofre constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, por ter sido a ação penal n. 2002.70.00.00078965-2 conduzida e julgada por juiz impedido.

Pondera que o Juiz Sérgio Fernando Moro teria procedido diretamente à colheita dos depoimentos de Alberto Youssef e Gabriel Nunes Pires Neto nos autos dos Procedimentos Criminais Diferenciados n. 2004.70.00.002414-0 e 2004.70.00.008901-8, quando da celebração de acordo de delação premiada, antes mesmo da distribuição formal dos feitos, tendo, pois, contato direto com os depoimentos por estes prestados em procedimento sigiloso, o que implica seu impedimento para a instrução da ação penal contra o ora paciente, delatado nos respectivos depoimentos, diante de seu contato direto, durante a fase pré-processual, com os elementos probatórios que subsidiaram a condenação.

Observa que o comprometimento da imparcialidade do Magistrado é perceptível, inclusive, pela conduta por ele perpetrada após a fase do já revogado artigo 499 do Código de Processo Penal e após a apresentação das alegações finais pelas partes, quando determinara, sem requerimento ministerial, a juntada de vários documentos que reputava relevantes para o julgamento da causa constantes dos Anexos XX, XXI e XXII, os quais, inclusive, foram fundamentais para a prolação do decreto condenatório, a despeito de referirem-se à processos criminais nos quais o paciente não figurava como parte. Sustenta que a ausência de tais documentos demonstrava a falta de provas quanto à materialidade dos crimes de evasão de divisas e da lavagem de capitais, razão pela qual não poderia ser suprida por determinação judicial, competindo ao Magistrado apenas a prolação de sentença absolutória.

Aduz que o Magistrado teve participação direta e ativa na produção de provas, com quebra da imparcialidade objetiva e violação da paridade de armas.

Ressalta que o acordo de colaboração premiada teria sido assinado e celebrado pelos procuradores da República integrantes da Força Tarefa CC5, pelos delatores e seus advogados e pelo Magistrado.

Defende que a conduta do Juiz confunde-se com a figura do juiz-investigador, não sendo este compatível com o sistema acusatório.

Salienta que, ao contrário do constante do acórdão impugnado, a conduta do Magistrado não teria se limitado à homologação do acordo de colaboração premiada, pois alguns dos benefícios oferecidos aos delatores não poderiam ser oferecidos sem a aquiescência judicial.

Requer a declaração de impedimento do Magistrado Federal Titular da 2ª Vara Criminal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, declarando-se a nulidade da Ação Penal n. 2002.70.00.00078965-2.

Informações prestadas às e-STJ fls. 1.025/1.129.

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ fls. 1.133/1.144).

Petição acostada à e-STJ fl. 1.148 requerendo a intimação do advogado constituído nos autos para realização de sustentação oral quando do julgamento do presente *mandamus*.

Nova petição acostada pela defesa às e-STJ fls. 1.152/1.233 com parecer do professor Geraldo Prado, no qual se manifestara pela nulidade da ação penal.

Memoriais juntados pela defesa com a reiteração dos fundamentos já constantes da petição do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 21.5.2015, DJe 27.5.2015 e STF, HC n. 113.890, Relatora Ministra *Rosa Weber*, Primeira Turma, julg. em 3.12.2013, DJ 28.2.2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A defesa objetiva a declaração de impedimento do Juiz Sérgio Fernando Moro para a instrução e julgamento da ação penal objeto do presente *writ* (Ação Penal n. 2002.70.00.00078965-2), por ter ele participado da colheita dos depoimentos de Alberto Youssef e Gabriel Nunes Pires Neto nos autos dos Procedimentos Criminais Diferenciados n. 2004.70.00.002414-0 e 2004.70.00.008901-8, quando da celebração de acordo de delação premiada por estes, homologando-os, o que implica seu impedimento nos termos do artigo 252, II, do Código de Processo Penal, diante de seu contato com os elementos probatórios que respaldaram a instauração de processo criminal contra o paciente, funcionando, ao ver dos impetrantes, como verdadeiro investigador.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, analisando o tema, assim se pronunciou (e-STJ fls. 896/898):

Transcrevo, por oportuno, os fundamentos para rejeição dos Embargos de Declaração na ACR n. 2004.70.00.015045-5/PR, em 14.7.2009, em que analisei questão similar levantada pelo embargante:

O embargante sustenta, primeiramente, que houve contradição no acórdão embargado no tocante à análise da ilicitude da prova testemunhal colhida mediante acordo de delação premiada, uma vez que transcreveu trechos dos depoimentos prestados que demonstram que a participação do magistrado prolator da sentença não se limitou à homologação do acordo. Refere que tais depoimentos foram colhidos perante o magistrado em audiência realizada no PCD 2004.70.00.008901-8 em 16.12.2003 e 3.3.2004, mas que este PCD somente foi distribuído ao Juízo da 2ª Vara Criminal de Curitiba em 4.4.2004 e que, sendo assim, eventual homologação do acordo somente poderia ter ocorrido após a distribuição dos autos àquele, ocasião em que foi fixada sua competência jurisdicional.

Em suas razões de apelo, o recorrente arguiu a imprestabilidade da prova testemunhal produzida mediante acordo de delação premiada, tendo em vista que a instrução do feito teria se dado com a larga utilização de depoimentos prestados por pessoas que celebraram o acordo com o Ministério Público Federal, com a participação direta do juiz prolator da sentença, sendo que isto demonstraria o seu absoluto engajamento com a acusação, pois esses procedimentos não tinham outra finalidade que não a obtenção da incriminação de terceiros.

A referida preliminar foi rejeitada pelo acórdão, que considerou a validade da prova face à expressa previsão legal e o fato de sua valoração ter encontrado respaldo no conjunto probatório. Além disso, referiu a exclusiva participação do magistrado na sua homologação, endossando os argumentos expostos por ocasião da rejeição da exceção de impedimento juntada aos autos, por não ter tido envolvimento direto no seu conteúdo (fls. 641/643):

5. Quanto ao impedimento, argumentação da defesa está baseada em falsas premissas. *Os acordos de delação premiada foram celebrados entre os acusados, seus defensores e a acusação. A participação do julgador deu-se posteriormente, após a celebração do acordo, a fim de formalizá-lo e homologá-lo, conferindo maior segurança ao ato. Assim, o julgador não teve envolvimento direto no conteúdo do acordo. Após a celebração do acordo, apenas para garantir a segurança da prova, bem como para garantir que não estaria sendo extraída sob qualquer espécie de coação, foram colhidos e gravados os depoimentos dos delatores perante o Juízo, em audiência.* Da mesma forma, o conteúdo dos depoimentos já eram conhecidos do MPF e visou-se com o procedimento apenas formalizar a prova. Aliás, embora a argumentação careça de maior substância, não são poucos os que questionam a validade da prova colhida diretamente pelo MPF, havendo inclusive causa da espécie em trâmite no STF (Inquérito 1968), o que explica a cautela da presença do julgador quando da colheita da prova. Isso, porém, não significa que o juiz transformou-se em investigador, substituindo o MPF ou a Polícia Federal. Apenas reduziu-se a termo as declarações dos acusados, com a presença do Juízo para conferir maior segurança do ato.

6. Outra participação do Juízo nos acordos deu-se apenas quando do julgamento das acusações formuladas contra os delatores em processos nos quais obtiveram o benefício da redução da pena. Aliás, por este motivo é que os acordos foram trazidos a este Juízo e formalizados sob a sua presença, considerando que ambos tiveram presente as ações penais 2004.7000006806-4 e 2003.7000039531-9 nos quais ambos eram réus. Daí, aliás, a celebração dos acordos, com posterior distribuição a este juízo em autor apartados.

Inexistiu, assim, a contradição apontada, pois referente à valoração da prova, devidamente realizada no aresto. Indevidamente insurge-se o embargante nesta via, em verdade, quanto à prova, o seu valor e fundamentos da condenação.

Inexistiu, portanto, a apontada omissão.

Refere o embargante não ter sido analisada a questão da necessidade de conhecimento da ilicitude do compartilhamento dos elementos de prova trazidos aos autos pelo Magistrado, após as alegações finais, em flagrante violação ao artigo VII do Acordo de Cooperação Internacional - Estados Unidos (MLAT), promulgado pelo Decreto n. 3.810/2001.

Ao rejeitar a referida preliminar, acórdão expressamente referiu (fl. 2.259-verso):

Não há obstáculo legal, porém, ao aproveitamento de provas emprestadas, mesmo obtidas fora do contraditório ao que agora sujeitas e segundo a legislação

própria de regência do local do ato, sempre valoradas prudentemente para o caso e com reforço nas provas diretamente produzidas na ação penal.

Conforme se vê dos despachos das fls. 1.737-1.738 e 1.789-1.791, o juiz *a quo* baixou o feito em diligência e determinou a juntada de vários documentos relevantes, como documentos bancários, cópias de representações fiscais, e peças de outro processos criminais, determinando a intimação da defesa para, querendo, complementar suas alegações finais no prazo de três dias.

Regularmente intimado, o réu se manifestou quanto à juntada dos referidos documentos (fls. 1839-1845), cuja insurgência foi rejeitada pela sentença (fls. 658):

38. Quanto à alegação de invalidade da iniciativa de ofício do Juízo ao determinar a juntada de novos documentos pela decisão de fls. 1.737 e 1.738, 1.789-1.791, trata medida que conta com expresso amparo legal conforme artigo 156 do CPP, mesmo considerando a nova redação da pela Lei n. 11.690/2008. Também encontra amparo no artigo 502 do CPP, redação anterior à referida lei, e atualmente no artigo 404 do CPP. Portanto, a tese de que o Juiz não pode atuar supletivamente, como foi o caso, cf. Fundamento dos despachos, não encontra amparo na lei expressa, nem se infere ela no texto constitucional.

De fato, sendo a conversão do julgamento em diligência faculdade expressamente prevista pelo legislador (artigo 502 do CPP), não há como acolher a tese do apelante sobre a ilicitude da prova produzida, especialmente em razão da pertinência dos documentos juntados aos autos - cópias de inquérito policial e ação penal - bem como diante da abertura de prazo para a defesa para que sobre eles se manifestasse, e ainda pelos limites da prova emprestada como complementar.

Não prospera, assim, a alegação do embargante.

E, ainda (e-STJ fls. 948/951):

Impedimento do magistrado que presidiu e sentenciou a ação penal.

Alega o apelante Paulo Roberto Krug que o magistrado participou diretamente dos procedimentos de delação premiada de Alberto Youssef e Gabriel Nunes Pires Neto. Refere que o depoimento de Alberto Youssef foi colhido nos autos da Representação Criminal n. 2004.70.00.008901-8 em caráter sigiloso, antes da distribuição formal do Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Curitiba, sendo que o magistrado prolator da sentença participou diretamente do ato, interrogando o depoente diversas vezes, como também, suspendeu mandados de prisão expedidos em seu desfavor. Já Gabriel Nunes Pires Neto teria sido ouvido pelo magistrado no Procedimento Criminal n. 2004.70.00.008901-8, também em data anterior a sua distribuição formal, sendo que seu depoimento foi fielmente transcrito pela sentença condenatória. Diz ser forçoso concluir que o magistrado estava impedido de atuar no feito e, especialmente, proferir sentença. Refere,

ainda, que o teor do item 3 do despacho das fls. 1.737-1.738, revela, mais uma vez, a quebra da imparcialidade objetiva do juiz sentenciante, acarretando o seu impedimento.

Rejeito os argumentos da defesa pelos mesmos fundamentos do parecer ministerial das fls. 2.141-verso a 2.143:

8. Como primeira prefacial, faz-se mister mencionar que não está impedido o juiz *a quo*.

[...]

10. *Os acordos de delação premiada foram celebrados entre os acusados, seus defensores e a acusação. A participação do Juízo a quo ocorreu posteriormente, após a celebração do acordo, a fim de formalizá-lo e homologá-lo, conferindo maior segurança ao ato. O Juízo de primeiro grau não teve envolvimento direto no conteúdo do acordo. Assim, somente após a celebração do acordo, apenas para garantir a segurança da prova, bem como para garantir que não estaria sendo extraída sob qualquer espécie de coação, foram colhidos e gravados os depoimentos dos delatores perante o Juízo a quo, em audiência. É dizer: como controlador do acordo realizado, o juízo nada mais estava fazendo do que verificar se não haveria nenhuma ilegalidade que poderia vir em detrimento dos demais envolvidos, inclusive do ora réu. Da mesma forma, o conteúdo dos depoimentos já era conhecido do MPF e visou-se com o procedimento apenas formalizar a prova.*

11. Ademais, e se diz apenas a título de argumentação, mesmo que o julgador monocrático tivesse participado ativamente do entabulamento dos acordos, com a tomada das informações dos delatores que, à luz da legislação de regência, não haveria irregularidade no procedimento.

12. Com efeito, o artigo 25 da Lei n. 7.492/1986 foi acrescido de um parágrafo 2º pela Lei n. 9.080/1995, o qual possui a seguinte redação: “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. À exceção da nova Lei de Tóxicos (n. 10.409/2002) - que passou a prever a possibilidade de acordo extrajudicial entre delator e acusação, inclusive com “sobrestamento” do processo -, nenhum dos demais diplomas legais que albergam o instituto da delação vedam a possibilidade de ele formalizar-se perante a autoridade judiciária - aliás, entende-se que nem na hipótese da Lei de Tóxicos tal restrição se impõe, pois o que os princípios constitucionais exigem (notadamente o da imparcialidade do juiz) é o distanciamento do juiz no que atine à substancial produção do acordo. Ou seja, nada impede, tal como ocorreu, para maior transparência e segurança, que o acordo seja reduzido a termo, em audiência e homologado pelo juízo monocrático. De resto, em relação à prova colhida, como reclama o sistema da livre apreciação motivada, deverá o material obtido por meio da delação ser cotejado com os demais meios lícitos de prova (pois a delação exclusivamente não serve como fundamento para fins de condenação), a fim de subsidiar o

decreto absolutório ou condenatório -, com a autorização para redução da pena do colaborador ou até para concessão do perdão judicial.

[...]

14. Além do mais, cumpre mencionar que os fatos objeto da presente ação penal foram apurados em diligências realizadas pela Força Tarefa CC-5, nas cidades de Nova Iorque/NY e Newark/NJ para aprofundar investigações acerca das atividades dos correntistas e ex-correntistas da extinta agência do banco Banestado em Nova Iorque, ou seja, a prova está alicerçada primeiramente nesses documentos.

15. Em vista disso e do princípio da livre apreciação da prova pelo magistrado, resta afastado o alegado impedimento do Juízo *a quo*.

Com efeito, o que se verifica nos autos é que, em primeiro lugar, a participação do magistrado prolator da sentença nos acordos de delação premiada firmados entre as testemunhas e o Ministério Público consistiu, tão somente, na sua homologação.

Por outro lado, encontrando expressa previsão legal e havendo outros elementos probatórios nos autos, inexistente qualquer invalidade na produção de tal prova.

[...]

Frise-se, inclusive, que a sentença expressamente consignou, ao examinar tais provas na fundamentação, que os testemunhos de Gabriel Nunes Pires e José Luis Boldrini, não foram isoladamente considerados para embasar a condenação, conforme se vê dos trechos a seguir transcritos (fls. 1.880-1.882):

113. Quanto à credibilidade dos depoimentos de Gabriel e José Luis Boldrini, é forçoso reconhecer que se trata de palavras de criminosos, esperando benefícios legais em troca da colaboração com a Justiça. Entretanto, o fato do depoimento ser suscetível de questionamentos, não o torna automaticamente imprestável.

[...]

114. A questão que realmente importa no caso de criminosos colaboradores é verificar se o depoimento é corroborado por provas independentes no processo. Ora, no presente caso, cf. Já visto nos itens 90-106, há uma abundância de provas independentes, de natureza documental, quanto ao envolvimento de Paulo Roberto Krug no mercado de câmbio negro e da realização de operações através da conta Pacific no exterior. Os depoimentos de Gabriel e de José Luis Boldrini são, em realidade, apenas elementos probatórios adicionais, plenamente prescindíveis.

Assim, rejeito a preliminar.

Como visto, a Corte de origem afastou o alegado impedimento do Magistrado para o processo e julgamento da causa, primeiro, porque sua atuação

no acordo de colaboração premiada teria limitado-se à respectiva homologação, tendo, para tanto, tomado depoimento de Alberto Youssef e Gabriel Nunes Pires Neto a fim de verificar a legalidade, validade e voluntariedade do ato, segundo, porque a determinação para juntada de documentos teria observado as prescrições legais, visto que realizada de forma complementar à atividade probatória das partes e aberto prazo para manifestação da acusação e da defesa sobre os novos documentos juntados aos autos e, terceiro, porque a condenação imposta ao paciente estaria consubstanciada em outros elementos probatórios que não apenas os depoimentos prestados pelos colaboradores.

A defesa aponta violação do disposto no artigo 252, II, do Código de Processo Penal que assim prescreve:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

Devo observar que as causas de impedimento do Magistrado para o processamento e julgamento da causa são circunstâncias objetivas relacionadas a fatos internos ao processo, enquanto as de suspeição referem-se a fatos externos ao processo.

Nesse sentido:

As causas de impedimento são circunstâncias objetivas relacionadas a fatos internos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do magistrado. Costuma-se dizer que dão ensejo à incapacidade objetiva do juiz, visto que os vínculos que geram impedimento são objetivos e afastam o juiz independentemente de seu ânimo subjetivo. Há, pois, uma presunção absoluta de parcialidade. Ao contrário das causas de suspeição, geralmente relacionadas a fatos externos ao processo, as causas de impedimento estão intrinsecamente ligadas, direta ou indiretamente, ao processo em curso, inicialmente submetido à jurisdição de determinado juiz. (DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, editora JusPodivm, 2015, p. 1.187).

“As causas de impedimento (...) de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação

ampliativa” (REsp 1.177.612/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 17.10.2011).

No caso dos autos, não verifico nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no artigo 252 do Código de Processo Penal e que poderiam implicar impossibilidade da atividade jurisdicional pelo Magistrado.

O impedimento do Magistrado para atuar em ação penal ajuizada contra os prejudicados por acordo de colaboração premiada da qual participou o Magistrado não encontra amparo no dispositivo legal supracitado, muito menos no inciso colacionado pela defesa - inciso II do artigo 252 do CPP - ou no inciso III do mesmo diploma normativo.

O inciso II do artigo 252 do Código de Processo Penal presume a perda da imparcialidade do Juiz quando este tenha desempenhado, anteriormente, no mesmo procedimento criminal (e aí, inclua-se a fase pré-processual e processual), as funções de defensor, Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito, não podendo se estender tal proibição aos Magistrados que porventura tenham atuado em fases pré-processuais, pois o Juiz quando atua nessa fase, mediante provocação, está funcionando como garantidor da legalidade da investigação, não estendendo-se a ele as funções de delegado de polícia ou de membro do Ministério Público, até mesmo porque, quando atua em tal mister, não emite qualquer juízo de valor acerca das questões de fato e/ou de direito que possa comprometer a sua imparcialidade no curso do processo penal.

Nesse sentido:

*Ementa: Processual Penal. Habeas corpus. Presidência de inquérito. Impedimento do magistrado. Inocorrência. Art. 255 do CPP. Rol taxativo. Precedentes. Juizado de instrução. Inocorrência. Incompatibilidade do art. 75 do CPP com a Constituição. Inexistência. Ordem denegada. I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada. (HC 92.893,*

Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.10.2008, DJe-236 DIVULG 11.12.2008 PUBLIC 12.12.2008 EMENT VOL-02345-01 PP-00118)

No caso, o fato do Juiz Sérgio Fernando Moro ter homologado os acordos de colaboração premiada de Alberto Youssef e Gabriel Nunes Pires Neto nos autos das Ações Penais n. 2003.70.00.056661-8, 2003.70.00.066405-7 (e-STJ fls. 52/62), 2001.70.01.003881-0, 2003.7000039531-9, 2003.7000066405-7, 2000.70.00023861-4, 2002.70.00.060753-7 (e-STJ fls. 84/98), procedendo, inclusive, à colheita de depoimento dos mesmos em razão do acordo de colaboração premiada (e-STJ fls. 79/82 e 99/101), e dos quais derivou o ajuizamento de ação penal contra o ora paciente, não faz presumir que tenha desempenhado função equivalente a de um membro do Ministério Público Federal ou Delegado da Polícia Federal, ao revés, sua atuação decorrerá de imposição legal para fins de homologação do acordo de colaboração premiada a fim de constatar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, sem a qual o respectivo acordo não surtiria os efeitos almejados pelos colaboradores.

É certo que diante da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro, do sistema acusatório, o Juiz não pode exercer, simultaneamente, funções próprias de investigação, inerentes à autoridade policial e ao Ministério Público, devendo resguardar a igualdade entre as partes, sobretudo a fim de manter sua imparcialidade para o julgamento de demanda, o que, contudo, não implica dizer que esteja proibido, na fase pré-processual, de exercer atividades de supervisão, de administração e de coordenação quanto à colheita dos elementos informativos e probatórios, bem como em relação às providências acautelatórias, dependendo, pois, de provocação. Referido entendimento, igualmente, pode ser aplicável a eventual coleta de depoimentos em sede de colaboração premiada, pois, a critério do Ministério Público, as informações daí obtidas podem ser relevantes para a apuração de fatos imputados à organização criminosa, bem como ensejar eventual concessão dos benefícios legais aos colaboradores.

O que o ordenamento jurídico não admite é que o Magistrado presencie ou participe das negociações para a formalização do acordo de colaboração premiada, adentrando e colaborando na elaboração de seu conteúdo.

No caso dos autos, ao contrário do alegado pela defesa, o conteúdo do acordo de colaboração premiada bem como o estabelecimento dos prêmios legais a serem deferidos aos colaboradores foram objeto de conversações e de tabulamento entre os membros do Ministério Público Federal que compunham a Força Tarefa CC-5, os defensores e os acusados Alberto Youssef e Gabriel

Nunes (e-STJ fls. 52/62 e 84/98), tanto que o Magistrado limita-se a apor o seu ciente e a designar data para colheita de depoimentos, o que, não é vedado pelo ordenamento jurídico, pois, para fins de homologação do acordo, o Magistrado pode proceder à colheita de declarações dos colaboradores, na presença de seus defensores, a fim de constatar a regularidade, legalidade e voluntariedade do entabulamento. Referido comportamento processual foi inclusive objeto de previsão expressa na Lei n. 12.850/2013 em seu artigo 4º, § 7º, o que, igualmente, demonstra o acerto da medida realizada pelo Juiz de primeiro grau.

Ao contrário do alegado pela defesa, não se pode presumir ter o Magistrado participado da elaboração do acordo de colaboração premiada, por constar como prêmios legais, a redução de pena ou perdão judicial. Isso porque, no acordo de colaboração premiada, os benefícios a serem concedidos são objeto de negociação entre o Ministério Público, os acusados e seus defensores e, acaso o Magistrado, por ocasião da homologação, discorde de seu conteúdo, deverá rejeitá-lo, aguardando novo acordo entre as partes.

Neste mesmo diapasão, a seguinte lição doutrinária:

Considerando a impossibilidade de o juiz imiscuir-se nas negociações inerentes ao acordo de colaboração premiada, ao magistrado não se defere a possibilidade de modificar os termos da proposta, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade. Na verdade, o que o magistrado pode fazer é rejeitar a homologação de eventual acordo por não concordar com a concessão de determinado prêmio legal, nos termos do art. 4º, § 8º, primeira parte, aguardando, então, que as próprias partes interessadas na homologação da proposta cheguem a novo acordo quanto ao benefício a ser concedido ao colaborador. (DE LIMA, Renato Brasileiro, Legislação Criminal Comentada, Editora JusPODIVM, 2015, pg. 557)

Na espécie, dos termos de depoimentos prestados por Alberto Youssef e Gabriel Nunes (e-STJ fls. 79/82 e 99/101), e, em conformidade com o constante do acórdão impugnado (e-STJ fls. 948/951), constato que os depoimentos foram colhidos pelo Magistrado, após a celebração do acordo de colaboração premiada entre os delatores, seus defensores e os membros do Ministério Público Federal, tão somente para fins de verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, não denotando exercício de atividade investigativa, mas apenas de supervisão, o que não implica comprometimento da imparcialidade do Juiz.

Igualmente não se faz presente no caso dos autos, a hipótese de impedimento prevista no inciso III do artigo 252 do CPP.

Conforme entendimento exposto no âmbito desta Corte, “o disposto no art. 252, III, do CPP aplica-se somente aos casos em que o juiz atuou no feito em outro grau de jurisdição como forma de evitar ofensa ao princípio do duplo grau” (HC n. 324.206/RJ, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, DJe 17.8.2015), não sendo esse o caso dos autos. Na espécie, trata-se de colheita de provas em processos diversos (Inquérito n. 2003.7000030333-4 e Ação Penal n. 2004.7000008267-0 e-STJ fl. 838), que subsidiaram a instauração de inquérito, oferecimento de denúncia e ajuizamento de ação penal distinta contra o ora paciente pela remessa de valores ao exterior a partir de contas CC5 durante a segunda metade da década de 1990, não havendo intervenção direta do Magistrado na investigação ou na persecução penal contra o paciente.

O fato do Magistrado ter participado da colaboração premiada de Alberto Youssef e de Gabriel Nunes, homologando o acordo e colhendo depoimentos para tal fim, e nos quais fora citado o nome do ora paciente como envolvido na trama delituosa, não macula sua imparcialidade, pois a intervenção do juiz não ocorrera em processo antecedente instaurado contra o próprio réu sob a sua presidência, não tendo o Magistrado, naquele momento, emitido juízo de valor a respeito dos fatos imputados ao paciente. Se assim fosse, processos conexos onde houvesse confissão espontânea e delação de corréus não poderiam jamais ser julgados pelo Magistrado, implicando causa obrigatória de separação de processos em desconformidade com o artigo 79, *caput* e incisos, do Diploma Processualista.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, apreciando questão análoga à dos autos, já se pronunciou no sentido de que a atuação do Magistrado no acordo de colaboração premiada, não implica seu impedimento para o processo e julgamento da ação penal, ante a inexistência de previsão expressa nas hipóteses taxativas previstas no artigo 252 do Código de Processo Penal.

A propósito:

EMENTA PROCESSUAL PENAL. *Habeas Corpus*. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Precedentes (HC n. 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12.12.2008 e RHC n. 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16.4.2010). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento

de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4. Ordem denegada.

(HC 97.553, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16.06.2010, DJe-168 DIVULG 09.09.2010 PUBLIC 10.09.2010 EMENT VOL-02414-02 PP-00414 RTJ VOL-00216-01 PP-00390 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 301-321 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 490-502)

Anoto que, em situação análoga (HC 367.156-MT), a colenda Sexta Turma não reconheceu sequer a hipótese de suspeição da Magistrada oficiante na Justiça Estadual do Mato Grosso. Veja-se, a propósito, o extrato da decisão no site deste Tribunal:

Decisão

09.03.2017 19:06

Negado *habeas corpus* a ex-governador de Mato Grosso Silval Barbosa

Por maioria de votos, em julgamento concluído nesta quinta-feira (9), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou *habeas corpus* ao ex-governador de Mato Grosso Silval Barbosa, réu em processo decorrente da Operação Sodoma. Barbosa foi denunciado pelos crimes de organização criminosa, concussão, lavagem de dinheiro e extorsão.

A defesa buscava a declaração de suspeição da juíza do processo. *De acordo com suas alegações, durante as audiências nas quais os colaboradores foram ouvidos para fins de homologação dos respectivos acordos de delação premiada, a magistrada teria ultrapassado os limites e a finalidade do ato processual, formulando diversas perguntas que diziam respeito aos fatos investigados e não apenas à regularidade, legalidade e voluntariedade da colaboração.*

Caso a pretensão fosse acolhida, seriam anulados todos os atos processuais subsequentes à homologação dos acordos, entre eles o que decretou a prisão preventiva de Silval Barbosa, em setembro de 2015.

Via inadequada

O relator, ministro Antonio Saldanha Palheiro, além de não reconhecer ilegalidade no procedimento que justificasse a intervenção do STJ, destacou que o *habeas corpus* não é o meio adequado para a análise de suspeição da magistrada competente, devido à impossibilidade de apreciação de provas.

Saldanha destacou trecho da decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT) no sentido de que “a oitiva prévia dos colaboradores não induz à presunção de parcialidade do juiz e nem faz concluir que tais declarações serão utilizadas como prova na instrução processual. Ao contrário, os colaboradores serão novamente chamados em juízo, quando ratificarão ou não o que ora está consignado nos autos”.

O relator foi acompanhado pelos ministros Nefi Cordeiro e Rogerio Schietti Cruz. Ao apresentar seu voto na sessão desta quinta-feira, Schietti reconheceu que a magistrada fez perguntas além das suficientes, mas também destacou a impossibilidade de se comprovar em *habeas corpus* eventual parcialidade de seu comportamento.

Segundo o ministro, não existe legislação expressa sobre os limites da atuação judicial na audiência de homologação do acordo de colaboração premiada, o que, para ele, é diferente da vedação da participação do juiz na condução do acordo, prevista no artigo 4º, parágrafo 6º, da Lei n. 12.850/2013.

Igualmente não há que se falar em quebra da imparcialidade do Juiz por ter este, já no curso da ação penal, determinado a juntada de documentos que reputava relevantes para a solução da causa.

No curso do processo penal, admite-se que o juiz, de modo subsidiário, possa - com respeito ao contraditório e à garantia de motivação das decisões judiciais - determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, seja por força do princípio da busca da verdade, seja pela adoção do sistema do livre convencimento motivado.

Com efeito, dispõe o art. 156, II, do CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

(...)

II - determinar, no curso da instrução, ou *antes de proferir sentença*, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

In casu, o Juiz, após as alegações finais e tendo conhecimento de outras provas que poderiam subsidiar a formação de seu convencimento quanto aos fatos objeto da presente ação penal, tendo em vista que atuava em outros

processos criminais conexos àquela, converteu o julgamento em diligência, determinando a juntada aos autos destes documentos, entre eles, documentos bancários, representações fiscais e peças de outros processos criminais, decorrentes de quebras de sigilo bancário e fiscal realizados em outras ações penais, tendo, posteriormente, aberto vistas às partes para manifestação, com a consequente reabertura de prazo para complementação de alegações finais (e-STJ fl. 898).

Em obediência ao princípio da busca da verdade e pela adoção do sistema de persuasão racional do juiz, é possível que o Magistrado, na fase processual, determine a produção de provas *ex officio*, desde que de forma complementar à atividade probatória das partes, como na espécie, em que o Juiz, conhecedor de elementos probatórios constantes de outras ações penais e que poderiam suprir dúvidas existentes nos autos sobre pontos relevantes para o julgamento da causa, determinou a juntada aos autos com a reabertura de prazo às partes para manifestação.

Caso o Juiz, conhecedor de tais documentos que poderiam sanar dúvidas sobre fatos constantes do procedimento criminal e colaborar para a busca da verdade, permanecesse inerte, aí sim poder-se-ia falar em quebra da imparcialidade, pois conhecedor de que sua inércia poderia beneficiar a parte contrária àquela a quem competia o ônus probatório.

Nesse sentido:

Essa atuação subsidiária do juiz na produção de provas não compromete sua imparcialidade. Na verdade, como destaca a doutrina, “os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquele prova.

[...]

Também não há qualquer incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um Juiz dotado de iniciativa probatória, que lhe permita determinar a produção de provas que se façam necessárias para o esclarecimento da verdade. [...]. Consoante prevê a Exposição de Motivos do CPP, enquanto não estiver averiguada a matéria de acusação ou da defesa, e enquanto houve uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (DE

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Editora JusPODIVM, 3ª edição, 2015, pgs. 601/602).

(...) A estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham em um mesmo sujeito processual as funções de defender, acusar e julgar, mas não elimina, dada a natureza publicista do processo, a possibilidade de o juiz determinar, mediante fundamentação e sob contraditório, a realização de diligências ou a produção de meios de prova para a melhor reconstrução histórica dos fatos, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade.

Não fora assim, restaria ao juiz, a quem se outorga o poder soberano de dizer o direito, lavar as mãos e reconhecer sua incapacidade de outorgar, com justeza e justiça, a tutela jurisdicional postulada, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Uma postura de tal jaez ilidiria o compromisso judicial com a verdade e com a justiça, sujeitando-o, sem qualquer reserva, ao resultado da atividade instrutória das partes, nem sempre suficiente para esclarecer, satisfatoriamente, os fatos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva (...) - RHC 58.186/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 06.08.2015, DJe 15.09.2015.

Confirmam-se, ainda: RHC 61.497/TO, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 10.11.2015, DJe 18.11.2015 e RHC 59.475/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, julgado em 09.06.2015, DJe 18.06.2015.

Como visto, a hipótese em tela não está descrita como hipótese de impedimento do Magistrado prevista, taxativamente, no artigo 252 do Código de Processo Penal, não havendo nenhuma ilegalidade a ser declarada de ofício no caso dos autos.

De igual forma, a conversão do feito em diligência seguiu a orientação procedimental prevista nos arts. 156, II e 502 da Lei Adjetiva Penal.

Ante o exposto, *não conheço do presente habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Senhor Presidente, egrégia Turma, começo por louvar a brilhante sustentação oral feita da tribuna. A tese sustentada é muito bonita. É a tese de uma boa parte da nossa doutrina processual penal, tese de juristas como Rubens Casara, Rômulo Moreira, Aury Lopes Júnior, Geraldo

Prado, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, do meu querido amigo Juarez Tavares e do sempre arguto Lenio Streck. É a tese que entende que a grande distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório é o problema da *gestão da prova*: de acordo com o sistema constitucional vigente, que seria o *sistema acusatório*, a gestão da prova tem de estar na mão das partes, ao juiz só cabe observar aquele embate e, no final, apenas se pronunciar. Qualquer intervenção do juiz nesse embate comprometeria a imparcialidade do magistrado, e portanto, macularia a prova obtida por essa intervenção do magistrado.

A questão é que, por mais belas que sejam as teses desse grupo de doutrinadores, não se pode dizer, com absoluta certeza, que elas foram efetivamente adotadas pela Constituição de 1988, que traça algumas garantias do processo penal acusatório – aquelas principais –, quais sejam, a separação entre órgão acusador e órgão julgador, a garantia do devido processo legal, ampla defesa etc. Mas em nenhum lugar da Constituição se diz, expressa ou sequer implicitamente, que o processo penal terá de seguir rigorosamente o modelo acusatório, e muito menos há na Constituição determinações explícitas quanto a uma rigidez da gestão da prova de sorte a impedir o magistrado inteiramente de dela participar.

Como disse o ilustre Relator, não existe legislação limitante da participação do magistrado, por exemplo, nos procedimentos de homologação de colaboração premiada. De sorte que se tem aqui, de acordo – aí, sim – com a maior parte dos doutrinadores, um *sistema híbrido*, em que a Constituição parece se encaminhar para um *processo acusatório*, mas no qual a legislação – e o Código de Processo Penal é um exemplo clássico, um Código de 1941, baseado em legislação italiana do tempo de Mussolini –, em diversos momentos, pende para o *processo inquisitivo*. Mesmo com a legislação mais recente, posterior à Constituição de 1988, mesmo com a lei de 2008, que foi, vamos dizer, patrocinadora da última grande reforma processual dentro do CPP, ou as leis sobre organizações criminosas, colaboração premiada etc., ainda assim essa legislação não conseguiu transformar o Código de Processo Penal ou o sistema infraconstitucional de legislação processual penal do País num sistema puramente acusatório, ainda mais com essas características de gestão da prova que se pretende, ou que alguns juristas pretendem que necessariamente existam, e que, no caso presente, foram brilhantemente sustentados pela defesa.

Temos um Código de Processo Penal que abriga vários dispositivos em vigor em sentido oposto, mas um deles salta aos olhos, que é o art. 156, o qual diz:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz *de ofício*:

Só por haver essa expressão, “de ofício”, no art. 156, que está em pleno vigor, a tese da gestão da prova já fica comprometida. Primeira coisa, portanto: reconhece o Código de Processo Penal ao juiz a possibilidade de produzir prova de ofício, o que, *de per si*, já é inteiramente incompatível com essa tese da defesa.

E diz ainda o referido dispositivo:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

É preciso ressaltar um fato: essa redação que estou lendo e que vigora no Código de Processo Penal já é a da Lei n. 11.690/2008 – imaginem como era no sistema original... E ainda:

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Então, repito, essa legislação está em vigor.

Ora, o Superior Tribunal de Justiça não é uma Corte constitucional, é uma Corte de legislação infraconstitucional. Se a disposição do Código de Processo Penal oriunda da Lei n. 11.690/2008, vinte anos posterior à Constituição de 1988, não foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nem pela Corte Especial aqui da Casa, ou nós a aplicamos ou estaremos infringindo frontalmente a Súmula Vinculante n. 10. Então, não há como fugir, de momento, dessas características do hibridismo do nosso processo penal, a que já me referi.

Quando analiso, por exemplo, o que disse de forma brilhante a defesa – e insisto nisso mais uma vez, até porque com boa parte dessa tese, eu, do ponto de vista exclusivamente doutrinário, concordo –, como aplicador do Direito, eu tenho de ver qual é a legislação infraconstitucional que está em vigor.

Por hipótese, aprecio a participação do juiz em procedimento de obtenção de prova ainda na fase de investigação. Houve dois aspectos que me chamaram a atenção e que acho que, por uma questão de honestidade intelectual, temos que frisar. Primeiro: a frase do juiz que foi tomada aqui da tribuna como um aspecto, digamos, grave, da sua atuação, em que ele disse: “Diante da cooperação do acusado para com este *juízo*”. Ele não disse “para com este juiz”; ele não disse

“para com este magistrado”; ele disse “para com este juízo”, ou seja, para com este órgão da Justiça. Não me parece que ele tenha incidido num envolvimento pessoal.

Depois, observe-se que boa parte da jurisprudência trazida como sendo representativa de precedentes favoráveis à tese defensiva, são casos similares a este que está sob julgamento, mas não exatamente iguais. Claro que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, mas os paradigmas trazidos, em alguns pontos, fogem totalmente ao que aqui está sendo julgado. Por exemplo, nesse caso da relatoria do Ministro Cezar Peluso, o juiz participou de uma investigação *oficiosa*, preliminar, de paternidade. Aí é óbvio que haveria a geração de impedimento ou, quando menos, de suspeição gravíssima. Aqui não se cuida de investigação oficiosa, mas de procedimentos efetivamente judiciais.

No outro precedente, o tal relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, já mais antigo, numa ADIn, a questão que foi colocada é: “busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra sigilo realizadas *pessoalmente* pelo magistrado”. Se o juiz tivesse, aqui no caso, também ele próprio, pessoalmente, elaborado o acordo de colaboração premiada, eu não teria dúvida de que isso geraria o impedimento pretendido. Mas não foi o que ocorreu

Finalmente, com relação aos documentos, à extensa documentação que fundamentou depois a decisão, disse a defesa aqui: “o juiz supriu as deficiências de acusação, buscando prova documental que não havia sido cogitada pelas partes”. Entretanto – e aqui, infelizmente, estamos dentro da estreiteza ritual do *habeas corpus* – o que vi foi que os documentos tinham sido solicitados pela parte – parece-me, pela acusação. Algo como: “que venham os documentos tais e tais”. Aí o juiz, no despacho, diz: “esses documentos não vieram todos” (documentos que haviam sido solicitados pela parte, reitera-se). Então, mande-se buscar aquilo que não veio”.

Eu quero todos os documentos, por exemplo, referentes à situação de regularidade fiscal da empresa. Vamos dizer que a parte peça isso. O juiz, ao examiná-los, diz, hipoteticamente: “aqui, por exemplo, não tem a documentação completa. Só tem o contrato social com o Aditivo n. 10. E os Aditivos de 2 a 9?”

Então, ele não está cogitando de prova que não fora suscitada pelas partes; ele está exatamente dentro de uma atividade probatória supletiva. Da mesma forma, quando se invocou um precedente aqui do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Nilson Naves, a própria ementa, que foi transcrita, contém um item de importantíssimo valor para a compreensão do caso, quando diz:

São diferentes iniciativa probatória e iniciativa acusatória. Aquela é lícita, claro é, ao juiz, em atitude complementar. Por exemplo, tratando-se de diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Por muito maior força de razão, documentos que foram pedidos, mas que não chegaram na sua integralidade.

E do próprio voto – destacado pela defesa como favorável a sua tese – da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com a excelência que caracteriza a atuação dessa grande Juíza e jurista, vê-se aqui um trecho em que Sua Excelência havia invocado os art. 209 e 402 do CPP, que também estão em pleno vigor e não podemos deles nos olvidar, e o primeiro deles diz:

O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes.

E aí diz a Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “Como se vê em ambas as disposições, fica claro que a *mens legis* é no sentido de atribuir ao magistrado uma atuação supletiva das partes, ou seja, naquilo que ainda persistir alguma dúvida depois de produzidas as provas de interesse da acusação e da defesa”.

Não desconheço, Senhor Presidente, egrégia Turma, o conceito de *quadro mental paranoico*, originário da doutrina italiana do Professor Franco Cordero, em que ele diz que o juiz que instrui a causa se apega a uma determinada tese e depois vai fazer tudo para confirmar aquela ideia inicial. Isso influenciou a doutrina, no caso, uma parte da doutrina citada, especificamente, por exemplo, do Professor Geraldo Prado e de outros grandes mestres dessa corrente que relacionei aqui no começo deste voto oral. Mas, apesar de essa doutrina ser extremamente interessante – assim a considero –, entre uma tese doutrinária e aquilo que é direito positivo vigente, levando em conta a necessidade que temos hoje, relembro um artigo publicado recentissimamente – saiu ontem ou anteontem no Conjur –, do nosso querido amigo Professor, pós-Doutor, grande Magistrado e Desembargador da 1ª Região, Doutor Ney Bello, quando diz: “está se tornando uma atitude revolucionária o singelo aplicar do Código de Processo Penal”. Nós que estamos aqui como juízes da Corte que deve conferir inteireza normativa e integridade hermenêutica à legislação infraconstitucional, temos a obrigação de aplicar o Código de Processo Penal.

Nesse sentido, adiro inteiramente ao voto do Relator, com estas chegadas, pedindo perdão por ter me estendido um pouco, apesar de hoje termos muitas sustentações orais, mas considero que este caso é importante para fixar algumas

balizas, e por entender que estas desalinhavadas considerações podem contribuir para a fixação do pensamento que este Órgão fracionário houver por bem adotar.

É o voto, Senhor Presidente, com elogios à defesa e ao exímio Ministro Relator.

HABEAS CORPUS N. 338.047-SP (2015/0252296-6)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Impetrante: Paulo Sergio de Souza

Advogado: Paulo Sergio de Souza - SP136219

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Paulo Cesar Pedroso de Camargo

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso. Descabimento. Associação para o tráfico internacional de entorpecentes. Pena-base. Majoração. Circunstâncias do crime. Grande quantidade da substância entorpecente. 100 kg de cocaína. Transnacionalidade do delito. Dosimetria. Revisão em *writ*. Excepcionalidade. Constrangimento ilegal não verificado. Manutenção do regime mais gravoso. Inexistência de coação ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. No caso, o paciente foi condenado como incurso no art. 14, *caput*, da Lei n. 6.368/1976 c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

3. Não se revela manifestamente desproporcional a elevação da pena-base em 2 (dois) anos, uma vez que as instâncias ordinárias demonstraram as razões do seu convencimento, exasperando a reprimenda com fundamento nas circunstâncias do crime, notadamente a quantidade e a natureza da droga negociada (100 kg de cocaína), além da forma organizada de atuação do grupo e a audácia e facilidade na realização do tráfico de drogas, inclusive com o exterior.

4. As circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, utilizadas na primeira fase da dosimetria para majorar a pena-base, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso, com base no disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dra. Ana Gabriela Rezende Rego (p/pacte).

Brasília (DF), 28 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 7.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Paulo Cesar Pedroso de Camargo* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0004855-40.2007.4.03.6181.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 14, *caput*, da Lei n. 6.368/1976 c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, ao pagamento

de 200 (duzentos) dias-multa, no valor mínimo legal e, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de reparação dos danos causados à Saúde Pública, em favor da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem, de ofício, afastou a aplicação da pena de multa e da indenização mínima imposta ao paciente a aos demais acusados, mantendo a sentença quanto à sanção corporal, em acórdão assim ementado:

Penal. Apelação. Associação para o tráfico internacional de entorpecentes. Art. 14 da Lei n. 11.343/2006 c.c. art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006. Operação Kolibra. Preliminares rejeitadas. Materialidade e autoria comprovadas. Vínculo estável e permanente dos integrantes para a narcotraficância. Ânimo associativo configurado. Dosimetria da pena. Ausência de previsão legal de pena de multa. Aplicação do art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Afastamento da reparação civil por danos à saúde pública. Art. 387, IV, do CPP.

1. Rejeição das preliminares de incompetência do juízo a quo para o julgamento do feito, litispendência e violação da coisa julgada.

2. A materialidade, a autoria delitiva e o dolo dos corréus estão devidamente comprovados diante dos elementos coligidos.

3. Não subsiste o argumento de que a condenação dos acusados teria sido proferida com ofensa ao disposto no art. 155 do CPP, por se respaldar exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase de inquérito policial, pois o conteúdo das gravações telefônicas se enquadra na categoria de prova não repetível que excepciona o referido comando processual.

4. Ademais, é de se notar que o teor das transcrições foi confirmado pelos episódios em seguida verificados, nos quais foram concretizados os propósitos espúrios da organização em comento.

5. A infração penal prevista no art. 14 da Lei n. 6.368/1976 se consuma com a formação da *societas criminis* especificamente voltada à prática da traficância. Requer-se, para a sua consumação, a existência de um liame estável e permanente com este propósito criminoso, independentemente da concretização do seu cometimento.

6. Embora a condenação dos recorrentes tenha por fundamento o revogado art. 14 da Lei n. 6.368/1976, ultrativo na hipótese dos autos por se tratar de norma mais benéfica aos réus, e sobre o qual não incide a norma do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cumpre assinalar que a quantidade e a natureza da droga são circunstâncias do crime cuja valoração era autorizada ainda sob vigência da lei antiga, com fundamento no art. 59 do CP, na esfera da discricionariedade judicial.

7. É incontroverso o âmbito transnacional dos delitos praticados no bojo da associação criminosa, sendo certo o alcance da majorante quanto aos crimes previstos do art. 33 ao art. 37 da Lei de Drogas.

8. Tampouco merece prosperar o pedido de redução da fração de aumento fixada em $\frac{1}{2}$, porquanto pacífico o entendimento desta colenda Turma quanto ao sopesamento dos itinerários delituosos planejados e executados na aquilatação da causa de aumento do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

9. Com o advento do art. 8º da Lei n. 8.072/1990, que não prevê pena de multa, fica adstrita aos seus parâmetros a condenação pelo crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, o qual exige a associação de um número menor de agentes para a prática do crime de tráfico do que o tipo penal de quadrilha, não fazendo sentido se permanecesse punido com maior severidade que o estabelecido Lei de Crimes Hediondos. Precedentes do STF e do STJ.

10. A reparação civil dos danos prevista no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal não tem lugar sem que haja pedido do Ministério Público e oitiva do réu, bem como demonstração efetiva dos danos sofridos. Precedentes da Turma. (Fls. 188/189)

No presente *writ*, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, tendo em vista a exacerbação na fixação da reprimenda e no regime inicial imposto ao paciente, porque: I) “a sua pena-base foi exacerbada sem fundamentação válida, tratando-se de *bis in idem*, pois fora inicialmente fixada sem a observação do sistema ‘trifásico’, sendo fixado na primeira fase já considerando suas agravantes, pois na segunda fase, o juízo originário novamente aumento sua reprimenda, repetindo o aumento da pena-base”; II) feriu o princípio da proporcionalidade ao aumentar a pena-base do paciente, primário e portador de ótimos antecedentes, muito acima do mínimo legal – quase que o dobro; III) fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, sem nenhuma fundamentação específica, contrariando o disposto no art. 33, c/c art. 59 ambos do Código Penal, e orientação doutrinária e jurisprudencial desta Corte e do Pretório Excelso; IV) violação dos Verbetes sumulares n. 718 e 719 do STF e Súmula 440 desta Corte.

Requer, assim, a adequação da reprimenda e a conseqüente alteração do regime inicial do paciente para um mais brando.

O pedido liminar foi indeferido e as informações dispensadas (fls. 224/225).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 232/236).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Por tratar-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, discutir a dosimetria da pena e o regime prisional aplicado.

No caso, conforme já relatado, o paciente foi condenado como incurso no art. 14, *caput*, da Lei n. 6.368/1976 c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na sentença condenatória, a pena-base do paciente foi exacerbada pelas seguintes razões, *in verbis*:

[...]

Histórico da Associação

A investigação realizada sobre a suposta associação destes autos permitiu a apreensão de mais de 125 (cento e vinte cinco) quilos de cocaína, em datas e locais diferentes, de modo que este dado constitui forte elemento de estabilidade do grupo. Uma breve análise cronológica das apreensões, em 04 (quatro) momentos distintos, revela a constante atuação do grupo:

Substância Entorpecente Apreendida

Ao longo da investigação empreendida, portanto, constatou-se a efetiva existência do crime de associação para o tráfico de drogas envolvendo mais de 125 (cento e vinte cinco) quilos de cocaína.

O grupo envolveu-se em vários episódios durante a investigação policial. Referidos episódios, em algumas oportunidades, culminaram com a apreensão de droga em várias regiões do país.

Além do entorpecente apreendido nessas oportunidades, ocorreram as prisões em flagrante delito de algumas pessoas, tendo sido instaurado, no local de cada apreensão, feito judicial para apurar a responsabilidade dos envolvidos.

[...]

Observe-se o material apreendido durante todo o período de atividades da associação criminosa:

I. Apreensão de 36 quilos de cocaína em Arraial D'Ajuda, Porto Seguro/BA, em 26.02.2005.

[...]

II. Apreensão de 03 quilos de cocaína em Capivari, interior do Estado de São Paulo, em 21.08.2005.

[...]

III. Apreensão de 39 quilos de cocaína em Guarulhos/SP, em 17.03.2006.

[...]

IV. Apreensão de 48 quilos de cocaína no interior do Estado de São Paulo (Jarinu/SP e Jundiaí/SP), em 21.03.2006.

[...]

Apresentado o entorpecente apreendido durante as atividades do “grupo”, cumpre agora estabelecer a autoria no crime de associação imputada aos acusados.

[...]

No caso em tela, toda a estrutura e a estabilidade da associação criminosa ficaram evidenciadas a partir do trabalho de inteligência realizado pela Polícia Federal, que revelou efetivo envolvimento entre *Mohamad, Cleyton, Marco, Paulo, Sérgio, Valdir, Mounir, Edmir e Dirceu* para a prática de crimes.

A grande quantidade de dinheiro apreendido, automóveis e outros bens demonstram estabilidade na consecução de crimes pela associação.

Anote-se, ainda, que os equipamentos eletrônicos, automóveis e outros, além de imóveis, devem ser considerados proveito do crime de associação para o tráfico de drogas, pois os acusados não demonstraram origem lícita dos bens, ou efetivo exercício de atividade lícita, nem capacidade econômica para possuir tais bens.

[...]

Passemos à análise individual participação de cada um dos acusados:

[...]

Paulo César Pedroso de Camargo e Sérgio Adriano Simioni - Sérgio em seu interrogatório nega os fatos imputados na denúncia, alegando ser empresário e não ter vínculo com os demais acusados. Porém, durante a instrução verificou-se que o acusado tem participação na associação criminosa liderada por *Mohamad. Paulo*, por sua vez, não foi interrogado, nem mesmo encontrado, mas constituiu defensor, sendo-lhe decretada a revelia.

Assim como o acusado *Paulo, Sérgio* auxiliava *Mohamad* em suas negociações ilícitas atuando em operações de venda de droga. Ambos os acusados envolveram-se com o transporte e a concretização das negociações de entorpecente. Tinham função essencial para garantir o sucesso das atividades realizadas pelo grupo.

Paulo e Sérgio tiveram seu envolvimento evidenciado no episódio em que foram apreendidos trinta e seis quilos de cocaína em Porto Seguro, no Estado da Bahia,

Em contatos telefônicos freqüentes com o líder do grupo (*Mohamad*), referidos acusados coordenavam e mantinham o controle das atividades ilícitas. Destaque-se que ambos mantinham suas atividades em Campinas, interior de São Paulo.

[...]

Paulo, por sua vez, também manteve contatos telefônicos com Cristiano no período anterior à apreensão da droga. Em 15.02.2005, ambos os interlocutores conversam sobre a logística do transporte da substância entorpecente, negociando com pessoas que seriam responsáveis pelo transporte da droga. Este é o áudio.

[...]

Alguns dias depois, *Sérgio, Paulo* e Cristiano conversam sobre os últimos preparativos para a concretização da negociação com a remessa da droga para o Estado da Bahia. Inicialmente, *Sérgio* e *Paulo*, em diálogos ocorridos em 22.02.2005 e 23.02.2005, confirmam a negociação dizendo que está tudo pronto para a remessa da cocaína. Estes são os áudios que confirmam o envio da substâncias entorpecente.

[...]

Note-se que os acusados *Paulo* e *Sérgio* mantiveram contato com a pessoa que, posteriormente, foi identificada como a destinatária da droga (sentença proferida pelo Juízo da comarca de Porto Seguro/BA, e o item 3.07 do Relatório Final da Polícia Federal, acostado a fl. 85/105 do volume 1 do apenso aos autos n. 2007.61.81.0013708-5), o que confirma que as referências feitas por eles (grifo nos diálogos acima transcritos) diziam respeito à cocaína apreendida em Arraial D'Ajuda, Porto Seguro/BA (trinta e seis quilos).

Posteriormente à apreensão da droga, *Sérgio, Mohamad, Paulo* e Cristiano conversam intensamente sobre este episódio, discutem sobre a diligência policial, demonstrando seu envolvimento no delito. Observem-se as conversas flagradas:

[...]

Diante do exposto, conclui-se que os acusados Paulo e Sérgio estiveram envolvidos nas atividades ilícitas da associação liderada pelo acusado Mohamad, não se restringindo as suas participações ao episódio de trinta e seis quilos de cocaína no Estado da Bahia.

[...]

Transnacionalidade

As provas carreadas aos autos demonstram que os acusados associaram-se para traficar substância entorpecente com o exterior. São vários os elementos que comprovam a transnacionalidade do delito.

Inicialmente, vale destacar que um dos integrantes do grupo (*Edmir*) era despachante aduaneiro dentre suas atividades estava a de verificar as principais rotas marítimas que ligavam o Brasil ao Exterior e facilitar o transporte marítimo do entorpecentes. Tais fatos foram devidamente comprovados quando da análise da autoria relativa a *Edmir* e estão pormenorizados nos itens 3.19, 3.31 e 3.42 do relatório final da polícia federal, apensados aos autos n. 2006.61.81.013708-5.

Por outro lado, *nos diversos episódios em que ocorreram as apreensões de substância entorpecente, concretamente pode-se inferir o caráter transnacional da associação.* Assim, por exemplo, no episódio que envolveu a apreensão de doze quilos de cocaína em poder de um comissário de bordo, no aeroporto internacional de Guarulhos. O avião em que a droga foi apreendida estava partindo para a Alemanha, o que comprova que o entorpecente seria encaminhado para fora do país.

Outro fato que corrobora o caráter internacional das atividades ilícitas da associação, conforme bem assinalou o Ministério Público Federal em seus memoriais (fl. 3.685/3.686), cujos argumentos acolho integralmente:

[...]

Diante de tais circunstâncias, *resta comprovado que a associação estava voltada para o tráfico internacional de entorpecentes.*

Saliento que as atividades da associação cessaram com a prisão dos acusados, em 21.03.2006. Sua atuação, pois, se deu sob a égide da Lei n. 6.368/1976. Sobreveio a Lei n. 11.343, de 23.08.2006, estabelecendo a mesma pena privativa de liberdade para o crime de associação, exasperando a pena pecuniária. Deve, pois, ser aplicada a lei antiga por ser mais benéfica. Entretanto, a inovação legislativa traz à análise questões relativas às regras de direito intertemporal, considerando mudanças nas causas de aumento (internacionalidade).

A lei nova é mais branda quanto à causa de aumento (art. 40, I, Lei n. 11.343), determinando a majoração de 1/6 a 2/3. Pela lei antiga (art. 18, I, Lei n. 6.368), o aumento era de 1/3 a 2/3.

Assim, a lei nova tem uma parte mais gravosa ao agente (pena pecuniária) e outra mais branda. A lei antiga, por sua vez, é menos gravosa em parte (pena pecuniária) e mais branda em outra.

[...]

Note-se, por oportuno, que a Lei n. 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas) de 23.08.2006, restaurou para o delito de associação para o tráfico de drogas a pena de 03 a 10 anos de reclusão, majorando-se, também, a pena pecuniária. Trata-se, pois, nesse caso, de *novatio legis in pejus*, aplicando-se somente aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor, sendo vedada a sua retroatividade (artigo 1º do CP), salvo se a associação ainda estivesse em atividade, pois sendo delito permanente, aplicar-se-ia a Súmula 711 do *Supremo Tribunal Federal*:

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou permanência”.

Portanto, *in casu* deve-se aplicar ao delito de associação para o tráfico de drogas, o tipo penal incriminador do artigo 14 da Lei n. 6.368/1976, porém, a pena deve ser mensurada sob os limites de 03 (três) a 06 (seis) anos, conforme o artigo 8º da Lei n. 8.072/1990. Observe-se que aludido artigo de lei alterou apenas a pena privativa de liberdade, razão pela qual a pena pecuniária deve ser aplicada nos moldes do artigo 14 da Lei n. 6.368/1976. Trata-se novamente de combinação de leis que se impõe em benefício do réu.

Destarte, os acusados *Mohamad, Cleyton, Marco, Paulo, Sérgio, Valdir, Mounir, Edmir e Dirceu* devem ser condenados como incurso no artigo 14, *caput*, da Lei n. 6.368/1976 (pena privativa do artigo 8º da Lei n. 8.072/1990), c.c. artigo 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006. *Sidnei* deve ser absolvido por falta de provas (art. 386, VII, CPP).

Passo à dosimetria da pena.

Diante disso, fixo aos acusados *Mohamad, Cleyton, Marco, Paulo, Sérgio, Valdir, Mounir, Edmir e Dirceu*, por incurso no artigo 14, *caput*, da Lei n. 6.368/1976, a pena-base de 05 (cinco) anos de reclusão, acima do mínimo legal, pois assim recomenda o artigo 59, *caput*, do Código Penal, porquanto a quantidade da droga negociada pelo grupo (100 kg cocaína), a forma organizada de atuação, a audácia e facilidade na realização do tráfico de drogas, em face de poder econômico (bens e dinheiro), como circunstâncias do crime, impõem a inicial majoração.

Quanto a *Cleyton, Marco, Paulo, Sérgio, Valdir, Mounir e Edmir* não há agravantes ou atenuantes genéricas.

[...]

Tratando-se de *comprovada associação para tráfico transnacional, incide a causa de aumento prevista no inciso I do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 para todos os acusados*, pelo que procedo a um aumento de 1/2 (metade) da pena para todos os acusados.

Desta forma, para Cleyton, Marco, Paulo, Sérgio, Valdir, Mounir e Edmir, estabeleço a pena privativa de liberdade de 07 (anos) anos e 06 (seis) meses de reclusão;

Para *Mohamad e Dirceu* estabeleço para cada um a pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos de reclusão. Torno tais penas privativas de liberdade definitivas por ausência de outras causas variantes.

Quanto à pena pecuniária, será seguida a mesma proporção adotada para os aumentos da pena privativa.

Assim, fixo para *Cleyton, Marco, Paulo, Sérgio, Valdir, Mounir e Edmir* a pena pecuniária de 200 (duzentos) dias-multa (padrões da lei - 6.368/1976); e para *Mohamad e Dirceu*, estabeleço a pena pecuniária de 300 (trezentos) dias-multa.

Nos termos do artigo 38 da Lei n. 6.368/1976, cada dia-multa terá o valor unitário de um salário mínimo, igual para todos, considerando que a capacidade econômica deles se iguala, todos alegadamente comerciantes, e pelo alto valor da expressiva quantidade de droga negociada pela associação no período, cuja correção monetária se dará a partir do trânsito em julgado da sentença.

[...]

Nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do CP e artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado para todos os acusados, sendo incabível o *sursis* ou a substituição da pena privativa por restritivas. Ademais, a Lei n. 8.072/1990, a teor do artigo 2º, § 1º, determina que a pena seja cumprida inicialmente em regime fechado. Assim, fixo como regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade o fechado, admitindo a progressão nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei n. 11.464/2007. (Fls. 137/138)

Por sua vez, o Tribunal de origem decidiu a questão sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

[...]

Ao longo da investigação empreendida, portanto, constatou-se a efetiva existência do crime de associação para o tráfico de drogas envolvendo *mais de 125 (cento e vinte e cinco) quilos de cocaína*.

O grupo envolveu-se em vários episódios durante a investigação policial. Referidos episódios, em algumas oportunidades, culminaram com a apreensão de drogas em várias regiões do país.

Além do entorpecente apreendido nessas oportunidades, ocorreram as prisões em flagrante delito de algumas pessoas, tendo sido instaurado, no local de cada apreensão, feito judicial para apurar a responsabilidade dos envolvidos.

Destaque-se, por oportuno, que as ações penais referentes a cada flagrante encontram-se apensadas a estes autos. Esclareça-se que em todas as situações a droga foi submetida a exame químico-toxicológico, comprovando tratar-se de cocaína. (...) Observe-se o material apreendido durante todo o período de atividades da associação criminosa:

I. *Apreensão de 36 quilos de cocaína em Arraial D'Ajuda, Porto Seguro/BA, em 26.02.2005*

II. *Apreensão de 03 quilos de cocaína em Capivari, no interior do Estado de São Paulo, em 21.08.2005.*

III. *Apreensão de 39 quilos de cocaína em Guarulhos/SP, em 17.03.2006.*

IV. *Apreensão de 48 quilos de cocaína no interior do Estado de São Paulo (Jarinu/SP e Jundiaí/SP), em 21.03.2006"*

Resta evidente, portanto, o caráter estável e permanente da *societas sceleris* em questão, constituída como uma ramificação de uma organização complexa

liderada por *Mohamad Ahmad Ayube* e por *Joseph Nour Eddine Nasrallah*, atuante principalmente na região de Jundiaí/SP, mas que realizava empreitadas criminosas que envolviam os demais núcleos radicados em outros Estados, com vistas à negociação de entorpecentes provenientes de outros países e à remessa de drogas para o exterior.

Dentre os episódios mencionados, emerge das gravações telefônicas transcritas na sentença a efetiva participação dos réus *Mohamad*, *Sérgio* e *Paulo* no tráfico de 36 (trinta e seis) quilogramas de cocaína, apreendidos em Porto Seguro/BA.

Em 12.02.2005, *Mohamad* telefona para *Paulo* para lhe contar que conseguiu “arrumar mais cinco caixas de palmito”. Em outro diálogo, *Paulo* indaga a *Mohamad* se ele lhe arrumou um cheque para trocar. A alternância do objeto dos diálogos evidencia a dissimulação de uma negociação de entorpecentes que seriam fornecidos por *Mohamad*.

[...]

Observa-se, ainda, que no dia 27.02.2005, um dia após a apreensão da droga, *Paulo* conta a *Mohamad* que “não está nada bom, e não sabe nada ainda, só sabe que está tudo seguro.

Paulo fala que tem certeza apenas do menino lá (o motorista) foi preso e dos outros não tem certeza”. Acrescenta que o “médico” (designação codificada para advogado) também não tinha notícia dos demais, mas que “pegaram o menino depois da entrega, depois que passou a “operação” para o outro”. *Mohamad* desconfia da situação e responde que “é golpe, porque se não estão todos na mão dos homens (presos) é porque é golpe e tem que liquidar todo mundo”.

*O conjunto probatório demonstra que não se restringiu a este fato isolado a participação de **Sérgio** e **Paulo** nas atividades do grupo criminoso. A continuidade do vínculo fica nítida nos diálogos travados entre estes e **Mohamad** nas datas de 16.04.2005 e 22.04.2005.*

[...]

*A narrativa deixa clara a relação de sujeição de **Paulo** e **Sérgio** às ordens de **Mohamad** para a prática do tráfico internacional de drogas.*

[...]

De rigor, portanto, a manutenção do decreto condenatório com relação a todos os recorrentes.

4. Da Dosimetria das Penas Passo às alegações relativas aos critérios de determinação das penas aplicadas aos réus.

De início, não vislumbro motivo para a redução da pena-base guerreada pelos acusados *Marco Antônio*, *Sérgio*, *Cleyton* e *Edmir*. O *quantum* definido na decisão de mérito se sustentou devidamente nas circunstâncias do delito, tais como

a complexidade da engrenagem criminosa, o destemor dos seus integrantes, além da habitualidade das atividades e volume de tráfico realizado.

Embora a condenação dos recorrentes tenha por fundamento o revogado art. 14 da Lei n. 6.368/1976, ultrativo na hipótese dos autos por se tratar de norma mais benéfica aos réus, e sobre o qual não incide a norma do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cumpre assinalar que a quantidade e a natureza da droga são circunstâncias do crime cuja valoração era autorizada ainda sob vigência da lei antiga, com fundamento no art. 59 do CP.

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 apenas trouxe ao sistema normativo uma diretriz que já se concebia na esfera da discricionariedade judicial. Neste sentido, já decidiu o colendo STJ:

Penal. Tráfico de drogas cometido na vigência da Lei n. 6.368/1976. Quantidade e natureza da substância transportada. 7,420 kg de cocaína. Majoração da pena base. Possibilidade. 1. A quantidade e natureza da substância encontrada na posse do agente do crime de tráfico constitui motivo suficiente para a majoração da pena base. 2. Na espécie, foram encontradas com a recorrente mais de sete quilogramas de cocaína, sendo absolutamente viável o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. 2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 200900165067, Jorge Mussi, STJ - Quinta Turma, DJe data: 13.09.2010.) Desta forma, não se incorre em desproporcionalidade ou ofensa ao princípio da individualização das penas ao se valorar negativamente os aspectos registrados na sentença, ainda que existam outras circunstâncias judiciais favoráveis.

No presente caso, embora se trate do delito de associação para o tráfico, é certo que a quantidade e a natureza da droga negociada também influenciam a aplicação da pena. Tem-se que os apelantes integram grupo organizado voltado ao tráfico internacional de cocaína, droga de notórios efeitos maléficos ao organismo humano que leva os seus usuários a um aumento progressivo da dependência físico-químico-psicológica, em larga escala.

Descabe o pleito do recorrente *Cleyton* de afastamento da causa de aumento de pena do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 ou da redução da fração de aumento para 1/6 (um sexto).

Como já foi explicitado, é incontroverso o âmbito transnacional dos delitos praticados no bojo da associação criminosa, sendo certo o alcance da majorante quanto aos crimes previstos do art. 33 ao art. 37 da Lei de Drogas.

Considerando que os crimes de tráfico e associação para o tráfico são autônomos e que sobre ambos incide a causa especial de aumento de pena, não se cogita de *bis in idem* pelo seu sopesamento na dosimetria da pena correspondente a cada infração penal. É o entendimento esposado pela colenda Quinta Turma do STJ (HC n. 10.613/RJ, rel. Min. *Felix Fischer*, DJ de 14.02.2000; REsp 758.253/SC, rel. Min. *Laurita Vaz*, DJU de 1º.02.2006).

Ressalto que o grau de exasperação da referida majorante (1/2) foi estabelecido sem exagero, eis que se depara na hipótese dos autos com uma complexa

estrutura logística de tráfico de transnacionalidade caracterizada tanto na origem quanto no destino das drogas.

Sublinho que é pacífico o entendimento desta colenda Turma quanto ao sopesamento dos itinerários delituosos planejados e executados na aquilatação da causa de aumento do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006. Do mesmo modo, entendo que não se coaduna com a discricionariedade conferida pelo legislador a restrição a determinada fração para a incidência de cada uma das circunstâncias descritas no art. 40 da Lei de Drogas, nada obstando ao julgador tal fixação por balizas diversas.

Não se verifica, outrossim, afronta ao princípio da individualização das penas pela aplicação do mesmo índice aos diversos réus, uma vez que *todos eles aderiram de modo voluntário e consciente ao modus operandi e à amplitude transfronteiriça das atividades ilícitas* considerados para a sua majoração, valendo-se desta elaborada articulação para a consecução dos seus objetivos em larga escala, em vantagem concorrencial com outros grupos atuantes neste ramo da criminalidade.

Mantidas as reprimendas corporais no quantum fixado pelo juízo *a quo*, não se cogita da concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que todos foram condenados a penas superiores a 4 (quatro) anos de reclusão, ausente o requisito objetivo do inciso I do art. 44 do CP.

No que concerne à fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, consigno ser este adequado às circunstâncias judiciais especificadas quando se analisou as penas-base, encontrando fundamento no § 3º do art. 33 do CP a imposição do regime mais gravoso aos réus, bem como no seu § 2º, alínea a, no que diz respeito aos réus Mohamad e Dirceu.

Insurge-se o réu Sérgio contra as penas pecuniárias impostas, sob o argumento de que carecem de previsão legal, por prevalecer o preceito secundário do art. 8º da Lei n. 8.072/1990, que assim dispõe: “Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”.

Neste particular, assiste razão ao recorrente, devendo também ser afastada a espécie penal, de ofício, com relação aos demais acusados. De se ver que o referido artigo não prescreve a cominação de pena de multa, descabendo a remissão ao preceito secundário originário do art. 14 da Lei n. 6.368/1976.

Isto porque é remansosa a orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça e do Pretório Excelso de que, com o advento do mencionado dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, fica adstrita aos seus parâmetros a condenação pelo crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, o qual exige a associação de um número menor de agentes para a prática do crime de tráfico do que o tipo penal de quadrilha, não fazendo sentido se permanesse punido com maior severidade

que o estabelecido no art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Merecem referência, quanto a este ponto, os julgados mencionados pela ilustre parecerista e outros: STF, AI 820.480, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.04.2012; HC 83.017, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 02.09.2003; STJ, HC 137.144, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 22.03.2011; HC 45.788/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 04.09.2006.

Por fim, é mister esclarecer que a indenização pelos danos causados à Saúde Pública foi fixada na sentença a teor do que dispõe o artigo 387, IV do CPP. Trata-se de norma introduzida em 2008, pela Lei n. 11.719, ou seja, após o oferecimento da denúncia, razão pela qual na inicial acusatória não constou tal pedido indenizatório.

No entanto, a reparação imposta deve ser afastada, pois não foi demonstrado o prejuízo causado à Saúde Pública, mormente porque a droga acabou por ser apreendida, não podendo o magistrado arbitrar um valor a título de indenização sem qualquer critério, e sem que os réus tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente.

[...]

Destarte, merece provimento o pleito do apelante *Edmir* para o afastamento da obrigação de reparar os danos causados à Saúde Pública, arbitrada no valor mínimo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), estendendo de ofício a decisão aos demais réus.

[...]

Diante do exposto, não conheço o recurso interposto intempestivamente pelo réu *Mohamad Ahmad Ayoub*, dou parcial provimento ao recurso do réu *Sérgio Adriano Simioni* para afastar a pena pecuniária, dou parcial provimento ao recurso do réu *Edmir Paulo Borrelli* para afastar a indenização por danos civis prevista no art. 387, IV, do CPP e nego provimento aos demais recursos. De ofício, afasto a pena de multa e a indenização por danos civis do art. 387, IV, do CPP com relação aos outros acusados.

É o voto. (Fls. 175/187)

Na via estreita do *habeas corpus*, marcado por cognição sumária e rito célere, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena ser concretizada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia, o que não se verifica na hipótese.

Nos termos do art. 59 do Código Penal, o Magistrado deve efetuar a dosimetria da pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta

social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

No caso, cumpre anotar que, conforme bem ressaltado pelo Tribunal de origem, embora a condenação do paciente “tenha por fundamento o revogado art. 14 da Lei n. 6.368/1976, ultrativo na hipótese dos autos por se tratar de norma mais benéfica aos réus, e sobre o qual não incide a norma do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cumpre assinalar que a quantidade e a natureza da droga são circunstâncias do crime cuja valoração era autorizada ainda sob vigência da lei antiga, com fundamento no art. 59 do CP.” (fl. 183).

Assim, observo que não se revela manifestamente desproporcional a elevação da pena-base em 2 (dois) anos, uma vez que as instâncias ordinárias demonstraram as razões do seu convencimento, exasperando a reprimenda com fundamento nas circunstâncias do crime, notadamente a quantidade e a natureza da droga negociada (100 kg de cocaína), além da forma organizada de atuação do grupo e a audácia e facilidade na realização do tráfico de drogas, inclusive com o exterior.

Com efeito, na hipótese, tenho que a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi aplicada de forma fundamentada e proporcional, na medida em que o magistrado demonstrou o envolvimento do paciente na associação criminosa, destacando o seu envolvimento com o transporte e a concretização das negociações de entorpecente, bem como ressaltando que o paciente teve função essencial para garantir o sucesso das atividades realizadas pelo grupo.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Crimes de associação para o tráfico e tráfico de drogas praticado sob a égide da Lei n. 6.368/1976. Pedido de absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico. Impossibilidade desta Corte avaliar elementos de autoria e materialidade por intermédio do remédio constitucional eleito. Diminuição da pena. Impossibilidade. Expressiva quantidade de droga apreendida (mais de 12 quilogramas de cocaína). Aumento da pena-base que se mostra proporcional. *Habeas corpus* denegado.

1. Este Superior Tribunal de Justiça não pode reavaliar os elementos de autoria e materialidade para absolver o Paciente, pois tal pretensão depende de amplo reexame da matéria fático-probatória, o que se mostra impróprio na via do *habeas corpus* - remédio de rito célere e de cognição sumária.

2. Ainda que o delito tenha sido praticado sob a vigência da Lei n. 6.368/1976, segundo entendimento desta Corte é “lícito ao juiz levar em conta a quantidade da substância entorpecente na fixação da pena, a fim de elevar a pena-base acima do mínimo” (HC 35.795/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 1º.08.2005).

3. No caso, o aumento da pena-base releva-se proporcional e razoável, mormente porque se considerou, concretamente, circunstâncias que extrapolam consideravelmente as elementares do tipo imputado ao Paciente: apreensão de 12,105 quilogramas de cocaína, bem como o fato de ser o Paciente o chefe da organização criminosa, com atuação em diversas regiões de São Paulo.

4. Resta justificada a dosimetria da pena nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual “[o] juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.” E ainda o revogado art. 37, da Lei n. 6.368/1976 (vigente quando da conduta praticada), considerava, “[p]ara efeito de caracterização do crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (sem grifos nos originais).

5. Daí, “justificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de *habeas corpus*, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação” (STJ, HC 58.493/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza, DJ de 24.09.2007).

6. *Habeas corpus* denegado. (HC 202.282/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05.03.2013, DJe 12.03.2013)

Habeas corpus. Penal. Associação para o tráfico. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Proporcionalidade entre os fundamentos judiciais e a exasperação da reprimenda. Paciente era o “químico” responsável pelo processamento da cocaína, dentro de grupo organizado que atuava nos Morros do Jacaré, Mandela, Manguinhos e Vila Kennedy. Regime prisional mais gravoso devidamente fundamentado. Pleito de substituição da pena restritiva de direitos por privativa de liberdade. Não preenchimento dos requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal. *Habeas corpus* denegado.

1. O Paciente foi condenado como incurso no crime de associação para o tráfico, do art. 14, da Lei n. 6.368/1976, às penas de 05 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, porque associado a outras pessoas processava a droga recebida de traficantes, para ser comercializada, agindo como “químico” do tráfico.

2. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis. E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

3. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável à Paciente, tem-se por

justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* denegado. (HC 210.004/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.02.2013, DJe 28.02.2013)

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Tráfico e associação para o tráfico. Lei n. 6.368/1976. Dosimetria da pena. Penas-base fixadas acima do mínimo legal. Fundamentação adequada quanto às circunstâncias e consequências do crime. Motivos do crime. Intuito de lucro fácil. Fundamentação inidônea. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º.8.2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13.5.2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2.9.2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28.8.2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4.9.2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4.6.2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida (6 kg de cocaína), bem como o *modus operandi* da prática delitiva, são circunstâncias que justificam o aumento das penas-base acima do mínimo legal (Precedentes do STJ).

IV - Consoante reiterada jurisprudência do STF e do STJ, o intuito de lucro fácil não é fundamento idôneo para justificar a elevação das penas-base acima do mínimo legal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar as penas-base, tornando-a definitiva em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. (HC 284.582/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04.11.2014, DJe 17.11.2014)

Agravo regimental no recurso especial. Penal. *Tráfico internacional. Quantidade e natureza da droga. Preponderância. Vetores utilizados para a fixação da pena-base. Possibilidade.*

1. Consoante firme entendimento desta Corte, a quantidade e a qualidade do entorpecente devem preponderar no momento de fixação da pena-base. Precedentes.

2. Assim, considerando-se a apreensão, na espécie, de 4.985g de cocaína, bem como que a ponderação das circunstâncias judiciais não configura mera operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma, mostra-se justificado o aumento em 2 anos da pena-base.

[...]

2. Agravo regimental a que se dá provimento em parte a fim de reconhecer a aplicação da atenuante da confissão espontânea (AgRg no REsp 1.317.708/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 29.10.2013).

No mesmo sentido, trago à colação este julgado, do Supremo Tribunal Federal:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. *Tráfico transnacional de entorpecentes. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Menoridade relativa. Quantum de atenuação da pena. Patamar de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Fixação de regime inicial semiaberto. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Circunstâncias desfavoráveis. Natureza e quantidade da droga apreendida. Fundamentos idôneos. 1. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. 2. Idônea a exasperação da pena-base com fundamento na natureza das substâncias traficadas, consoante preconiza o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c art. 59 do Código Penal. [...] 7. Recurso a que se nega provimento (RHC 129.951, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe-202 PUBLIC 08-10-2015)*

Ademais, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado, tendo em vista que as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente – notadamente a quantidade e a natureza da droga negociada (100 kg de cocaína) –, utilizadas na primeira fase da dosimetria para majorar a pena-

base, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso, com base no disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Art. 42 da Lei de Tóxicos. Regime inicial de cumprimento de pena. Quantidade de entorpecente. Preponderância. Art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Minorante não afasta hediondez. Matéria pacificada. Ofensa à Constituição. Inviável o exame em recurso especial.

I - A valoração negativa da circunstância referente à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, realizada, seja na primeira ou na terceira fase da dosimetria, na linha da orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, autoriza a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. (Precedentes).

II - A aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos, não tem o condão de afastar a natureza hedionda do delito de tráfico de drogas. (Súmula 512/STJ).

III - Não cabe a esta Corte manifestar-se, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos/princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (AgRg no REsp n. 1.205.385/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 11.5.2015).

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.480.517/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01.09.2015, DJe 11.09.2015).

Habeas corpus substituto de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à sanção corporal total de 7 anos de reclusão. Antecedentes criminais. Processo com condenação definitiva por prazo superior a cinco anos. Possibilidade. Precedentes. Regime inicial fechado. Pena-base fixada acima do mínimo legal, com lastro, também, na quantidade elevada da droga apreendida. Fundamentação concreta. Manutenção do regime mais gravoso. Inexistência de coação ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes. Precedentes.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27.7.2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- *Na espécie, consigne-se que, a despeito de a condenação ter sido à pena inferior a 8 anos de reclusão, o acórdão recorrido destacou que, como a pena-base foi estabelecida acima do piso legal em razão, também, da quantidade elevada da droga apreendida (65 kg de maconha), há circunstâncias judiciais desfavoráveis que tornam possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõem os arts. 33, § 3º, e 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

- *Habeas corpus* não conhecido. (HC 359.210/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08.11.2016, DJe 16.11.2016; sem grifos no original)

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas e uso de documento falso. Concurso material. Somatório de penas. Regime prisional. Circunstâncias concretas do delito de tráfico. *Quantum* da pena. Quantidade de drogas. Regime fechado. Adequação. Ordem não conhecida.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com a soma resultante das penas impostas em razão do concurso material de crimes.

3. A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27.7.2012).

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42

da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que “a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime inicial mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade” (HC 327.726/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16.12.2015).

6. No caso, embora o paciente seja primário e o somatório das penas tenha ficado em 7 anos e 10 meses de reclusão, o Tribunal *a quo*, diante do *quantum* da pena aplicada e das circunstâncias concretas do delito, notadamente a quantidade da droga apreendida (717 frascos de lança-perfume), fixou motivadamente o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), em consonância com a jurisprudência desta Corte, que entendo ser o adequado para a prevenção e a reparação do delito.

7. Ordem não conhecida. (HC 362.543/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18.10.2016, DJe 08.11.2016)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 341.173-PE (2015/0287666-1)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Impetrante: Erik Limongi Sial e outros

Advogado: Raquel Braga Vieira e outro(s) - PE029084

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Luiz Eduardo Falco Pires Correa

Paciente: José Luis Magalhães Salazar

Paciente: Julio Cesar Pinto

Paciente: Paulo Altmayer Gonçalves

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Crime contra a ordem tributária. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Peça em conformidade com o disposto no art. 41 do CPP. Crime societário. Possibilidade de denúncia geral. Inexistência de responsabilidade penal objetiva. Ausência de flagrante ilegalidade. Atipicidade da conduta. Reexame aprofundado das provas. Impossibilidade no âmbito do *writ*. Execução fiscal. Oferecimento de seguro garantia. Não se equipara a pagamento. *Writ* não conhecido.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Nos crimes societários, não se exige a descrição individualizada das condutas de cada acusado, bastando para se assegurar o direito à ampla defesa a descrição do fato delituoso e a indicação da participação de cada autor na empreitada criminosa. Assim, no caso dos autos, não há falar em responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que ficou demonstrado na denúncia o liame subjetivo na conduta imputada aos recorrentes, que, como presidente e diretores da pessoa jurídica, supostamente teriam sonegado tributo mediante a inserção de dados inexatos nos livros de entrada.

3. A análise de que a conduta seria atípica demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do recurso em *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

4. Por fim verifica-se que “a orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão impugnado de que a garantia aceita na execução fiscal não possui a natureza jurídica de pagamento

da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade do crime tributário” (AgRg no AREsp 831.642/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28.06.2016).

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e cassar a liminar anteriormente deferida.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 7.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de Luiz Eduardo Falco Pires Correa, José Luís Magalhães Salazar, Júlio Cesar Pinto e Paulo Altmayer Gonçalves contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no julgamento do HC n. 7487-51.2015.8.17.0000, assim ementado:

Constitucional e Processual Penal. Delitos tipificados no art. 1º, inciso II da Lei n. 8.137/1990 em continuidade delitiva e no art. 288 do Código Penal. Alegação de inépcia da inicial acusatória ante a mitigação das regras do art. 41 do Código de Processo Penal. Denúncia que cumpre todos os requisitos legais. Ausência de violação do disposto no art. 395 do CPP. Arguição de inépcia da denúncia por ser a mesma genérica impedindo assim o exercício do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Denúncia que descreve condutas ilícitas e encontra suficiente lastro probatório nas investigações realizadas. Crime de autoria coletiva. Desnecessidade de individualização minuciosa das condutas. Pleito de trancamento da ação penal sob o argumento de ausência de vínculo

entre a conduta dos pacientes e o suposto fato criminoso. Alegação de ausência de comprovação do dolo/demonstração de fraude. Atipicidade das condutas atribuídas aos pacientes. Impossibilidade de análise na via eleita. Práticas que devem ser devidamente apuradas no decorrer na instrução criminal e não na via estreita do *writ*. Teoria do domínio do fato. Pedido de trancamento da ação sob a alegação de que o depósito do montante devido em ação cível impede a persecução penal. Ausência de justa causa para a ação penal. Argumento que não se sustenta. Independência das instâncias cível e penal. Existência de seguro garantia nos autos do juízo cível não extingue a punibilidade. Art. 9º, § 2º da Lei n. 10.684/2003 exige pagamento integral ou parcelamento do débito tributário. Ordem denegada. Decisão unânime.

I. No presente caso, a peça acusatória, cumpriu com todos os requisitos legais exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Legal, sem que incorresse em qualquer violação no disposto no art. 395, do mesmo diploma legal. Denúncia indicou os crimes supostamente executados, a forma pela qual teriam ocorrido as práticas delitivas e os supostos autores;

II. A jurisprudência dos Tribunais Superiores fixou-se no sentido de que nos crimes societários, de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm procurado abrandar o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, dada a natureza dessas infrações, quando nem sempre é possível, na fase de formulação da peça acusatória, operar a uma descrição detalhada da atuação de cada um dos denunciados;

III. Nos casos de crimes societários, a instrução criminal é o momento adequado à averiguação da conduta de cada um dos supostos autores do crime, não havendo necessidade de que haja a individualização das respectivas condutas antes mesmo da análise das provas mediante o contraditório. Nesta fase inicial não é necessário existir prova cabal da autoria, sendo suficientes apenas indícios, prevalecendo o princípio do *in dubio pro societate*, razão pela qual deve prosseguir-se com a persecução penal;

IV. Da ausência de demonstração de nexo causal entre as condutas dos pacientes e o evento, supostamente, delituoso. Indícios da suposta prática do delito de sonegação fiscal e do art. 288 do CP autorizam o recebimento da denúncia e processamento da demanda. A discussão acerca das teses da defesa e da acusação deve ser travada no decorrer da instrução criminal, momento no qual as partes poderão sustentá-las, produzindo as provas que entenderem necessárias, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo diante de matéria fática controversa, onde se faz necessária instrução criminal ou o exame aprofundado de provas, o *habeas corpus* a via apropriada para solução do litígio;

V. O trancamento de pleito criminal, antes mesmo de qualquer instrução processual, é medida excepcional, ao passo que impede o Ministério Público, como titular da ação penal pública, de comprovar as imputações feitas no decorrer da *persecutio criminis*;

VI. Inviável o reconhecimento da alegada atipicidade das condutas atribuídas aos pacientes, em razão da ausência de dolo, pois, para se acolher o referido pleito seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto probatório, providência inadequada na via estreita do *habeas corpus*, sendo certo que tais alegações deverão ser melhor deliberadas no âmbito do processo criminal;

VII. Quanto a garantia apresentada no juízo cível, há que se observar que a independência entre as instâncias autoriza a propositura da ação penal, ressaltando-se ainda que a garantia do juízo cível não equivale ao pagamento do crédito tributário. Assim, o oferecimento de Carta de Fiança correspondente à dívida não fulmina a justa causa para a persecução penal;

VIII. Por unanimidade de votos, denegou-se a ordem. (fls. 1.192/1.193)

No presente *writ*, alega o impetrante; a) ausência de justa causa para ação penal, em decorrência da garantia integral dos valores discutidos nos autos de infração tributária que serviu de base à presente persecução criminal; b) inépcia da denúncia pela ausência da demonstração donexo causal entre a conduta dos recorrentes e o fato típico, o que resulta em imputação objetiva em decorrência do simples fato de os mesmos ocuparem, respectivamente a função de Presidente e Diretores da Telemar Norte Leste S/A; c) a conduta ser atípica, ante a inexistência de suporte fático a demonstrar a prática de fraude ou ardil, pois emitiu documento de autocompensação seguindo a sistemática tributária-administrativa.

Busca, assim, o trancamento da Ação Penal n. 007552-77.2014.8.17.0001.

Deferida a liminar às fls. 1.552/1.554 pelo Eminentíssimo Ministro Gurgel de Faria para suspender a audiência de oitiva de testemunha de acusação marcada para o dia 10 de novembro de 2015, bem como o andamento da Ação Penal n. 007552-77.2014.8.17.0001.

O Ministério Público Federal, às fls. 1.655/1.668, opinou pelo não conhecimento do *writ*, ou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas

na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como visto acima, busca o impetrante o trancamento da ação penal.

Inicialmente, quanto à assertiva de inépcia de denúncia, registra-se que esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

Todavia, no caso dos autos, conforme asseverado no voto condutor, a denúncia descreveu a conduta delituosa dos recorrentes. A propósito, confira-se:

Sustenta o impetrante ser a denúncia mitigação das regras do art. 41 do Código de Processo Penal.

No presente caso, conforme já transcrito acima a peça acusatória, cumpriu com todos os requisitos legais exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Legal, sem que incorresse em qualquer violação no disposto no art. 395, do mesmo diploma legal. Vejamos:

[...]

De fato, o art. 41 do CPP determina a descrição do fato e de seu possível autor. Estando a denúncia em conformidade com tal preceito, não se pode cogitar que seja inepta.

Conforme informações encaminhadas pela autoridade coatora, a denúncia indicou o crime supostamente executado (supressão de tributo), a forma pela qual teria ocorrido a prática delitiva (inserção de elementos inexatos no Livro de Registro de Entradas) e os supostos autores, diretores e presidente da empresa, por meio da qual a sonegação teria sido realizada.

Assim, não se pode falar em denúncia inepta, porquanto tal inicial se submete aos requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, tendo em vista que nela consta a qualificação dos acusados, a descrição do suposto fato criminoso, bem como a apresentação do rol de testemunhas. Destarte, o que se pode constatar, neste momento, é que a denúncia descreve uma conduta ilícita e possui respaldo na fiscalização Estadual. (fl. 1.157)

Da leitura acima extrai-se que a exordial acusatória imputa aos recorrentes a prática de crime contra a ordem tributária, considerando que, na condição de presidente e diretores da pessoa jurídica, sonegaram o pagamento de ICMS descrevendo, ainda, o *modus operandi* da conduta delituosa.

Nesse contexto, entendo que a denúncia ofertada pelo *Parquet* local não ofende o direito à ampla defesa e ao contraditório e permite o livre exercício do direito de defesa, na medida em que descreve, mesmo de forma sucinta e objetiva, toda a prática delitiva imputada aos acusados, demonstrando indícios suficientes de autoria, prova da materialidade e a existência de nexos causal entre a conduta apontada e o tipo penal imputado, exatamente nos termos do que dispõe o art. 41 do CPP. Vejam-se:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Sonegação fiscal. Alegação de inépcia formal da denúncia e de falta de justa causa para a ação penal. Improcedência. Recurso não provido.

1. O trancamento prematuro da persecução penal é medida excepcional, admissível somente quando emergem dos autos, de plano e sem necessidade de apreciação probatória, a alta de justa causa, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inépcia formal da denúncia.

2. Não há falar em inépcia da denúncia se a inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP e explicita, de forma satisfatória, a conduta delitiva e as circunstâncias da sonegação fiscal, estabelecendo, com elementos que deverão ser aprofundados durante a instrução criminal, que os recorrentes, como administradores da pessoa jurídica, fraudaram a norma tributária para suprimir pagamento de ICMS. A afirmativa de que possuíam altos cargos e poderes de determinar, decidir e fazer com que os subordinados executassem os atos foi lastreada em atas das assembleias gerais ordinárias, que comprovam o exercício do mandato no período descrito na denúncia.

3. A tese de que os recorrentes, apesar de presidente e vice-presidentes da empresa, com poderes de administração e de gerência, não tiveram nenhum vínculo com a sonegação fiscal não pode ser discutida no *habeas corpus*, por demandar análise vertical de provas indicadas somente pela defesa, sem o contraditório da parte adversa.

4. É possível constatar que o Juízo cível excluiu os recorrentes da execução fiscal apenas porque não foram parte do processo administrativo aberto contra a pessoa jurídica, sem afastar eventual responsabilidade pessoal dos gestores ou desconstituir o crédito tributário objeto da ação penal.

5. A garantia do crédito tributário na execução fiscal - procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos - não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento voluntário ou de parcelamento da

exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal.

6. Como alinhavado pela instância ordinária, a legislação penal em matéria de crimes contra a ordem tributária já é benevolente com aqueles que incorrem nestes delitos, pois prevê formas de extinção da punibilidade e de suspensão do processo não proporcionadas aos crimes em geral.

7. Assim, não deve ser admitida a ampliação da benesse legal de forma automática, toda vez que o agente garantir a execução fiscal para oferecer embargos, sem que haja prova inequívoca do pagamento ou do parcelamento do tributo, máxime porque o crime pressupõe, além do inadimplemento, a prática de conduta ardilosa para violar a ordem tributária.

8. Recurso ordinário não provido. (RHC 65.221/PE, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27.06.2016)

Penal e Processo Penal. Crime previsto no art. 334 do Código Penal. Inépcia da inicial acusatória. Inexistência. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Demonstrada a mínima correlação dos fatos delituosos com a atividade do acusado. Recurso desprovido.

1. A jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso. Precedentes.

2. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu.

3. Quanto ao caso, relativo a crimes societários, vale ressaltar que, segundo entendimento reiterado desta Corte, “embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal” (RHC 55.597/SC, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 28.4.2015).

4. Não assiste razão ao recorrente ao alegar a inépcia da denúncia que, a toda evidência, preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto está demonstrado o vínculo subjetivo entre o paciente e os fatos a ele atribuídos

como crimes contra a ordem tributária, com indicação, inclusive, da condição de único sócio administrador da empresa “*BW Offshore do Brasil Ltda*”, o que justifica a plausibilidade jurídica da imputação.

5. Recurso desprovido. (RHC 61.765/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10.12.2015)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Inadequação da via eleita. Crime tributário. Trancamento de ação penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência.

[...]

2. O trancamento de ação penal constitui “medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito” (HC 281.588/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 05.02.2014) e que “só deve ser adotada quando se apresenta indiscutível a ausência de justa causa e em face de inequívoca ilegalidade da prova pré-constituída”. (STF, HC 107.948 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.05.2012).

3. Hipótese em que a denúncia descreve que, na condição de fiscal de tributos, o paciente teria atuado da mesma forma que seus colegas denunciados, permitindo a passagem dos transportadores sem fiscalização e colocado seu carimbo em notas fiscais frias.

4. A exordial acusatória apresenta uma narrativa congruente dos fatos, permitindo o exercício da ampla defesa, descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime, ou seja, não é inepta a denúncia que, atentando aos ditames do art. 41 do CPP, qualifica os acusados, descreve o fato criminoso e suas circunstâncias. Não há que se falar em inépcia da peça acusatória por falta de individualização da conduta. A circunstância, por si só, de o Ministério Público ter imputado ao recorrente a mesma conduta dos demais denunciados não torna a denúncia genérica, indeterminada ou imprecisa.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 250.345/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 26.11.2015)

De outra parte, com relação à tese de que a conduta seria atípica, tal análise demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, acerca da ausência de dolo, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do recurso em *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

Nesse sentido

Processual Penal. Acórdão recorrido. Nulidade. Falta de suficiente fundamentação. Não ocorrência. Recebimento da denúncia e análise da resposta à acusação. Nulidade por ausência de fundamentos. Pecha inexistente. Ação penal. Estelionato. Trancamento. Impossibilidade.

[...]

3 - O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia inexistência de justa causa (atipicidade por ausência de dolo e falta de materialidade), não relevada, *primo oculi*. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.

4 - Recurso não provido. (RHC 68.745/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10.06.2016)

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Via inadequada. Roubo circunstanciado. Absolvição por insuficiência probatória. Exame aprofundado de matéria fático-probatória. Prova colhida apenas no inquérito policial. Não ocorrência. Regime inicial fechado. Gravidade abstrata. Constrangimento ilegal evidenciado.

[...]

2. A via estreita do *writ* não é adequada à análise de alegações relativas à absolvição por falta de provas para a condenação, por demandar tal exame o revolvimento fático-probatório. Precedentes.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena. (HC 316.472/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 1º.09.2015)

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Atentado violento ao pudor. Absolvição. Ausência de provas. Impossibilidade. Reexame probatório. Incidência da atenuante. Supressão de instância. Análise prejudicada. Súmula 231/STJ. Pena-base fixada no mínimo legal. *Writ* não conhecido.

[...]

2. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em *habeas corpus*, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 195.883/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 07.08.2015)

Por fim, registra-se que “a orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão impugnado de que a garantia aceita na execução fiscal não possui a natureza jurídica de pagamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade do crime tributário” (AgRg no AREsp 831.642/PI, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, DJe 28.06.2016).

A corroborar esse posicionamento:

Direito Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Lei n. 8.137/1990. Denúncia. Trancamento da ação penal. Extinção da punibilidade. Carta de fiança bancária não é pagamento integral do crédito. Recurso desprovido.

1. O oferecimento de carta de fiança bancária como garantia de crédito tributário não autoriza o trancamento da ação penal. Embora seja possível, futuramente, em caso de quitação, extinguir-se a punibilidade, trata-se de mera presunção.

2. “O oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal, ainda que potencialmente capaz de saldar, ao final daquele feito, o débito fiscal questionado, não é causa extintiva de punibilidade penal prevista como tal em nosso ordenamento, sendo descabida, por razões óbvias, sua equiparação à quitação íntegra do débito a que se refere o art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.” (HC 235.164/SP, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Rel. p/ Acórdão Ministra *Alderita Ramos de Oliveira* (*Desembargadora Convocada do TJ/PE*), *Sexta Turma*, julgado em 19.11.2012, DJe 17.12.2012)

3. Recurso desprovido. (RHC 67.209/SP, Relatora Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, DJe 29.04.2016)

Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Sonegação fiscal. Trancamento de inquérito policial. Bem imóvel dado em garantia de execução fiscal. Impossibilidade. Extinção da punibilidade que só se ocorre pelo pagamento. Inteligência do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Recurso ordinário desprovido.

[...]

II - Não obstante tenha sido oferecido bem à penhora em sede de embargos à execução fiscal, com valor de mercado suficiente para garantir a dívida com a Fazenda Estadual, tal medida não tem o condão de se equiparar ao pagamento do débito tributário, única medida capaz de extinguir a punibilidade do crime de sonegação fiscal, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 (Precedentes do STF e do STJ).

Recurso ordinário desprovido. (RHC 42.644/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, DJe 19.10.2015)

Na hipótese, na execução fiscal a pessoa jurídica ofereceu uma apólice de seguro-garantia emitida pela empresa securitária Chubb do Brasil Companhia de Seguros, não podendo, desta forma, ser considerada como forma de adimplemento do débito tributário.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*, cassando a liminar deferida às fls. 1.552/1.554.

HABEAS CORPUS N. 383.313-RJ (2016/0332881-1)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Fabio Antonio Dib Pereira e outros

Advogado: Fabio Antônio Dib Pereira e outro(s) - RJ125661

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Juliana Alves da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Homicídio qualificado. Emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima. Prisão preventiva. Segregação fundada no art. 312 do CPP. Circunstâncias do crime. Gravidade excessiva. Periculosidade dos envolvidos. Garantia da ordem pública. Custódia fundamentada e necessária.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade efetiva do delito em tese praticado e da periculosidade social dos envolvidos, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorreu o fato criminoso.

3. Caso em que a paciente está sendo acusada de haver concorrido de forma eficaz para a consumação do homicídio perpetrado pelos corréus, tendo colaborado informando aos executores a localização exata do ofendido, com quem mantinha relacionamento amoroso, bem como prestando-lhes auxílio material para garantir o sucesso da empreitada, circunstâncias que demonstram a reprovabilidade diferenciada da conduta perpetrada, autorizando a preventiva.

Substituição da preventiva por prisão domiciliar. Filho com idade inferior a 12 anos. Art. 318, V, do CPP. Necessidade de assegurar ao infante seus direitos fundamentais. Arts. 6º e 227 da CF e Lei n. 8.069/1990. Princípio da dignidade da pessoa humana. Condições pessoais favoráveis da ré. Excepcionalidade da situação evidenciada. Ordem concedida de ofício.

1. Com o advento da Lei n. 13.257/2016, permitiu-se ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando a agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Exegese do art. 318, V, do CPP.

2. A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal, não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar em cada caso concreto a situação da criança e, ainda, a adequação da benesse às condições pessoais da presa.

3. O fato de a paciente ser mãe de uma criança que conta com pouco mais de 4 (quatro) anos de idade que, apesar de estar sob os cuidados de sua avó materna, apresenta *transtornos emocionais relacionados à ausência de sua genitora, como se depreende do laudo técnico* acostado aos autos, revela situação excepcional apta a autorizar a substituição do cárcere pela prisão domiciliar, nos termos do Estatuto da Primeira Infância, conjugado com os vetores constitucionais que impõem ao Estado a proteção da família e a colocação de crianças a salvo de toda forma de opressão.

4. Importante observar que a violação das regras da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da constrição preventiva, bem como que a medida extrema pode ser novamente ordenada se sobrevier fato novo ou situação que exija a sua imposição.

5. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a preventiva por prisão domiciliar, mediante

o cumprimento de condições estabelecidas, até o exaurimento do julgamento da lide pelas instâncias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 17.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de *Juliana Alves da Silva* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem no HC n. 0042581-69.2016.8.19.0000, mantendo a prisão preventiva da paciente nos autos da ação penal a que responde pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para o decreto e a manutenção da custódia cautelar da paciente, eis que embasada em argumentos genéricos e abstratos, reputando ausentes os requisitos da preventiva, insculpidos no art. 312 do CPP.

Asseveram que a paciente seria primária, de bons antecedentes, bem como possuiria residência fixa e ocupação lícita, predicados que lhe autorizariam a responder solta ao processo, indicando, ainda, a suficiência das providências cautelares mais brandas na espécie.

Destacam que a paciente possui um filho de 4 (quatro) anos de idade, pelo que faria jus à prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do CPP, inciso V do CPP.

Requereram, liminarmente, a substituição da preventiva imposta à paciente por prisão domiciliar (art. 318, inciso V do CPP) ou por qualquer outra medida cautelar diversa do cárcere (art. 319 do CPP).

No mérito, postulam pela revogação do encarceramento antecipado da ré ou, subsidiariamente, a substituição do cárcere por recolhimento domiciliar.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da prisão domiciliar.

Sobreveio pedido de intimação dos impetrantes da data de julgamento do *writ* para fins de realizarem sustentação oral, providência deferida em 22-2-2017 (e-STJ fl. 621).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou a ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por esta Corte Superior de Justiça.

Dos elementos colacionados, infere-se que a paciente foi denunciada pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal, acusada de haver concorrido de forma eficaz para a consumação

do homicídio de *Rafael Gonçalves Pires*, perpetrado pelos corréus *Rodrigo e Evandro* no dia 15.3.2016.

Verifica-se que o Juízo Singular, na ocasião do recebimento da denúncia, isso em 3.8.2016, decretou a prisão preventiva da paciente e manteve a custódia dos codenunciados considerando que os fatos “desencadeadores da ação penal denotam importantes indícios de autoria pelos denunciados, cuja liberdade gera perigo à instrução criminal e à aplicação da lei penal”, tendo aduzido, ainda, que “a gravidade e a repercussão social do delito também são elementos a embasar um decreto prisional preventivo, com base na garantia da ordem pública” (e-STJ fl. 314).

Na ocasião, consignou o Togado que, em liberdade, os réus poderiam conturbar a instrução criminal, “sendo conveniente que fiquem presos, a fim de que não se corra o risco de ver enfraquecido o conjunto probatório por constrangimento das pessoas arroladas na denúncia que virão depor em juízo”, concluindo ser a constrição indispensável para “garantir a higidez da colheita da prova, que somente se encerra na sessão de julgamento pelo conselho de sentença” (e-STJ fl. 314).

Por fim, asseverou que “não se encontram adequadas, ao presente caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319, CPP”, aduzindo que, “as condições subjetivas favoráveis aos acusados, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória, se há nos autos elementos hábeis a recomendá-la, como se verifica no caso em apreço” (e-STJ fls. 314-315).

Segundo noticiou o Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de Saquarema/RJ, o recolhimento ao cárcere da acusada **Juliana** se deu em 04.08.2016 e, formulado pedido de revogação da preventiva, tem-se que o pleito foi indeferido no dia 17.8.2016.

Irresignada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal Estadual e, no dia 19.8.2016, consta que “em sede de plantão judiciário, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedeu a acusada *Juliana Alves da Silva* a segregação cautelar na forma de prisão domiciliar, aplicando-lhe as medidas cautelares” (e-STJ fl. 609).

Ocorre que “o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cassou a decisão proferida em sede de plantão judiciário, bem como decretou a custódia preventiva da acusada *Juliana Alves da Silva*”, que noticia-se haver sido “acautelada no sistema carcerário em 02.09.2016” (e-STJ fl. 609).

Verifica-se que o Colegiado Estadual, na ocasião do julgamento do *mandamus* originário, entendeu estar devidamente fundamentada a decisão de primeiro grau e denegou a ordem visada, ratificando a prisão processual da ré, sobretudo diante da “necessidade de se resguardar a ordem pública, dada a gravidade em concreto do delito e aplicação da lei penal” (e-STJ fl. 532), tendo destacado ser “evidente a justa causa no decreto da prisão preventiva, sobretudo, como se vê na presente hipótese, demonstra a paciente verdadeiro menosprezo pelas normas penais em vigor” (e-STJ fl. 533).

Ponderou-se, ainda, que “requisitos subjetivos ditos favoráveis não são garantidores, por si só, da concessão de liberdade a criminosos, mormente, em se tratando de crimes hediondos” (e-STJ fl. 533), bem como que seriam insuficientes “quaisquer das medidas acauteladoras diversas da prisão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal” (e-STJ fl. 535) na hipótese dos autos.

Por fim, esclareceu o Órgão Julgador que “pedidos de prisão domiciliar para mães exigem cautela e discernimento quanto à efetiva necessidade, até para não se criar uma falsa impressão de ‘passe livre’ para o cometimento de crimes a mulheres, ante a simples condição de mãe, mormente quando o Ministério Público imputa crime grave e de índole hedionda”, tendo concluído que, “a teor da descrição trazida na denúncia”, o referido benefício estaria obstado na espécie, uma vez que a maternidade não poderia autorizar a liberdade de “quem participa de ação tão violenta e cruel” (e-STJ fl. 536).

Esclarecidos os fatos, verifica-se que a custódia da paciente encontra-se justificada com base no art. 312 do CPP, para o fim de acautelamento sobretudo da ordem pública, vulnerada diante da sua periculosidade social, bem demonstrada pelas circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos.

Como orienta a doutrina, a prisão preventiva pode ser ordenada “para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade. [...] A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública”, “quando se tutelar, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa”, deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do crime cometido e da personalidade do agente (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, *Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012).

Na espécie, observa-se que *Juliana* está sendo acusada de haver concorrido de forma eficaz para a consumação do homicídio qualificado em que

figurou como vítima *Rafael Gonçalves Pires*, com quem a paciente mantinha relacionamento amoroso, perpetrado pelos corréus *Rodrigo* e *Evandro*, que emparelharam a motocicleta na qual trafegam com o veículo conduzido pelo ofendido e o alvejaram de forma fatal, ao que parece, por motivo de ciúmes.

Narra a inicial acusatória que Juliana teria participado do evento criminoso informando aos executores o exato local em que a vítima estaria, mantendo contato constante com Evandro para informar todos os passos de Rafael. Asseverou o *Parquet*, ainda, que a ré teria prestado auxílio material a Evandro, emprestando-lhe seu aparelho de telefonia celular com o fim de assegurar o sucesso do crime planejado.

De fato, *as circunstâncias do delito* - cometido em concurso de 3 (três) agentes, os quais, por motivo torpe e valendo-se de recurso que dificultou ou impediu a defesa do ofendido, atingiram-no com disparos fatais de arma de fogo -, *somadas ao motivo determinante do crime* - em razão de ciúmes de *Juliana* -, *evidenciam a reprovabilidade acentuada da conduta denunciada*, revelando o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão preventiva.

Por outro lado, quanto à pretendida substituição da preventiva por prisão domiciliar, observa-se que *a excepcionalidade da situação posta em exame*, aponta para a plausibilidade jurídica do pedido, suficiente a justificar a atuação de ofício deste Superior Tribunal.

É que, com o advento da Lei n. 13.257/2016, foi incluído o inciso V no art. 318 do Código de Processo Penal em que se permitiu ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for *mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos*.

Devemos ressaltar que a previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal, não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar os diagnósticos produzidos por equipe multidisciplinar com relação à situação da criança e ainda da adequação da medida à clausulada.

Neste sentido, ensina a doutrina:

(...) a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela

domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de *per se*, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado. (*Manual de Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 998).

Cito ainda, que nos compêndios de Eugênio Pacelli (*Curso de Processo Penal*. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 584-585) e de Norberto Avena (*Processo Penal Esquemático*. 8ª ed., São Paulo: Método, p. 487), faz-se referência ao necessário exame das peculiaridades do caso para se definir a possibilidade/adequação da conversão da medida extrema em prisão domiciliar, aos casos previstos pela inovação legal de 2016.

E, na hipótese, observa-se que a paciente é mãe de uma criança de pouco mais de 4 (quatro) anos de idade, nascida em 19-11-2012 (e-STJ fl. 417) a qual, apesar de estar sob os cuidados de sua avó materna, apresenta *transtornos emocionais relacionados à ausência de sua genitora, como se depreende do laudo técnico* acostado às e-STJ fls. 616.

O art. 227 da Carta Magna dispõe: *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Na intenção de tornar realidade efetiva as prerrogativas das crianças e dos adolescentes, e de retirar do campo da utopia o respeito a estes direitos, a Lei n. 8.069/1990, cânone protetor dos indivíduos em desenvolvimento, dispõe:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Seguindo a linha constitucional, não deixou o preceito, ainda, de caracterizar-se como norma quimérica, apesar de tratar-se de direito fundamental e auto-aplicável.

O art. 227 da Carta Magna pode ser considerado um desenrolar do art. 6º, da mesma *Lex Mater*, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14.2.2000, que trata da proteção à saúde, assim como à maternidade e à infância:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.

De fato, ao Estado incumbe assegurar, seja de forma negativa ou positiva, a saúde do cidadão. Trata-se de um direito social, de cumprimento obrigatório pelo Estado, objeto, também, do art. 4º do Estatuto de Criança e do Adolescente, que o prevê, juntamente com outras obrigações, como deveres do Poder Público:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Trata-se, aqui, de uma maneira de não extrapolar os limites de uma reprimenda já imposta à mãe, ou de restrição a um de seus direitos, *in casu* a liberdade, em relação aos seus filhos, crianças inocentes que nada têm a ver com a necessidade de punição ou segregação de sua genitora. É que, afastado do amor e carinho maternos, a criança estaria sendo penalizada em sua educação e desenvolvimento.

E, especificamente na hipótese dos autos, noticia-se que o infante está sendo submetido a “acompanhamento psicológico desde 26 de outubro de 2016 demandando como queixa principal da avó materna Terezinha Alves da Silva, um quadro emocional disfuncional, derivado da ausência da mãe do menor por motivos legais, exibindo dentro deste quadro: crise nervosa, falta de interesse por brincadeiras e desenhos antes desejosos, sono e apetite irregular”, tendo sido relatado pela psicóloga responsável que: “o paciente vem demonstrando instabilidade emocional, onde o principal sintoma é a agressividade, tais comportamentos geram prejuízos sociais e psicológicos” (e-STJ fl. 616).

Ora, não pode o Estado, a quem incumbe o dever de cuidado, assistência e proteção às crianças, omitir-se diante de tal situação. Não pode ser ele, através de um de seus Poderes, o Judiciário, o causador de tamanho transtorno à saúde física e mental de uma criança que conta com apenas quatro anos de idade.

A propósito, pode-se citar os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Habeas corpus. Prisão preventiva. Mulher surpreendida ao adentrar em estabelecimento prisional com drogas. Filhos menores. Prisão domiciliar. Estatuto da Primeira Infância. Viabilidade.

1. A Lei n. 13.257/2016 estabelece conjunto de ações prioritárias a ser observadas na primeira infância (0 a 6 anos de idade), mediante “princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas [...] em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano” (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. A novel legislação, que consolida, no âmbito dos direitos da criança, a intersetorialidade e a corresponsabilidade dos entes federados, acaba por resvalar em significativa modificação no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o “fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância” (art. 14, § 1º).

3. A despeito da benfazeja legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro, com o mesmo raciocínio que imprimi ao relatar o HC n. 291.439/SP (DJe 11.6.2014), de que o uso do verbo “poderá”, no caput do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria “dever” do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei. Semelhante interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema.

4. No caso ora examinado, a substituição da prisão preventiva se justifica, seja pela nova redação imprimida ao art. 318 do CPP - *haja vista que a paciente é mãe de 3 crianças menores (uma de 9, outra de 6 e uma última de 5 anos de idade)* -, seja porque o juiz de primeiro grau não indicou as peculiaridades concretas que justifiquem, sob a perspectiva da necessidade e da proporcionalidade, a prisão *ad custodiam* como a única providência cautelar idônea e cabível. Releva observar, a propósito, não haver indicativo seguro de que a paciente exerce, com habitualidade, a mercancia ilícita de substância entorpecente e nem de que integra grupo organizado ou atividade criminosa voltada a repetidamente introduzir, no presídio, drogas ilícitas.

5. Há que se ressaltar a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/1990.

6. Sob tais regências normativas e diante das peculiaridades do caso, é temerário manter o encarceramento da paciente quando presentes dois dos requisitos legais do art. 318 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.257/2016. Ademais a prisão domiciliar revela-se adequada para evitar a prática de outras infrações penais (art. 282, I, CPP), ante as condições favoráveis que ostenta (primariedade e residência fixa) e o fato de não haver demonstração de que o recurso à cautela extrema seria a única hipótese a tutelar a ordem pública.

7. *Habeas corpus* concedido.

(HC 356.668/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16.06.2016, DJe 28.06.2016 - grifamos)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Fundamentação inidônea. Gravidade abstrata do delito. Filha menor (5 anos). Proteção da integridade física e emocional das crianças. Condições pessoais favoráveis. Primariedade, bons antecedentes, trabalho e residência fixos. Recurso provido, confirmando-se a liminar concedida.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva à recorrente não apresentou motivação concreta, apta a justificar sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo genérico, termos da lei processual e a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

3. Este Superior Tribunal de Justiça entende que a necessidade da prisão preventiva fica mitigada em casos em que o suposto crime de tráfico de drogas envolve quantidade reduzida de droga (49g de maconha), como na hipótese, a menos que outras circunstâncias denotem a gravidade concreta do delito ou a periculosidade do acusado, o que não se constata na hipótese dos autos.

4. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

5. A prova documental juntada aos autos atesta que a recorrente possui uma filha de tenra idade (5 anos). Assim, a fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional da criança e da mulher, considerando a necessidade e a adequação, em vista da natureza do crime imputado, das circunstâncias do flagrante, da ausência de indícios de que a recorrente se dedique à traficância ou que possua envolvimento com a criminalidade, é suficiente, na hipótese, a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas, sobretudo a proibição de visitas a estabelecimentos prisionais, já que, aparentemente, a droga encontrada seria entregue a seu companheiro, que se encontra encarcerado.

6. Recurso provido, confirmando-se a liminar, para deferir a liberdade provisória à paciente, mediante a proibição de visitas a estabelecimentos prisionais, sem prejuízo de outras medidas cautelares, previstas no art. 319 do CPP, à critério do juízo processante, ressalvada prisão por outro motivo.

(RHC 77.009/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09.03.2017, DJe 15.03.2017 - grifamos)

Nesse panorama, melhor que se permita à paciente cuidar de seu filho com tranqüilidade, sem, porém, furtar-se à aplicação da lei penal, mais em atenção ao inocente infante do que a si própria, de forma que não se contamine o bem estar físico e psicológico da criança.

Merece destaque, outrossim, que condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da medida extrema, como ocorre na espécie.

Nesse contexto, diante das peculiaridades do caso concreto, mostra-se necessária, adequada e suficiente a substituição da preventiva pela prisão domiciliar da paciente, mediante o cumprimento das seguintes condições: *I*) recolhimento domiciliar integral, ressalvada situação de emergência médica, que deverá se comunicada imediatamente ao juízo competente; *II*) atender a todas as comunicações judiciais; *III*) proibição de alteração de domicílio sem prévia autorização judicial; *IV*) não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, linha telefônica instalada, qualquer dispositivo de acesso à *internet*, móvel ou fixo, devendo proceder-se o desligamento e retirada de todos existentes até o início do cumprimento, sendo proibido a ré por qualquer meio ou através de qualquer pessoa tais acessos, sendo, ainda, vedado a qualquer pessoa que ingresse no imóvel, seja empregados, conviventes ou visitas, adentrar com algum dispositivo que permita acesso à telefonia ou *internet*; *V*) são vedadas visitas de pessoas que não sejam parentes até o terceiro grau ou seus advogados regularmente constituídos, com *procuração* nos autos; *VII*) A Polícia Judiciária

está autorizada a realizar inspeções no imóvel em que a medida será cumprida, no período de 6 hs a 18 hs, sem prévia comunicação ou autorização judicial, a fim de verificar se todas as condições estão sendo cumpridas; devendo em acréscimo obedecer à cautelar prevista no inciso II (proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante) do art. 319 do CPP.

Outrossim, não é demais lembrar que a violação das regras da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da constrição preventiva, bem como que a medida extrema pode ser novamente ordenada se sobrevier fato novo ou situação que exija a sua imposição.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não se conhece* do *habeas corpus* substitutivo, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal e mediante condições impostas para o cumprimento da constrição domiciliar, até o exaurimento do julgamento pelas instâncias ordinárias.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 79.021-PI (2016/0312643-2)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Fabiano Pereira de Castro (Preso)

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Piauí

Recorrido: Ministério Público do Estado do Piauí

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Superveniência de condenação. Negativa do apelo em liberdade. Aventada falta de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade. Excesso de prazo da tramitação do feito e desproporcionalidade da medida extrema. Teses não enfrentadas no acórdão combatido. Supressão de instância.

Segregação fundada no art. 312 do CPP. Réu que ostenta registro anterior pela prática de delito idêntico. Reiteração criminosa. Risco efetivo. Periculosidade social do agente. Réu que permaneceu preso durante a instrução criminal. Garantia da ordem pública. Constrição justificada e necessária. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares mais brandas. Insuficiência e inadequação. Reclamo conhecido parcialmente e, na extensão, improvido.

1. Impossível a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, das alegações referentes à falta de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como da aventada desproporcionalidade da medida extrema e do suposto excesso de prazo para o encerramento da ação penal, tendo em vista que tais questões não foram analisadas no aresto combatido, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

2. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição antecipada está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do acusado, revelada pelo seu histórico criminal.

3. Caso em que o recorrente é reincidente, possuindo condenação anterior definitiva também por tráfico de drogas e, ainda, ostenta vários outros registros criminais em sua folha de antecedentes, particularidades que demonstram o risco efetivo de reiteração caso o agente seja solto, corroborando o *periculum libertatis* exigido para a preventiva.

4. Diversamente do que ocorre na hipótese de majoração de pena-base, para autorizar a segregação antecipada requer-se apenas a demonstração do constante envolvimento do réu em condutas delitivas, aptas a indicar que, solto, voltará a delinquir, não havendo que se falar, portanto, em necessidade de condenações transitadas em julgado para que reste configurada a periculosidade do agente, baseada na reiteração criminosa. Precedentes.

5. Verificando-se que há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais do réu, julgando-se necessária a manutenção da prisão preventiva, e constatando se que permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, ausente ilegalidade a ser sanada.

6. Condições pessoais favoráveis, sequer comprovadas na espécie, não teriam, em princípio, o condão de, isoladamente, ensejar a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada.

7. Demonstrada a imprescindibilidade da preventiva diante da excessiva periculosidade social do réu, está clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, cuja aplicação não se mostraria adequada para o restabelecimento da ordem pública.

8. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, na extensão, 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 17.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por *Fabiano Pereira de Castro* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que denegou a ordem visada no *Writ* de n. 2016.0001.004717-6, mantendo a segregação cautelar do recorrente nos autos da ação penal a que responde pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta o recorrente a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de falta de motivação idônea para justificar o decreto e a manutenção da sua custódia cautelar, porquanto embasada em fundamentos genéricos, sem que fosse demonstrado, concretamente, de que forma, em liberdade, poderia causar

embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do CPP.

Aponta a ilegalidade da constrição também por excesso de prazo na tramitação do feito, destacando o fato de estar preso desde abril de 2015, sem que tenha sido encerrada a instrução criminal.

Aduz a inexistência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade aptos a autorizar a preventiva na hipótese dos autos.

Alega ser primário, possuir bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, predicados que lhe permitiriam responder ao processo em liberdade (e-STJ fl. 125).

Defende que “consideram-se maus antecedentes sentenças condenatórias transitadas em julgado, o que não é o caso dos autos”, defendendo que “o registro de inquéritos policiais ou ações penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes” (e-STJ fl. 126), para fins de justificar a sua manutenção no cárcere.

Salienta ainda que, após a vigência da Lei n. 12.403/2011, o encarceramento *ante tempus* só estaria autorizado quando demonstrada a insuficiência e inadequação de medidas cautelares menos gravosas, dentre aquelas previstas no art. 319 do CPP, as quais, enfatiza, seriam mais adequadas, na espécie.

Defende, outrossim, que seria desproporcional a sua manutenção no cárcere antecipadamente, uma vez que haveria possibilidade de ser beneficiado com a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e conseqüentemente com a fixação de regime inicial menos gravoso e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requeru, assim, liminarmente e no mérito, o provimento do recurso com a revogação da sua prisão preventiva, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor, para que possa responder ao feito em liberdade.

Contrarrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Corte Superior, onde a liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela prejudicialidade do reclamo pela perda de seu objeto diante da superveniência de sentença penal condenatória nos autos da presente ação penal (e-STJ Fls. 207-209).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Extrai-se dos autos que, *no dia 25.4.2016*, o recorrente foi preso em flagrante, convertida a prisão em preventiva, e posteriormente restou denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque foi surpreendido, por policiais militares, guardando 699,2 g (seiscentos e noventa e nove gramas e dois decigramas) de massa bruta de cocaína, para posterior entrega a consume de terceiros, tendo sido encontrada, ainda, na ocasião, 1 (uma) balança de precisão e a quantia de R\$ 356,00 (trezentos e cinquenta e seis reais).

Quanto aos fatos, narra a denúncia que “no dia 25 de abril de 2016, por volta das 07h30min, policiais civis saíram com destino à quadra 143, casa 24, Conjunto Jacinta Andrade, em razão de trabalho investigativo prévio ter indicado que o denunciado *Fabiano Pereira de Castro* estava traficando entorpecentes ilícitamente” (e-STJ fl. 153).

Chegando ao local, consta que os milicianos, após minuciosa vistoria, lograram encontrar “dentro de uma caixa de sapato 01 (um) tablete de substância petrificada semelhante à crack; 03 (três) porções menores de substância petrificada semelhante à crack; 09 (nove) invólucros de uma substância sendo provavelmente cocaína; a quantia de R\$ 356,00 (trezentos e cinquenta e seis reais) em dinheiro; 01 (uma) balança de precisão; 01 (uma) tesoura e vários recortes plásticos provavelmente utilizados para a embalagem das drogas quando fracionadas”.

Verifica-se que o Juízo Singular, isso *no dia 26.4.2016*, converteu a prisão em flagrante em preventiva, a bem da ordem pública, considerando que a “gravidade concreta da conduta imputada ao autuado coloca em risco a saúde pública e a paz social, [...], ainda mais, quando se observa a quantidade e a natureza da droga apreendida” (e-STJ fl. 23).

Consignou-se, ainda, no referido *decisum*, que: “A certidão de antecedentes criminais do flagranteado, [...], corrobora com o entendimento de que a custódia cautelar se faz necessária para a garantia da ordem pública uma vez que este já responde a outros procedimentos criminais”, tendo sido destacado que “o autuado já foi condenado por crime de tráfico de drogas, [...], em 05.05.2014, o que nos faz concluir que as medidas cautelares diversas da prisão restaram insuficientes para conter a prática delitiva do indiciado.” (e-STJ fl. 25).

A Corte de Origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado antes da prolação da sentença condenatória, denegou a ordem visada, ratificando

a preventiva, ao argumento de que “ao contrário do que alega o impetrante, a decisão não carece de fundamentação concreta, uma vez que o magistrado fez referência expressa às circunstâncias da prisão da paciente, apontando a sua real periculosidade social, fundada no risco concreto de reiteração delitiva” (e-STJ fl. 106).

Vislumbrou o Colegiado que “a necessidade de preservação da ordem pública pode ser extraída da gravidade concreta do delito imputado bem como da periculosidade social do paciente, tendo em vista a natureza e a quantidade de drogas apreendidas.” (e-STJ fl. 107)

Salientou-se, outrossim, que o paciente, além do presente processo, também registra uma execução penal em seu desfavor e aparece em “outros inquéritos e ações penais em tramitação nesta comarca” e, “consoante entendimento do STJ e do STF, o risco de reiteração delitiva pode ser evidenciado pela existência de inquéritos policiais, ações penais e ações socioeducativas anteriores e em curso” (e-STJ fl. 107).

Ademais, concluiu o Órgão Julgador que, “as circunstâncias dos autos revelam que” as providências cautelares alternativas ao cárcere “não constituem instrumentos eficazes para proteger a ordem pública da atuação da paciente, sobretudo considerando o risco concreto de reiteração delitiva”, consignand-se, por fim, que “as condições pessoais do paciente, isoladamente, não obstam a segregação cautelar, notadamente quando presentes as circunstâncias impositivas dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, como ocorre na hipótese” (e-STJ fl. 109).

Em consulta à página eletrônica da Corte Estadual, verifica-se que, em 26.1.2017, sobreveio sentença condenando o recorrente à *pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado*, mais pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, *pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas*, oportunidade em que lhe foi negado o direito de recorrer solto, sob a seguinte fundamentação:

Sabe-se que a existência de inquéritos policiais e ações penais não são suficientes para a configuração de maus antecedentes e de reincidência, sendo necessário transito em julgado da sentença penal condenatória.

Contudo, quando se trata dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, conforme já restou devidamente assentado pelos tribunais pátrios, a existência de inquéritos policiais e ações penais são motivos idôneos para a decretação da prisão preventiva do acusado com o fito de garantir a ordem pública, ante o risco de reiteração delitiva, [...].

[...]

No presente caso, o réu, além dos crimes aqui praticados, o réu é acusado da prática de vários outros crimes, conforme informação de fls. 17/20, inclusive já tendo sido condenado por tráfico.

Ora, é indubitável o risco que a liberdade do réu pode trazer para a sociedade e da necessidade do cárcere do acusado para a garantia da aplicação da lei penal.

Desta feita, resta evidenciado que existe o risco concreto da reiteração delitiva, bem como a demonstração de que o réu está ser furtando ao cumprimento das determinações legais.

Assim, como forma de garantir a ordem pública, considerando o risco concreto de reiteração delitiva do réu, mantenho a prisão do condenado, que deverá cumprir a prisão provisória no presídio indicado para o cumprimento de penas em regime fechado. (fls. 6-7 da sentença)

Delineado o panorama fático, inicialmente, cumpre esclarecer que a superveniência do decreto condenatório não enseja a prejudicialidade do reclamo no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva, como defende o *Parquet* Federal, uma vez que, segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Sodalício, só há novo título prisional quando se agregam novos motivos para a manutenção da prisão cautelar por ocasião da sentença. Quando os fundamentos que levaram à manutenção da preventiva foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva, que se entendeu persistirem, não há o que se falar em prejudicialidade do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar da Corte Suprema:

Habeas corpus. Processual Penal. Tráfico de drogas. Superveniência de sentença condenatória que mantém os fundamentos da custódia cautelar. Ausência de prejuízo. Ordem concedida.

1. Segundo a jurisprudência do STF, não há perda de objeto do *habeas corpus* quando a sentença condenatória superveniente mantém a custódia cautelar pelos mesmos fundamentos do decreto de prisão preventiva originário. Não há razão lógica e jurídica para obrigar a defesa a renovar o pedido de liberdade perante as instâncias subsequentes, impondo-lhe a obrigação de impugnar novamente os mesmos fundamentos que embasaram a custódia cautelar. O que acarreta a prejudicialidade da impetração é a sentença posterior que invoca motivação diversa do decreto prisional anterior. Precedentes.

2. Não revela suficiente, para impedir o exame da impetração, a alegação genérica e automática de que a sentença condenatória superveniente configura o surgimento de um novo título prisional (agora respaldado nos elementos de prova colhidos na instrução criminal), pois os argumentos da espécie não

guardam, evidentemente, pertinência com os pressupostos de cautelaridade inerentes à prisão preventiva (art. 312 do CPP).

3. No caso, o Min. Relator do Superior Tribunal de Justiça julgou prejudicado o pedido de habeas corpus, sob o fundamento de que a superveniência de novo título teria inaugurado “situação processual nova, diversa da apresentada à autoridade responsável pela constrição”. Entretanto, a sentença condenatória manteve a segregação cautelar do paciente sob os mesmos do decreto de prisão preventiva anterior.

4. Ordem concedida para que o Superior Tribunal de Justiça apresente o *habeas corpus* a novo julgamento.

(HC 119.183, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 25.03.2014, Processo Eletrônico DJe-071 DIVULG 09.04.2014 PUBLIC 10.04.2014)

Imperioso destacar, ainda, que não há como se examinar das alegações referentes à falta de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como da aventada desproporcionalidade da medida extrema e do suposto excesso de prazo para o encerramento da ação penal, já que as questões não foram enfrentadas pela Corte de origem no acórdão impugnado, o que impede a apreciação das matérias diretamente por este Superior Tribunal, dada sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desse Sodalício. Nesse sentido, vide o julgado no RHC 39.713/SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 07.08.2014, DJe 22.08.2014.

Quanto aos requisitos da prisão preventiva, verifica-se que a custódia do recorrente se encontra devidamente justificada com base no art. 312 do CPP, mostrando-se devida diante da necessidade de acautelamento, especialmente, da ordem e saúde pública e da periculosidade social do agente, demonstrada pelo seu histórico criminal, indicativo do risco efetivo de reiteração, em caso de soltura.

Ora, conforme destacado pelas instâncias ordinárias, além da condenação nos autos da presente ação penal, a “folha de antecedentes criminais do réu indica que há diversas investigações, antigas e recentes, além de uma condenação por crime da mesma espécie” em seu desfavor (e-STJ fl. 108), a revelar que o caso em comento não se trata de fato isolado, mas de prática habitual em sua vida.

Tais circunstâncias revelam inclinação à criminalidade e que a ação do Estado, não surtiu o efeito desejado, concretizando a conclusão pela efetiva

perniciosidade social, inviabilizando a pretendida liberdade, já que patente a real possibilidade de que, solto, continue a delinquir.

Segundo a doutrina de JULIO FABBRINI MIRABETE: “Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”, concluindo que “está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade, *na perseverança da prática delituosa [...]*” (*Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 803).

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Reincidência. Risco de reiteração delitiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo entendimento consolidado das Turmas que compõem a Terceira Seção, a circunstância do réu ser reincidente justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de conter a reiteração delitiva.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 315.263/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07.06.2016, DJe 16.06.2016)

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Roubo majorado. Alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Fundado receio de reiteração delitiva. Recurso ordinário desprovido.

[...]

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, notadamente a contumácia delitiva do recorrente, circunstância apta a justificar a imposição da segregação cautelar em virtude do fundado receio de reiteração delitiva (precedentes).

III - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade e bons antecedentes não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão

preventiva ou a aplicação de medida diversa da prisão, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de da custódia cautelar (precedentes).

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 71.955/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.06.2016, DJe 1º.08.2016)

Quanto ao tema, mister esclarecer que, nos termos da jurisprudência desta Quinta Turma, para fins de justificação da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, “Não há que se falar em necessidade de condenações transitadas em julgado para que reste configurada a periculosidade do agente, baseada na reiteração criminosa, a qual, para fins de justificar a custódia cautelar, diversamente do que ocorre na hipótese de majoração da pena-base, requer apenas demonstração de constante envolvimento do réu em condutas delitivas, aptas a indicar que, solto, voltará a delinquir” (HC n. 221.067/SP, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, Quinta Turma, julgado em 15.05.2012, DJe 21.05.2012).

Dessa forma, diferentemente do que ocorre na hipótese de majoração de pena-base, para autorizar a custódia cautelar requer-se apenas a demonstração do constante envolvimento do réu em fatos criminosos, aptos a indicar que, solto, voltará a delinquir, não havendo que se falar, portanto, em necessidade de condenações transitadas em julgado para que reste configurada a periculosidade do agente, baseada na reiteração criminosa, segundo precedentes desta Quinta Turma.

Nesse sentido, veja-se:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Tráfico e associação para o tráfico internacional de drogas. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Alegação de ausência de fundamentação idônea para a prisão. *Garantia da ordem pública. Periculosidade concreta dos acusados. Inquéritos policiais e processos em andamento. Elementos aptos a demonstrar fundado receio de reiteração delitiva*. Participação em organização criminosa. Necessidade de interrupção das atividades ilícitas. Absoluta falta de vínculo com o distrito da culpa. Cidadãos estrangeiros, residentes em seu país de origem. Garantia da aplicação da lei penal. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. Tese de excesso de prazo para formação da culpa. Supressão de instância. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

[...]

4. *Inquéritos policiais e processos em andamento, embora não tenham o condão de exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena (Súmula n. 444/STJ), são elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de*

reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação/manutenção da prisão antecipada.

5. No tocante ao alegado excesso de prazo, vê-se que a matéria não foi suscitada na ordem impetrada perante o Tribunal *a quo*, o que impede o conhecimento do recurso ordinário em *habeas corpus*, nessa parte, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça para apreciar originariamente a matéria (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição Federal de 1988), sob pena de indevida supressão de instância.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(RHC 47.145/RO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 10.06.2014, DJe 24.06.2014 - grifamos)

Assim, inviável acoimar-se de ilegal o acórdão quando manteve a prisão preventiva do recorrente, pois a concreta possibilidade de reiteração criminosa justifica a sua preservação na espécie.

Ademais, *verificando-se que agora há sentença condenatória proferida*, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais do réu, *julgando-se necessária a manutenção da prisão processual, e constatando-se que permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal*, não se vislumbra ilegalidade a ser sanada por este Superior Tribunal.

Com efeito, a orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que *não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a segregação preventiva*, como ocorre *in casu*.

A propósito:

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. 3. Réu preso cautelarmente durante a instrução criminal. Superveniência de sentença de pronúncia. Manutenção da custódia. Fundamentação idônea. Gravidade concreta da conduta. 4. Ordem não conhecida.

(...)

3. *De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante a instrução do processo, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da respectiva condenação, mormente quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar.* No caso, verifica-se que o acusado integra organização criminosa atuante

na comunidade da Rocinha, que extorquia motoristas do chamado transporte alternativo.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 286.651/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24.04.2014, DJe 02.05.2014, grifo nosso)

Destaca-se ainda que, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, condições pessoais favoráveis, sequer comprovadas na espécie, não teriam o condão de, isoladamente, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu*.

Por fim, entendendo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva, está clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelo recorrente, diante da presença do *periculum libertatis*, bem demonstrado na espécie.

Como reiteradamente vem decidindo esta Corte Superior: “Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime” (HC 261.128/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Quinta Turma*, julgado em 23.04.2013, DJe 29.04.2013).

Assim, a prisão preventiva está suficientemente embasada e merece ser mantida, principalmente a bem da ordem pública, não havendo coação ilegal a ser sanada por esta Corte Superior de Justiça.

Diante do exposto, *conhece-se em parte* do recurso ordinário em *habeas corpus e, na extensão, nega-se-lhe provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.392.567-PR (2013/0248703-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Alex Dione Souza de Brito

Advogado: Defensoria Pública da União
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Penal. Recurso especial. Tráfico internacional de munição. Art. 18 da Lei n. 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Momento consumativo. Fiscalização pela zona alfandegária. Caracterização do *conatus*. Fração de redução pela tentativa. Impossibilidade. Reexame dos elementos fático-probatórios. Sum. 7/STJ.

I - O crime de tráfico internacional de munição, tipificado no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, é de perigo abstrato ou de mera conduta e visa proteger a segurança pública e paz social. Sendo assim, é irrelevante o fato de a munição apreendida estar desacompanhada da respectiva arma de fogo (*precedentes*).

II - Preleciona a doutrina majoritária, no que tange ao delito inserto no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, que a consumação do crime, *em locais sujeitos à fiscalização da zona alfandegária*, somente se dará após a liberação da mercadoria pelas autoridades competentes ou a transposição da aludida zona fiscal (*precedente*).

III - A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o *iter criminis* percorrido pelo agente para a consumação do delito. Para infirmar a conclusão a que chegou o eg. Tribunal de origem seria necessária nova incursão na seara probatória - notadamente no que diz respeito às etapas de execução do delito -, procedimento defeso em sede de apelo extremo.

Recursos especiais desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos recursos, mas lhes negar provimento.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 28.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recursos especiais interpostos por *Alex Dione Souza de Brito* e pelo *Ministério Público Federal*, ambos com amparo no artigo 105, inciso III, *a e c*, da Constituição Federal, contra v. acórdão do eg. Tribunal Regional da 4ª Região, assim ementado:

Penal. Importação de munição de uso permitido sem autorização do órgão competente. Tentativa. Redutor do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. Critérios.

1. Comprovado que o réu foi abordado na zona aduaneira portando um pacote com munições de arma de fogo sem a devida autorização, impõe-se a condenação pela prática do art. 18 da Lei n. 10.826/2003.

2. Nas hipóteses em que a mercadoria contrabandeada não ultrapassa a zona alfandegária primária, a doutrina e a jurisprudência vem entendendo que não houve finalização do *iter criminis*, restando caracterizada a tentativa.

3. O art. 14, parágrafo único, do Código Penal, estabelece um redutor para a pena de, no máximo 2/3 e, no mínimo de 1/3, devendo o julgador sopesar a melhor quantidade adequada ao caso.

4. Aplicado o redutor do parágrafo único do art. 14 do CP pela metade, levando em consideração a condução do agente pelo *iter criminis* (fl. 380).

O *Parquet* Federal, em seu recurso (fls. 384-406), alega que o v. acórdão recorrido, “ao enquadrar o delito na forma tentada, nos termos do inciso II, do artigo 14, do Código Penal, bem como ao aplicar o redutor do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, culminou por malferir a referida legislação federal, por aplicá-la a delito que teve completada a realização da conduta típica, e também o artigo 18 da Lei n. 10.826/2003” (fl. 387). Requer, ao final, “o reconhecimento do crime consumado ou, alternativamente, a readequação da redução correspondente à tentativa para o mínimo legal”.

O recurso de Alex Dione Souza de Brito (fls. 417-426) aponta como violado o mesmo dispositivo suscitado pelo MPF, ao argumento de que “a simples posse de munição, sem chance de uso em arma, não pode configurar crime, sob pena de flagrante violação ao princípio da ofensividade” (fl. 422).

Contrarrazões apresentadas (fls. 461-474 e 477-483).

Admitido os especiais (fls. 486-487 e 489-490), foram os autos remetidos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 513-516, opinou pelo não conhecimento e pelo desprovimento do recurso de *Alex Dione Souza de Brito*, e pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo *Ministério Público Federal*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Presentes os pressupostos processuais, conheço dos recursos.

Primeiramente, *analiso o recurso defensivo*.

No ponto extrai-se do v. acórdão recorrido, *verbis*:

“De ressaltar que a alegação de que as munições, isoladamente, não possuem potencial ofensivo, por não dispor o acusado de meio idôneo para dispará-las, é por demais singela, pois como disse alhures, a conduta de importar munições sem autorização legal, constitui crime formal, porque independe de resultado naturalístico, bastando a realização da conduta descrita no tipo [...]” (fl. 363).

Na linha da jurisprudência deste Tribunal, para a configuração do delito tipificado no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, é irrelevante o fato de a munição apreendida estar desacompanhada de arma, por se tratar de *delito de perigo abstrato* ou de mera conduta.

Acerca da questão, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico internacional de acessórios e munições de arma de fogo de uso restrito. Inépcia da denúncia. Supressão de instância. Ausência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva. Revolvimento fático-probatório. Obrigatoriedade de exame pericial para aferir a potencialidade lesiva do artefato. Desnecessidade. Crime de perigo abstrato. Revogação da preventiva. Impossibilidade. Fundamentação concreta. Necessidade de garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação penal. Acusado com 3 passaportes distintos. Fuga do distrito da culpa. Endereços falsos. Não localização pela Polícia Federal. Residência fora do país. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

[...]

3. Conforme jurisprudência desta Corte, o crime de tráfico internacional de munição, tipificado no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, é de perigo abstrato ou de mera conduta, sendo desnecessário aferir a lesividade dos artefatos, uma vez que o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas sim a segurança pública e a paz social.

[...]

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido (RHC n. 73.377/BA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 14.11.2016, grifei).

Recurso especial. Penal. *Tráfico internacional de munição*. Lei n. 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Lesão à segurança pública e à paz social. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade.

1. No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se o entendimento de que nos delitos previstos na Lei n. 10.826/2003, por se tratar de crimes de perigo abstrato nos quais o objeto jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social, não se aplica o princípio da insignificância, sendo irrelevante a quantidade de munição apreendida.

2. Recurso especial provido (REsp n. 1.252.964/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4.8.2014).

Com efeito, não se verifica a alegada violação apontada pelo recorrente Alex Dione Souza de Brito, porquanto o v. acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento pacificado nesta Corte.

Passo a análise do recurso especial interposto pelo *Parquet* Federal.

Em relação ao argumento de que o eg. Tribunal *a quo* equivocara-se em relação a aplicação do *conatus* ao crime de importação de munição sem a devida autorização legal, entendo que *não assiste* razão ao Ministério Público.

Inicialmente, mister se faz consignar que o crime de importar munição é delito plurissubsistente, o qual admite tentativa. Cinge-se a controvérsia, no entanto, em saber qual seria o momento consumativo em delitos desse jaez.

Com efeito, a despeito da divergência doutrinária, filio-me ao posicionamento majoritário, capitaneado por Heleno Fragoso, o qual sustenta que, “se a importação ou exportação se faz através de alfândega, o crime somente estará consumado depois de ter sido a mercadoria liberada pelas autoridades ou transposta a zona fiscal” (“Lições de Direito Penal”, 1989, pág. 498).

Na mesma linha de intelecção, Delmanto defende que a tentativa é possível “[...] no caso de mercadoria proibida que é apreendida pela alfândega” (DELMANTO, Celso et alii. **Código Penal Comentado**. 9ª Edição. Ed: Saraiva, 2016, pág. 1.011).

Extrai-se, outrossim, do escólio de Masson:

“[...]o agente importa ou exporta a mercadoria proibida pelas vias ordinárias, isto é, vencendo a fiscalização alfandegária. O crime estará consumado no instante em que é ultrapassada a barreira fiscal, ou seja, no instante em que a mercadoria é liberada pela autoridade alfandegária; e [...] o sujeito se vale de meios clandestinos para importar ou exportar a mercadoria proibida (exemplo: ingressa no Brasil pela floresta amazônica). Nesse caso, a consumação do delito se verifica no momento em que são transpostas as fronteiras do Brasil” (MASSON, Cléber. **Código Penal Comentado**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense. Ed. Método, págs. 1.425-1.426).

Não diverge das posições já mencionadas a lição de Fernando Capez, ao defender que “[...] há duas situações distintas: na primeira, o sujeito ingressa ou sai do território nacional pelos caminhos normais, transpondo as barreiras da fiscalização alfandegária. Nessa hipótese, o crime se consuma no momento em que é ultrapassada a zona fiscal; no segundo caso, o sujeito que se serve de meios escusos para entrar ou sair do país clandestinamente. Aqui a consumação ocorrerá no exato instante em que são transpostas as fronteiras do País. Tratando-se de importação feita por meio de navio ou avião, a consumação se dá no exato instante em que a mercadoria ingressa em território nacional, muito embora se exija o pouso da aeronave ou atracamento da embarcação, uma vez que, se o sujeito estiver apenas em trânsito pelo País, não ocorrerá o delito em questão” (CAPEZ, Fernando. **Estatuto do Desarmamento**. Comentários à Lei n. 10.826, de 22-12-2003. 4ª edição. Ed. Saraiva, 2006, pág. 166).

Com efeito, não há razão ontológica para o *discrímen* entre o momento consumativo da importação de munição e do delito de contrabando, porquanto somente há que se falar importação de munição (previsto no art. 18 da Lei n. 10.826/2003) em razão da aplicação do princípio da especialidade. Dessarte, na linha do que já decidiu a *Sexta Turma* desta Corte, não há falar em delito consumado se as mercadorias (*in casu*, as munições) foram apreendidas na zona alfandegária primária (fl. 360), assim como ocorre com o contrabando.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

Contrabando (condenação). Bolsas e porta-maquiagens (marca contrafeita). Território nacional (ingresso). Crime (consumação/tentativa). Pena-base (cálculo). *Habeas corpus* (correção da pena).

1. Há vozes, e de bom tempo, por exemplo, a de Fragoso nas “Lições”, segundo as quais, “se a importação ou exportação se faz através da alfândega, o crime somente

estará consumado depois de ter sido a mercadoria liberada pelas autoridades ou transposta a zona fiscal”.

2. Assim, também não há falar em crime consumado se as mercadorias destinadas aos pacientes foram, no caso, apreendidas no centro de triagem e remessas postais internacionais dos correios.

[...]

7. Ordem concedida para se reduzir a pena e para se substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 120.586/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 5.11.2009, DJe de 17.5.2010 RT vol. 898, p. 562, grifei).

Por fim, no tocante ao pleito de aplicação da fração máxima da causa de diminuição de pena referente à tentativa do delito de importação de munição de arma de fogo, para melhor delimitar a matéria, confirmam-se os fundamentos contidos no v. acórdão recorrido quanto a esse tema:

“Na terceira e derradeira fase de aplicação da pena, deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena relativa à tentativa, descrita no artigo 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal.

O art. 14, parágrafo único, do Código Penal, estabelece um mecanismo de redução da pena na hipótese de tentativa que não obedece a um padrão legal determinado, devendo o julgador sopesar a melhor quantidade adequada ao caso. Prevê a lei apenas que o redutor deve se situar entre o percentual máximo de 2/3 e o mínimo de 1/3.

A jurisprudência vem definindo os contornos de aplicação do disposto no parágrafo único do art. 14 do CP, a partir de critério objetivo, levando-se em conta a condução do agente pelo iter criminis.

De acordo com essa corrente, quanto mais o sujeito ativo beirar os limites consumativos, menor será a redução imposta; quanto menos ele se aproximar do momento consumativo, maior deverá ser a atenuação.

Nesse sentido leciona Guilherme de Souza Nucci, em sua obra ‘Código Penal Comentado’, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, página 127:

‘O juiz deve levar em consideração apenas e tão-somente o iter criminis percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito.’ (grifei)

Diante disso, entendo que deve ser aplicado o redutor do parágrafo único do art. 14 do CP, à fração de 1/2 (metade) e não 2/3 (dois terços) como entendeu o juízo a quo

considerando o iter criminis percorrido pelo acusado, restando fixada a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão em regime inicialmente aberto e multa de 05 (cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso” (fls. 365-366).

Como se observa do excerto acima transcrito, o eg. Tribunal de origem levou em consideração o *iter criminis* para revisar a fração de diminuição da pena decorrente da forma tentada do crime.

Para infirmar tal conclusão, como pretende o *Parquet*, seria necessária nova incursão na seara probatória - notadamente no que diz respeito às etapas de execução do delito -, procedimento defeso em sede de apelo extremo.

Isso porque, repita-se, o recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o *reexame do quadro fático-probatório*. Assim, as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito dos recursos extraordinários (*Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF*).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Furto. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade, na espécie. Tentativa. Fração de redução. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Crime de uso de documento falso. Súmula 83/STJ. Agravo desprovido.

[...]

- A avaliação do *iter criminis* percorrido pelo agravante, para que seja aplicado o grau máximo da fração pela tentativa, enseja o revolvimento de fatos e provas, vedado no recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

[...]

- Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 1.160.472/TO, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Ericson Maranhão* - Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 13.10.2015).

Penal e Processual. Dosimetria. Latrocínio tentado. Diminuição da pena (art. 14, parágrafo único, do CP). Juízo referente ao *iter criminis* percorrido. Revisão. Impossibilidade pela via do recurso especial. Súmula 7 do STJ.

1. A avaliação do *iter criminis* percorrido no latrocínio tentado está relacionada diretamente com a proximidade da ocorrência do evento morte, que é o resultado naturalístico estabelecido pela norma para agravar o tipo penal.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, assentou que, apesar de o agente ter atentado contra a vida da vítima, os disparos de arma de fogo não chegaram a atingi-la,

em virtude do erro de pontaria. Diante disso, concluiu que os atos de execução praticados pelo ora agravado ficaram distantes da consecução do resultado morte, motivo pelo qual decidiu aplicar o redutor do art. 14, II, do Código Penal, no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. A revisão desse juízo de valor exigiria o reexame do acervo-probatório, notadamente para mensurar o risco de vida que os atos de execução levados a efeito pelo agente efetivamente impingiram à vítima, o que é inviável na sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 483.758/DF, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Gurgel de Faria*, DJe de 22.9.2015).

Ante o exposto, com base no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, *nego provimento* aos recursos especiais interpostos por Alex Dione Souza de Brito e pelo Ministério Público Federal.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.452.935-PE (2014/0108758-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Recorrente: João Vilarim Filho

Advogados: Ademar Rigueira Neto e outro(s) - PE011308

Daniel Lima - PE016082

Talita de Vasconcelos Monteiro Caribé - PE023792

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal Processo Penal. Recurso especial. Embargos infringentes. Nulidade. Não ocorrência. Gerente dos Correios. Recebimento de vantagem indevida. Crime de corrupção passiva. Afastamento da tipicidade. Súmula 7/STJ. Pena-base. Dosimetria. Legalidade. Dias-multa. Revisão. Súmula 7/STJ. Art. 92 do CP. Perda do cargo.

1. Narra a denúncia que o acusado, na condição de gerente da agência dos Correios do município de Brejinho/PE, encaminhava os

aposentados e pensionistas do INSS para o escritório onde trabalhava a outra denunciada para que, no referido local, efetivassem o recebimento e preenchimento do formulário de cadastramento perante o INSS, momento em que era cobrado o valor de R\$5,00 (cinco reais), na qual havia uma partilha entre os denunciados, destinando-se R\$3,00 (três reais) ao primeiro denunciado e R\$2,00 (dois reais) à segunda.

2. Não há que se falar em ausência de discussão acerca do tema. A parte recorrente, ao interpor os embargos infringentes, buscou afastar a tipicidade da conduta, devolvendo tal matéria ao órgão julgador. Assim, o Tribunal *a quo*, ao negar provimento aos embargos infringentes, não extrapolou o tema, pois afastou a tese da atipicidade da conduta, desclassificando-a de concussão para corrupção passiva, o que caracteriza *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), possível de ser feita pelo órgão julgador.

3. Em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio *pas de nulité sans grief*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular n. 523, que assim dispõe: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*. No presente caso, ao se desclassificar a conduta, não houve qualquer prejuízo ao acusado, uma vez que inexistiu qualquer modificação da pena e seus reflexos.

4. A Corte de origem afastou a tipicidade da conduta e concluiu pela prática do crime de corrupção passiva. Rever os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias, para afastar a tipicidade da conduta, reconhecendo a existência de opção dada aos beneficiários do INSS de pagar ou não pelo preenchimento das guias de cadastramento, dependeria de inexorável revolvimento de provas, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula 7/STJ.

5. As instâncias ordinárias não utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base, especialmente para valorar negativamente a culpabilidade do agente, uma vez que o fato do crime ter sido praticado contra pessoas modestas e humildes, beneficiárias do INSS, autoriza, por si só, a valoração negativa dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada, pois aponta para

maior reprovabilidade da conduta. Mostra-se igualmente correta a valoração das circunstâncias do crime. O fato do réu encaminhar as vítimas para outro estabelecimento onde era realizada a cobrança indevida, para que não fosse percebida pelos colegas de trabalho, aponta para maior reprovabilidade da conduta, visto que não é inerente ao cometimento do tipo penal, devendo ser mantida.

6. O exame da alegação referente ao suposto exagero na fixação da pena de multa é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

7. A Corte de origem consignou que a perda do cargo deve ser declarada, uma vez que, com base no art. 92, inciso I, alínea “a”, do CP, o acusado foi condenado a pena privativa de liberdade por tempo superior a 1 ano, com violação de dever para com a Administração Pública. Tal entendimento encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior de que *o reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público* (AgRg no REsp 1.613.927/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20.09.2016, DJe 30.09.2016).

8. No presente caso, o agente praticou o delito quando ocupava emprego público na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo sido aprovado em concurso público para outro cargo na Universidade Federal de Pernambuco, durante o trâmite processual.

9. Em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito.

10. Salienta-se que se o Magistrado *a quo* considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa a anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso. Dessa forma, como o crime em questão fora praticado quando o acusado era empregado público

da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não poderia, sem qualquer fundamentação e por extensão, ser determinada a perda do cargo na UFPE.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Sustentaram oralmente: Dr. Ademar Rigueira Neto (p/recte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 17.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto por *João Vilarim Filho*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, em adversidade a acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 399/400):

Penal e Processual Penal. Concussão (art. 316 do Código Penal). Autoria e materialidade demonstradas. Dosimetria da pena. Duas circunstâncias desfavoráveis. Redução da pena-base. Perda do cargo público. Cabimento.

1. A materialidade e a autoria do delito de concussão em concurso de agentes restaram sobejamente demonstradas pelo acervo probatório constante aos autos. *João Vilarim*, em concurso de pessoas com *Rosângela*, exigia, indiretamente, vantagem indevida pela execução da tarefa de cadastramento de beneficiários do INSS. O apelante aproveitava-se da sua condição de gerente dos *Correios* na cidade de Brejinho/PE para informar que o cadastramento deveria ser feito em

escritório onde trabalhava a segunda acusada, com o recebimento de R\$ 5,00 por cada serviço prestado, cabendo R\$ 2,00 para *Rosângela* e R\$ 3,00 para o apelante.

2. No exame da culpabilidade, há de se observar o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do agente, que, consciente dos seus atos, buscou ganho de dinheiro fácil em detrimento daqueles que recebem parco benefício do INSS. No tocante às circunstâncias do crime, estas devem ser valoradas negativamente, porquanto o réu utilizou-se de artil para que sua conduta não fosse percebida pelos colegas de trabalho, encaminhando as vítimas para outro estabelecimento onde era realizada a cobrança indevida.

3. Pena-base com relação ao crime do art. 316 do CP fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 100 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. Inexistem atenuantes; existem, porém, duas circunstâncias que devem ser consideradas para agravar a pena, quais sejam, ter o agente cometido o crime contra maior de 60 anos (art. 61, II, *h*, do CP) e organização na cooperação de crime cometido em concurso de pessoas (art. 62, I, do CP). Desta forma, torna-se a pena definitiva em 3 anos e 6 meses de reclusão, mais 130 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Sem causas de aumento ou de diminuição de pena. A pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas penas restritivas de direito.

4. A perda de cargo, função pública ou mandato eletivo não se trata de pena a ser fixada de acordo com a culpabilidade do réu e a reprovabilidade de sua conduta, constituindo-se em efeito da condenação, que, com base no art. 92, I, *a*, do CP, ocorrerá sempre que a pena privativa de liberdade for aplicada por tempo igual ou superior a 1 ano, com violação de dever para com a Administração Pública, como na hipótese dos autos.

5. Apelação parcialmente provida.

Interpostos embargos infringentes, estes foram rejeitados, alterando-se a capitulação do crime para o art. 317 do CP. Abaixo, ementa do julgado (e-STJ fl. 482/483):

Processo criminal. Embargos infringentes e de nulidade. Gerente dos Correios. Recebimento de vantagem indevida. Crime de corrupção passiva. Não provimento.

1. No exercício da atividade de servidor dos Correios, o agente obteve vantagem em razão do cargo, sendo certo que esta não é uma situação que se circunscreve no âmbito meramente moral, porque existe uma descrição tipificada no código penal, exatamente de obter vantagem em razão, também, do exercício do cargo.

2. No caso, trata-se do mesmo fato, sendo tipificado ou na forma do art. 316 ou art. 317 do CPB; e a não modificação do fato traz a aplicação do art. 383 do CPP,

que tem o seguinte teor: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”

3. A hipótese em questão não é, sequer, de se aplicar pena mais grave, mas de se aplicar a mesma pena, existindo, apenas, a correção da classificação do delito, uma reclassificação do art. 316 para o art. 317 do CPB, o que é permitido pela legislação em vigor, nos termos do art. 383 do CPP.

4. Os fatos, da forma como foram expostos por ambas as partes e pelo Relator, configuram-se perfeitamente como corrupção passiva, tendo em vista que houve obtenção de vantagem em razão do exercício do cargo. E, no caso, o art. 317 não trata de crime mais grave, pois a penalização estabelecida é a mesma do art. 316 do CPB, principalmente no que diz à respeito à pena mínima.

5. Configuração da prática de corrupção passiva por parte do recorrente, que, na condição de gerente da agência dos Correios e Telégrafos de Brejinho/PE, montou um esquema em associação com o outra denunciada, para cobrar pelo preenchimento dos formulários de cadastramento do INSS.

6. Embargos infringentes e de nulidade não providos alterando-se, apenas, a capitulação do crime para o art. 317 do CPB.

Apresentados embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ fls. 510/518).

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente alega violação dos artigos 383 e 609, parágrafo único, do CPP e dos artigos 59, 62, inciso I, 92, inciso I, parágrafo único, 316 e 317 do CP. Sustenta: (i) a ocorrência de julgamento *extra petita* e da *reformatio in pejus*, uma vez que o acórdão que apreciou os embargos infringentes extrapolou os limites do recurso ao alterar a tipificação legal do crime; (ii) que a hipótese não autoriza a aplicação da *emendatio libelli*, uma vez que a solicitação ou o recebimento da vantagem indevida não se encontravam descritos na denúncia; (iii) a atipicidade da conduta, visto que não ficou caracterizado que o acusado exigiu ou solicitou vantagem indevida; (iv) a redução da pena-base no mínimo legal; (v) a impossibilidade de se majorar a pena-base (circunstâncias do crime) e aplicar o art. 62, inciso I, do CP pelo mesmo fundamento, sob pena da ocorrência de *bis in idem*; (vi) que a multa foi aplicada de forma exacerbada; (vii) que a perda do cargo não foi declarada de forma justificada e motivada na sentença condenatória;

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 561/571), o Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 573), tendo o Ministério Público Federal opinado pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 583/591).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra o acusado e a corré Rosângela Alves Nonato, pelo fato de o primeiro denunciado, na condição de gerente da agência local dos *Correios*, ter exigido para si e para a segunda denunciada vantagem indevida consistente no valor de R\$5,00 (cinco reais) para o fornecimento e preenchimento de cada formulário de cadastramento no Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

Narra a denúncia que o acusado João Vilarim Filho, na condição de gerente da agência dos Correios do município de Brejinho/PE, encaminhava os aposentados e pensionistas do INSS para o escritório onde trabalhava a denunciada Rosângela para que, no referido local, efetivassem o recebimento e preenchimento do formulário de cadastramento perante o INSS, momento em que era cobrado o valor de R\$5,00 (cinco reais), na qual havia uma partilha entre os denunciados, destinando-se R\$3,00 (três reais) ao primeiro denunciado e R\$2,00 (dois reais) à segunda denunciada.

A sentença condenou João Vilarim Filho nas penas do art. 316 do CP, a quatro anos e sete meses de reclusão. Pelas agravantes do art. 61, II, g; e do art. 62, I, do CP, elevou a pena em dois anos, tornando-a definitiva em seis anos e sete meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 298 dias- multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Como efeito da condenação, a sentença determinou a perda do cargo, nos termos do art. 92, I, *a*, do CP.

O acusado apresentou apelação, que foi parcialmente provida, por maioria, para reduzir a pena definitiva para 3 anos e 6 meses de reclusão, mais 130 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito.

Apresentados embargos infringentes, estes foram rejeitados, alterando-se a capitulação do crime para o art. 317 do CP.

Interposto o presente recurso especial, que se passa a analisar.

Primeiramente, não há que se falar em ausência de discussão acerca do tema. A parte recorrente, ao interpor os embargos infringentes, buscou afastar a tipicidade da conduta, devolvendo tal matéria ao órgão julgador. Assim, o Tribunal *a quo*, ao negar provimento aos embargos infringentes, não extrapolou o tema, pois afastou a tese da atipicidade da conduta, desclassificando-a de

concussão para corrupção passiva, o que caracteriza *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), possível de ser feita pelo órgão julgador, uma vez que conforma a conduta ao tipo penal mais escoreito.

Como se sabe, o réu defende-se dos fatos e não da capitulação jurídica descrita na denúncia, sendo possível ao juiz, no momento de proferir a sentença, ou ao Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso, fazer a adequação pertinente. Precedentes: AgRg no REsp 1.592.657/AM, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 13.9.2016, DJe 21.9.2016; RHC 23.656/SE, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 13.9.2016, DJe 20.9.2016; HC 326.295/SP, Rel. Ministro *Ericson Maranho*, Desembargador Convocado do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 18.2.2016, DJe 1º.3.2016; AgRg no AREsp 745.828/RJ, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 3.12.2015, DJe 14.12.2015; AgRg no AREsp 653.174/TO, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 12.5.2015, DJe 19.5.2015.

O Tribunal *a quo*, ao desclassificar a conduta criminosa de concussão para corrupção passiva, consignou (e-STJ fls. 466/467):

No caso, apresento divergência em relação ao voto do eminente Relator, pois, na hipótese, até posso verificar que a configuração do art. 316 poderia não estar presente da forma como aqui foi colocada; agora, jamais a atitude dos acusados e do recorrente pode ser tida só e tão somente como de mera violação a um princípio moral.

No exercício da atividade de servidor dos Correios, o agente obteve vantagem em razão do cargo. Essa não é uma situação que se circunscreve no âmbito meramente moral, porque existe uma descrição tipificada no código penal, exatamente de obter vantagem em razão, também, do exercício do cargo.

E, no caso, trata-se do mesmo fato, sendo tipificado ou na forma do art. 316 ou art. 317 do CPB. É o mesmo fato, repito.

E a não modificação do fato traz a aplicação do art. 383 do CPP, que tem o seguinte teor: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

O caso, aqui, não é, sequer, de se aplicar pena mais grave, mas de se aplicar a mesma pena. Estamos, apenas, fazendo uma correção da classificação do delito, uma reclassificação do art. 316 para o art. 317 do CPB, o que é permitido pela legislação em vigor, nos termos do art. 383 do CPP.

Os fatos, da forma como foram expostos por ambas as partes e pelo Relator, configuram-se perfeitamente como corrupção passiva, tendo em vista que houve obtenção de vantagem em razão exercício do cargo.

[...]

No caso, houve a prática de corrupção passiva por parte do recorrente, que, na condição de gerente da agência dos Correios e Telégrafos de Brejinho/PE, montou um esquema em associação com a também denunciada, Rosângela Alves Nonato, para cobrar pelo preenchimento dos formulários de cadastramento do INSS.

Para tanto, remetia para a segunda denunciada, que trabalhava em escritório de contabilidade próximo à agência da ECT, os referidos formulários e freqüentemente indicava o local aos beneficiários do INSS que para lá se dirigiam e, pela contraprestação de R\$ 5,00 (cinco reais), eram auxiliados no preenchimento do requerimento de "benefício, fatos estes que configuram o crime de corrupção passiva, prevista no art. 317 do CPB.

[...]

Pela leitura da denúncia, verifica-se que houve menção expressa de que o acusado, aproveitando-se da função de gerente da agência local dos Correios, disponibilizava os formulários de cadastramento do INSS, que recebia na referida agência, de forma gratuita, para um escritório particular que utilizava com a segunda acusada, onde lá esta disponibilizava o fornecimento e preenchimento dos referidos formulários, mediante pagamento da quantia de R\$ 5,00 (cinco reais), dos quais R\$ 3,00 (três reais) se destinava ao primeiro denunciado e R\$ 2,00 (dois reais) à segunda denunciada. Assim, foi respeitado o princípio da correlação entre a denúncia e o acórdão recorrido, um dos pilares do sistema acusatório.

Dessa forma, embora tenha sido denunciado pelo crime de concussão (art. 316 do Código Penal), a Turma julgadora condenou o acusado pelo ilícito de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), dando outra interpretação ao fato narrado na denúncia (art. 383 do CPP), ou seja, a nova capitulação jurídica conferida pelo Tribunal, na verdade, foi apenas um ato de reclassificação do delito.

Segundo o artigo 383 do CPP, que regulamenta o instituto da *emendatio libelli*, "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

Verificado que as circunstâncias do delito foram narradas na denúncia, tem-se a hipótese de *emendatio libelli*, nos exatos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada.

Nesse contexto, os seguintes julgados desta Corte Superior: HC 320.201/PE, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 10.11.2015, DJe

27.11.2015; HC 236.974/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Quinta Turma, julgado em 10.09.2013, DJe 16.09.2013; HC 117.145/GO, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 09.02.2010, DJe 10.05.2010; HC 75.691/SP, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 22.09.2008).

Ademais, em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio *pas de nulité sans grife*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular n. 523, que assim dispõe: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

Nessa linha, a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante retratam os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ARE 868.516 AgR, Rel. Min. *Roberto Barroso*, Primeira Turma, julgado em 26.5.2015, acórdão eletrônico DJe-121, divulgado em 22.6.2015, publicado em 23.6.2015; RHC 123.890 AgR, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, Segunda Turma, julgado em 5.5.2015, processo eletrônico DJe-091, divulgado em 15.5.2015, publicado em 18.5.2015.

Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça: HC 317.220.SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 20.8.2015, DJe 28.8.2015; HC 294.955/SP, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 3.3.2015, DJe 10.3.2015; HC 287.139/RS, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, Quinta Turma, julgado em 21.8.2014, DJe 2.9.2014.

No presente caso, ao se desclassificar a conduta, não houve qualquer prejuízo ao acusado, uma vez que inexistiu qualquer modificação da pena e seus reflexos.

Quanto à tipicidade da conduta, a Corte de origem afastou a tipicidade da conduta e concluiu pela prática do crime de corrupção passiva (e-STJ fls. 466, 472, 476):

[...]

No caso, apresento divergência em relação ao voto do eminente Relator, pois, na hipótese, até posso verificar que a configuração do art. 316 poderia não estar presente da forma como aqui foi colocada; agora, jamais a atitude dos acusados

e do recorrente pode ser tida só e tão somente como de mera violação a um princípio moral.

No exercício da atividade de servidor dos Correios, o agente obteve vantagem em razão do cargo. Essa não é uma situação que se circunscreve no âmbito meramente moral, porque existe uma descrição tipificada no código penal, exatamente de obter vantagem em razão, também, do exercício do cargo. (Vladimir Souza Carvalho)

[...]

Entendo que os fatos restaram bem demonstrados, inclusive, incontroversos e eles autorizam concluir que o réu, agente público, condicionava, sim, o recadastramento do segurado ao pagamento do valor que foi referido, cinco reais. A leitura dos fatos de que o agente público tão somente indicava os serviços de sua parceira, deixando abertas, escancaradas as portas para a via normal deste recadastramento, não parece verossímil; isso exigiria que admitíssemos que ele possuía um excesso de pudor, uma honestidade tremenda, a ponto de esclarecer o beneficiário de que aquilo era um plus, um serviço a mais, e que ele poderia, se quisesse, valer-se das vias normais. Então, pelo fato de se tratarem de pessoas humildes, tenho como inverossímil essa leitura. Penso que condicionar a prática do ato de recadastramento ao pagamento de um determinado valor, ainda que seja a título de uma remuneração de um serviço, essa prática não precisa ser generalizada, basta acontecer em cada um dos fatos isoladamente, a depender da leitura que o agente público fizesse da condição de cada um que o procurasse: para um se indicaria a via normal e, para outro, por ser mais inocente, condiciono. Por essa razão, nego provimento aos embargos. (Desembargador Federal Fernando Braga)

[...]

O que não posso admitir é essa idéia que o Relator colocou no seu voto de que se trata de uma esperteza, de algo moralmente condenado. Agora, pessoalmente, convenço-me de que, em relação às vítimas contra as quais essa indicação era feita, ela significava uma exigência. Era um disfarce, era uma maneira de fazer com que não ficasse tão claro; mas era evidente que a intenção era impor às pessoas, que precisavam manter o benefício, se submeter a esse trâmite - em verdade desnecessário que incluía um pagamento, desnecessário e indevido, do qual ele ficava com a maior parte. Eram cinco, ele ficava com três. (Desembargador Federal Marcelo Navarro)

[...]

O acusado, ao contrário do afirmado pela Corte de origem, defende a atipicidade da conduta, ao argumento de que, *diferentemente do que alega a denúncia, a distribuição e o recebimento das guias de recadastramento, devidamente preenchidas, sempre se deu de forma gratuita, de acordo com o estabelecido no Resumo*

de Serviços Especiais dos Correios. Assim, a cobrança da taxa de R\$ 5,00 (cinco reais) se dava apenas quando os beneficiários optavam por fazer uso do serviço de preenchimento prestado pela co-ré Rosângela Nonato, no escritório de contabilidade do Sr. Olavo Mansueto. E que jamais compeliu os beneficiários do INSS a realizarem o preenchimento de seus dados cadastrais com a acusada Rosângela Nonato. O que se verifica, na realidade, é que o Recorrente apenas indicava aos usuários, outros locais onde pudessem obter o preenchimento das suas guias, inclusive gratuitamente (e-STJ fl. 539).

Ora, rever os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias, para afastar a tipicidade da conduta, reconhecendo a existência de opção dada aos beneficiários do INSS de pagar ou não pelo preenchimento das guias de recadastramento, dependeria de inexorável revolvimento de provas, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula 7/STJ.

Quanto à pena-base, o Tribunal *a quo* consignou (e-STJ fl. 403/404):

[...]

Passo à dosimetria da pena, em consonância com o sistema trifásico. A pena-base para o crime previsto no art. 316 do CP varia de 2 a 8 anos de reclusão mais multa. Quanto à aplicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP), a juízo do 1º grau entendeu que há três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu *João Vilarim Filho* – culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime –, fixando a pena-base em 4 anos e 7 meses de reclusão.

No meu entendimento, não há como deixar de reconhecer algumas circunstâncias desfavoráveis, contudo, penso que houve algum excesso na fixação da pena-base.

No exame da culpabilidade, há de se observar o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do agente, que, consciente dos seus atos, buscou ganho de dinheiro fácil em detrimento daqueles que recebem parco benefício do INSS.

No tocante às circunstâncias do crime, tenho que estas devem ser valoradas negativamente, porquanto o réu utilizou-se de ardid para que sua conduta não fosse percebida pelos colegas de trabalho, encaminhando as vítimas para outro estabelecimento onde era realizada a cobrança indevida.

Em relação às consequências do crime, entendeu a juíza sentenciante que “são negativas para o réu *João Vilarim*, porquanto se evidenciou nos autos o desvio de papéis destinados ao recadastramento, em favor do escritório onde a ré trabalhava – maculando, assim, a probidade administrativa”.

Apesar de o contrato prever que os formulários de recadastramento deveriam ser entregues, mediante pedido, ao beneficiário, não devendo ser disponibilizados

em hall público (cláusula 2.1.1 e 1.2.2), é certo que havia recadastramentos efetuados com cópias dos formulários, conforme atestou Noêmia Alves da Costa Nunes, testemunha que trabalhava nos *Correios* junto com o réu *João Vilarim Filho* (fl. 166). Assim, não há como afirmar, pelos elementos constantes nos autos, que o réu desviou papel em favor do escritório onde *Rosângela Alves Nonato* trabalhava. Apesar de a *corré* ter dito que ia à agência dos *Correios* pegar novo formulário caso errasse o preenchimento (fl. 203), não há provas de que era *João Vilarim Filho* quem entregava os papéis.

Isto posto, fixo a pena-base com relação ao crime do art. 316 do CP em 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 100 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Inexistem atenuantes; existem, porém, duas circunstâncias que devem ser consideradas para agravar a pena, quais sejam, ter o agente cometido o crime contra maior de 60 anos (art. 61, II, *h*, do CP) e organização na cooperação de crime cometido em concurso de pessoas (art. 62, I, do CP). Desta forma, entendo correto o agravamento da pena em 1 ano de reclusão, tornando a pena definitiva em 3 anos e 6 meses de reclusão, mais 130 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato.

[...]

No que tange à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Como visto dos trechos acima, a exasperação da pena-base em 6 meses decorreu da análise desfavorável das seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade (*consciente dos seus atos, buscou ganho de dinheiro fácil em detrimento daqueles que recebem parco benefício do INSS*) e circunstâncias do crime (*o réu utilizou-se de ardid para que sua conduta não fosse percebida pelos colegas de trabalho, encaminhando as vítimas para outro estabelecimento onde era realizada a cobrança indevida*).

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, Quinta Turma, julgado em 8.3.2016, DJe 17.3.2016; REsp 1.383.921/RN, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 16.6.2015, DJe 25.6.2015; HC

297.450/RS, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 21.10.2014, DJe 29.10.2014.

No presente caso, as instâncias ordinárias não utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base, especialmente para valorar negativamente a culpabilidade do agente, uma vez que o fato do crime ter sido praticado contra pessoas modestas e humildes, beneficiárias do INSS, autoriza, por si só, a valoração negativa dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada, pois aponta para maior reprovabilidade da conduta.

Mostra-se igualmente correta a valoração das circunstâncias do crime. O fato do réu encaminhar as vítimas para outro estabelecimento onde era realizada a cobrança indevida, para que não fosse percebida pelos colegas de trabalho, aponta para maior reprovabilidade da conduta, visto que não é inerente ao cometimento ao tipo penal, devendo ser mantida.

Ademais, não há *bis in idem* na majoração da pena-base, em razão da valoração negativa das circunstâncias do crime e a aplicação da majorante do art. 62, inciso I, do CP (promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes), uma vez que não foram utilizados os mesmos fundamentos.

Há a incidência desta majorante em razão do fato do acusado ter organizado o crime, enquanto as circunstâncias do crime foi o maior ardil utilizado.

Assim, não devem ser excluídas da dosimetria a valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do crime.

Em relação aos dias-multa, o exame da alegação referente ao suposto exagero nos valores fixados é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

Por fim, no que tange à perda do cargo público, a Corte de origem consignou que tal penalidade deve ser declarada, uma vez que, com base no art. 92, inciso I, alínea “a”, do CP, o acusado foi condenado a pena privativa de liberdade por tempo superior a 1 ano, com violação de dever para com a Administração Pública.

Abaixo, trecho do acórdão recorrido (e-STJ fl. 404):

No que concerne à aplicação, ao caso, dos efeitos da condenação, verifica-se que a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo não se trata de pena a ser fixada de acordo com a culpabilidade do réu e a reprovabilidade de sua

conduta, constituindo-se em efeito da condenação, que, com base no art. 92, I, *a*, do CP, ocorrerá sempre que a pena privativa de liberdade for aplicada por tempo igual ou superior a 1 ano, com violação de dever para com a Administração Pública, como na hipótese dos autos.

Dessa forma, tal entendimento encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior de que *o reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público* (AgRg no REsp 1.613.927/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20.09.2016, DJe 30.09.2016).

Nessa linha, o seguinte julgado:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Omissão no julgamento proferido pelo Tribunal *a quo*. Inovação de tese recursal. Falsidade ideológica. Atipicidade da conduta. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Perda do cargo público devidamente motivada na violação de dever para com a Administração Pública. Agravo regimental improvido.

[...]

3. A perda do cargo público, com fundamento no art. 92, I, *a*, do Código Penal, se aplica a todos os delitos praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, não se restringindo aos chamados crimes funcionais (arts. 312 a 327 do CP).

4. A pena acessória foi devidamente fundamentada no fato de o delito ter sido cometido por oficiala de justiça, em razão de suas atribuições legais - lavratura de certidões de intimação -, o que importou em violação dos deveres de probidade, honestidade, moralidade e eficiência.

5. Debatida a questão sob o enfoque da violação de lei federal (art. 105, III, *a*, da Constituição Federal), despiendo o exame da divergência jurisprudencial relativa ao mesmo tema.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.195.833/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20.08.2015, DJe 08.09.2015).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Concussão. [...] Art. 92, inciso I, alínea *a*, do Código Penal. Possibilidade. Efeito da condenação. Fundamentação idônea. Perda do cargo público. Desnecessidade de pedido expresso na denúncia. Efeito extrapenal da condenação previsto no art. 92, do Código Penal. Agravo desprovido.

[...]

5. "A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da

condenação, nos termos do artigo 92 do Código Penal” (STJ, HC 81.954/PR, 6ª Turma, Rel. Min. *Maria Thereza*, DJ de 17.12.2007).

6. Tal consequência ocorre sempre que configurada a hipótese prevista no art. 92, inciso I, alínea *a*, do Código Penal, não fazendo a lei qualquer ressalva no sentido de que, se a pena privativa de liberdade for substituída por reprimendas restritivas de direito, não haverá a perda do cargo.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 46.266/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26.06.2012, DJe 1º.08.2012).

Ocorre que o Juízo sentenciante, em razão da perda do cargo público, determinou, após o trânsito em julgado, a expedição de ofícios à ECT e à UFPE, com vistas ao efeito do art. 92, inciso I, do CP (e-STJ fls. 276), decisão não modificada pelo Tribunal *a quo*.

No presente caso, o agente praticou o delito quando ocupava emprego público na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo sido aprovado em concurso público para outro cargo na Universidade Federal de Pernambuco, durante o trâmite processual.

Ora, em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito.

Trilhando esse entendimento, colhem-se estas lições do Professor Cezar Roberto Bitencourt, que assim aduz:

1.1.2. Correlação entre crime e atividade exercida

A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. Editora Saraiva. 8ª edição. 2014, p. 367)

Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito.

Porém, salienta-se que se o Magistrado *a quo* considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso.

Dessa forma, como o crime em questão fora praticado quando o acusado era empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não poderia, sem qualquer fundamentação e por extensão, ser determinada a perda do cargo na UFPE.

Ante o exposto, *conheço parcialmente e, nessa parte, dou provimento parcial* ao recurso especial apenas para excluir da condenação a perda do cargo em relação à UFPE.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.624.292-SC (2016/0234319-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Jayson Dias

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso especial. Furto qualificado mediante escalada. Incidência da causa de aumento do repouso noturno. Possibilidade. Recurso provido.

I - As normas que estabelecem as qualificadoras do furto e a causa de aumento do repouso noturno são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art. 155) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado.

II - Numa graduação do injusto, é mais reprovável o delito de furto cometido, como *in casu*, mediante escalada e durante o repouso noturno (ocasião em que o bem jurídico tutelado tem menor vigilância por parte do dono ou possuidor) do que cometido no período diurno. Desta forma, em uma análise *em concreto* acerca da compatibilidade

dos institutos, a norma estabelecida no § 4º e a do § 1º do art. 155 do CP são compatíveis entre si. *Precedentes*.

Recurso especial provido para reconhecer a incidência da causa de aumento do repouso noturno no crime de furto qualificado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 28.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça daquele estado, ementado nos seguintes termos:

Apelação criminal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e escalada. Dosimetria. Culpabilidade exacerbada. Réu multirreincidente em crimes contra o patrimônio e descumpriu condições do regime aberto. Precedentes. Duas qualificadoras. Migração residual de uma delas para a primeira fase. Cabimento. Conseqüências do crime que extrapolam o tipo penal e autorizam o incremento. Majorante do repouso noturno. Incompatibilidade com as formas qualificadas do delito. Precedentes da Câmara. Recurso defensivo não provido e provimento parcial do apelo interposto pela acusação.

1 Sendo o agente multirreincidente em crimes contra o patrimônio e cometido o delito enquanto estava cumprindo condições do regime aberto, frustrando uma delas, imprime maior reprovabilidade à conduta.

2 “Em havendo o concurso de agentes e destreza, é possível que uma circunstância seja utilizada para tipificar a conduta, como furto qualificado,

e a outra empregada na dosimetria da sanção, a fim de se considerar como desfavorável circunstância judicial, acrescendo, assim, a pena-base” (STJ, HC n. 323.840/SP, DJUe de 11.9.2015).

3 As conseqüências do crime devem ser mensuradas negativamente quando o “mal causado pelo crime transcende ao resultado típico” (Guilherme de Souza Nucci, 2014).

4 ‘O fato de o crime ter sido praticado durante o repouso noturno não pode ser reconhecido como causa especial de aumento de pena por se tratar de furto qualificado’ (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.005616-8, j. em 28.4.2015) (fl. 213).

Nas razões do presente recurso, sustenta o *Parquet*, em síntese, que o furto qualificado é compatível com a causa de aumento do repouso noturno. Assevera que a posição topográfica dos dispositivos não pode ser óbice para aplicação, em conjunto, deles. Alega violação ao art. 155, § 1º, do Código Penal, bem como colaciona arestos para comprovar a divergência jurisprudencial.

Contrarrazões às fls. 275-279.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 296-301, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Pretende o recorrente, em síntese, o reconhecimento da compatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento do repouso noturno.

Para delimitar a *quaestio*, transcrevo excerto do v. acórdão reprochado, *in verbis*:

“[...] Pretende a acusação, ainda, a aplicação da causa especial de aumento de pena, em razão de o crime ter sido cometido durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do Código Penal).

Segundo a jurisprudência predominante nesta Corte de Justiça, a referida majorante é incompatível com as formas qualificadas do furto.

[...]

Desse modo, a sanção remanesce definitiva em 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

Mantidas as demais cominações” (fls. 220-221).

Com efeito, após uma análise mais detida sobre a compatibilidade entre o furto qualificado e a majorante do repouso noturno, revejo o meu entendimento e concluo que ambas as normas são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art. 155) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado.

Dessarte, numa graduação do injusto, é mais reprovável o delito de furto cometido, como *in casu*, mediante escalada e durante o repouso noturno (ocasião em que o bem jurídico tutelado tem menor vigilância por parte do dono ou possuidor) do que cometido no período diurno. Desta forma, em uma análise *em concreto* acerca da compatibilidade dos institutos, a norma estabelecida no § 4º e a do § 1º do art. 155 do CP são compatíveis entre si. Portanto, o argumento topográfico, em sentido contrário, não subsiste por si só.

Aliás, esse é o entendimento que prevalece nesta Corte:

A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Tal entendimento revela, *mutatis mutandis*, a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.193.194/MG, [...], no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, máxime se presentes os requisitos (HC n. 306.450/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17.12.2014, RMP vol. 56, p. 337).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Aplicação da causa de aumento do repouso noturno. Possibilidade. Óbice da Súmula 83 desta Corte. Agravo improvido.

1. Ao contrário do afirmado, a decisão agravada está sim em absoluta consonância com a linha de raciocínio desenvolvida por esta Corte na apreciação do recurso especial representativo da controvérsia 1.193.194/MG, ocasião em que se decidiu pela compatibilidade do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal com as hipóteses objetivas de furto qualificado.

2. Desse modo, seguindo, *mutatis mutandi*, a linha do raciocínio jurídico adotado por este Superior Tribunal de Justiça e pela Suprema Corte, verifica-se não haver, também nesta hipótese, incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno.

3. Assim, à míngua de argumentos robustos o bastante para superar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume pelos seus próprios termos.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 741.482/MG, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe de 14.9.2015).

Ainda, por decisão monocrática: AREsp n. 972.128/MG, de *minha Relatoria*, DJe de 30.9.2016; AREsp n. 974.698/MG, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 26.9.2016; REsp n. 1.595.464/RJ, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, DJe de 15.9.2016; REsp n. 1.619.490/SC, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, DJe de 24.8.2016.

No mesmo sentido se manifestou o col. STF, *in verbis*:

Habeas corpus. Penal. Tentativa de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (CP, art. 155, § 4º, I, c/c o art. 14, II). Condenação. Incidência da majorante do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) nas formas qualificadas do crime de furto (CP, art. 155, § 4º). Admissibilidade. *Inexistência de vedação legal e de contradição lógica que possa obstar a convivência harmônica dos dois institutos quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ordem denegada.*

1. Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador.

2. Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) -, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos.

3. Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática.

4. Ordem denegada (STF, HC n. 130.952/MG, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe de 20.2.2017, grifei).

Sendo assim, imperioso revisar a dosimetria da pena do recorrido.

Reconhecida a causa de aumento de pena prevista no artigo 155, § 1º, do CP, na terceira fase, a pena é aumentada em 1/3 (um terço), fixa-se a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para *reconhecer a incidência da causa de aumento do repouso noturno no crime de furto qualificado*, ficando a pena do recorrido redimensionada conforme fundamentação acima, mantidos os demais termos do acórdão.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.659.662-CE (2014/0120972-1)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Recorrente: R M de O

Advogados: Marcelo Vinícius Gouveia Martins - CE003977

Francisco Clayton Pessoa de Queiroz Marinho

Adryana Claudia Marinho Queiroz de Lucena - CE020462

Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Estupro de vulnerável praticado por Promotor de Justiça. Parecer do Ministério Público. Descabimento de “embargos de declaração”. Peça opinativa. Divergência jurisprudencial. Ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Ação penal originária. Análise de pleito do acusado diretamente pelo Órgão Especial. Juntada de prova considerada desnecessária. Indeferimento. Princípio do livre convencimento motivado. Cerceamento de defesa inexistente. Renovação do interrogatório ao final do processo (art. 400 do CPP), com afastamento da regra do art. 7º da Lei n. 8.038/1990. Precedentes do STF e do STJ que não se encaixam no caso concreto. Interrogatório já realizado, antes da vigência da Lei n. 11.719/2008. Preclusão. *Tempus regit actum*. Inquérito administrativo. Nulidade das provas. Recebimento da denúncia. Prejudicialidade do tema. Crimes contra a liberdade sexual. Palavra da vítima. Valor probante diferenciado. Autoria e materialidade configuradas. Recurso conhecido

em parte e, nessa extensão, não provido.

1. Não cabe devolução dos autos ao Ministério Público a fim de que novamente emita pronunciamento sobre o recurso especial. O parecer ministerial é opinativo, não comportando impugnação assemelhada a “embargos de declaração”.

2. Apesar de a petição recursal invocar o art. 105, III, “c”, da Constituição Federal, não fez qualquer alusão aos dispositivos legais nem, sequer, às matérias que teriam sido objeto de interpretação divergente. Aplica-se ao caso o óbice da Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

3. O recurso especial apresenta fundamentação deficiente no que diz respeito à indigitada ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, que foi objeto de alegação genérica, sem a demonstração exata dos pontos em que o acórdão padeceria de omissão, contradição ou obscuridade. Incidência da Súmula 284/STF.

4. Tratando-se de ação penal original de Tribunal de Justiça, a submissão direta, ao Órgão Especial, da análise de pedidos do acusado não acarreta prejuízo à defesa, na medida em que imprime ao feito a necessária celeridade e eventual decisão monocrática desfavorável seria passível de agravo regimental, cabendo ao mesmo colegiado decidir a controvérsia.

5. Ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, ainda, à parte interessada, demonstrar a real imprescindibilidade da produção da prova requerida.

6. Hipótese em que a instância ordinária, motivadamente, afastou a tese de cerceamento de defesa e a necessidade de juntada de novo laudo realizado por psicóloga, uma vez que as demais provas contidas nos autos demonstraram a credibilidade das declarações das vítimas do delito.

7. Este Superior Tribunal firmou a orientação no sentido de que “a previsão do interrogatório como último ato processual, nos termos do disposto no art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, por ser mais benéfica à defesa, deve ser aplicada às ações

penais originárias nos tribunais, afastada, assim, a regra específica prevista no art. 7º da Lei n. 8.038/1990, que rege a matéria” (HC 205.364-MG, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, julgado em 6.12.2011). Essa alteração de entendimento se deu em razão de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no AgRg na APn 528/DF, Rel. Ministro *Ricardo Lewandowski*, *Tribunal Pleno*, DJe de 8.6.2011.

8. Todavia, se o interrogatório já se realizou - como na espécie dos autos -, ocorre a preclusão, não sendo possível a renovação do ato.

Ademais, o réu foi interrogado em 10.10.2006, ou seja, antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o disposto no art. 400 do CPP. Sobre a matéria, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que “a Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP, porquanto lei processual penal, aplica-se desde logo, conforme os ditames do princípio *tempus regit actum*, sem prejudicar, contudo, a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, razão pela qual, já realizado o interrogatório do réu, não há obrigação de o ato ser renovado para cumprir as balizas da nova lei” (AgRg no AREsp 681.940/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, DJe 29.6.2016).

9. Eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, cuja natureza é inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal, momento em que as provas serão renovadas.

10. A jurisprudência é assente no sentido de que, nos delitos contra liberdade sexual, por frequentemente não deixarem testemunhas ou vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito.

11. As declarações das ofendidas e os depoimentos testemunhais são coerentes quanto ao ponto fulcral da acusação, isto é, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante uso de mordças e amarras, contra crianças de 8 e 9 anos de idade, no sítio do acusado, ocupante do cargo de Promotor de Justiça do Estado do Ceará.

12. Eventuais descompassos encontrados nas narrativas das vítimas referem-se a aspectos periféricos da conduta delitiva, que não influem na credibilidade de suas declarações quanto aos abusos sofridos.

13. Anote-se, em reforço ao fundamento acerca da confiabilidade dos relatos das menores, que a Junta Médica designada pelo Relator examinou as ofendidas em três dias seguidos, tendo concluído pela ausência de sinais comportamentais indicativos de subterfúgios, fantasias ou simulações. O exame foi acompanhado pelo assistente médico indicado pela defesa, contudo, não foi impugnado.

14. O delito em questão (estupro de vulnerável: art. 217-A do Código Penal) se perfez com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, daí a irrelevância de se certificar, na espécie, da consumação de atos sexuais. Precedentes.

15. A perícia realizada no local do crime pelo Instituto de Criminalística do Ceará, no âmbito do processo administrativo disciplinar, que, segundo a defesa, atestaria que nenhum dos presentes do sítio do acusado poderia ter ouvido ou visto os eventos ocorridos no interior da casa principal, resulta de percepções subjetivas dos peritos, não apresentando aptidão como prova desconstitutiva da condenação.

16. Menciona o recorrente a sua ausência no local do crime (sítio em Guaramiranga/CE), após as 16h30 ou 17h00 do dia 23.10.2005 (data dos fatos), contradizendo a afirmação das vítimas no sentido de que haveriam sido conduzidas pelo acusado, até suas residências, pelas 21h00. Apresenta, nesse sentido, conta de seu telefone celular, que atesta ligações feitas daquele aparelho às 18h15 e 18h24 e 18h25, originadas do Município de Pacatuba/CE.

17. Na verdade, a conta telefônica não foi apreciada pelo Tribunal de origem, nem o julgador estava obrigado a fazê-lo, porquanto fundamentou a condenação do recorrente nas provas que entendeu relevantes. Afinal, “vigora no sistema processual penal brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar” (HC 68.840/BA, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 28.4.2015, DJe 11.5.2015).

18. O recorrente, aliás, na oportunidade em que opôs embargos de declaração contra o acórdão condenatório, não alegou sequer a existência de omissão sobre a prova documental em questão.

19. Ainda que assim não fosse, a conta do celular, quando confrontada com as demais provas utilizadas no acórdão, não é apta

a configurar o benefício da dúvida em favor do réu. E isto porque o telefone é móvel, ou seja, qualquer pessoa poderia utilizá-lo. Além disso, consta dos autos que as crianças chegaram no sítio às 15h00 e, mesmo que se admitisse que o réu deixou o local às 16h30 ou 17h00, haveria tempo de sobra para o cometimento dos delitos.

20. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Marcelo Vinícius Gouveia Martins (p/recte).

Brasília (DF), 06 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 19.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso especial interposto por R. M. DE O., nos termos do art. 105, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, assim ementado:

Ação penal originária. Preliminares de incompetência, nulidade e cerceamento de defesa rejeitadas. Atentado violento ao pudor mediante violência real contra menores de 14 anos (arts. 214 e 224 do CP e art. 9º da Lei n. 8.072/1990). *Mutatio libelli* (art. 383, CPP). Aplicação da reforma do Código Penal (art. 217-A, CP, conforme Lei n. 12.015/2009) ao caso concreto. Norma penal mais benéfica (art. 2º, CP). Estupro de vulneráveis. Palavra das vítimas em consonância com a prova testemunhal. Especial relevância nos crimes contra a liberdade sexual. Condenação. Crime continuado (art. 71, CP). Perda do cargo público como efeito da condenação (art. 92, I, 'b', CP). Possibilidade.

1. Somente quando definitivamente implementada a aposentadoria é que o ocupante de cargo detentor de foro por prerrogativa de função perde mencionada

garantia. Esta se mantém com o mero requerimento de aposentadoria voluntária. Precedentes do STJ.

2. Insubsistente o alegado cerceamento de defesa em face da negativa de novo interrogatório do acusado (arts. 196 e 400, CP), uma vez já realizado esse ato conforme lei em vigor à época. Aplicação do princípio *tempus regit actum* (art. 2º, CP). Sistema do isolamento dos atos processuais. Precedentes do STJ e do STF.

3. Revela-se impertinente o relato, efetivado pela defesa, dos atos praticados antes do interrogatório com o fito de demonstrar a desnecessidade da prisão preventiva; afinal, a análise é inútil por encontrar-se o acusado solto, tendo-se dado ordem liberatória logo após a realização de mencionado ato processual.

4. A alegada nulidade diante de suposta ilicitude da prova colhida pela acusação (Relatório de Avaliação Social e Psicológica das menores), bem como a destruição de materiais por perito psicólogo, relativos a anotações colhidas quando de entrevistas realizadas para a confecção do laudo, além de outras irregularidades nesse documento da fase inquisitorial, tem-se que pouco importa ao caso a juntada de ditas anotações, haja vista que a peça derradeira realizada pelos peritos é que, após colacionada aos autos, submete-se ao crivo das partes. Ademais, a avaliação em apreço é referida na denúncia de maneira complementar, não constituindo dado exclusivo ou essencial para o embasamento da peça delatória, a qual se arrima nas declarações das vítimas, no interrogatório do acusado e em outros elementos de informação colhidos durante a apuração dos fatos perante o Ministério Público, suficientes e adequados a revelar a plausibilidade da delação. Superada a etapa de admissibilidade da acusação, inútil é perquirir a correção técnica do estudo em tela; afinal, como sabido, os vícios eventualmente existentes na fase investigatória não têm o condão de atingir a ação penal.

5. Em matéria probatória, é conferido ao julgador o poder de decidir sobre a conveniência e a imprescindibilidade da sua produção, podendo, de forma sempre fundamentada, indeferir as provas consideradas irrelevantes (desnecessárias), impertinentes (desviadas do foco principal da apuração criminal) ou protelatórias (repetidas ou já demonstradas por outras provas anteriormente produzidas). Precedentes do STF. Havendo participado da fase judicial mais de um profissional da área da psiquiatria (junta médica) para a elucidação dos fatos, traçando o perfil psicológico dos envolvidos no delito, torna-se desnecessário parecer de outra profissional da área da psicologia acerca dos depoimentos transcritos, a qual sequer teve contato com as vítimas, tendo em vista que nada mais há para se acrescentar nessa seara, motivo pelo qual se apresenta despropositada a alegação de nulidade pela rejeição de depoimento de profissional indicada pelo réu, medida essa que, aliás, já havia sido decidida pelo anterior relator, sem oposição de qualquer recurso.

6. Preliminares rejeitadas.

7. A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, de regra cometidos fora do alcance de testemunhas oculares, assume especial relevância, tornando-se tarefa árdua a sua comprovação direta. Provadas a autoria e a materialidade dos crimes, bem como ausentes excludentes da criminalidade ou quaisquer outras causas que isentem o réu de pena, a condenação deste se impõe.

8. Tratando-se de crime sexual cometido contra menores de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça (arts. 214 e 224, CP e art. 9º, Lei n. 8.072/1990), deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A, CP) por se mostrar mais benéfico ao acusado, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do CP.

9. A pluralidade de condutas e a prática de dois ou mais crimes sexuais da mesma espécie, ainda que contra vítimas diversas, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e mediante unidade de desígnios impõe o reconhecimento de crime continuado (art. 71, CP).

10. Ação penal procedente, para condenar o réu à pena de 17 (dezesete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (arts. 33, § 2º, 'a', e § 3º, 59, 61, 'c', 68 e 71, do CP).

11. Perda de cargo público. Embora em apressada análise se possa vislumbrar eventual colisão do art. 92, I, do CP com o art. 38, § 1º, da Lei n. 8.625/1993 (LONMP) e o art. 167 da Lei Complementar estadual n. 72/2008, deve-se, em verdade, entender que esses últimos dispositivos de lei ampliam, para os membros do Ministério Público, a possibilidade de aplicação da sanção em tela mesmo nos casos em que inexistente condenação penal.

12. De forma alguma se pode limitar essa sanção, quanto aos membros do *Parquet*, tão somente na hipótese de ação civil própria, sob pena de inconstitucionalidade, haja vista que a Carta Política exige para tal "ação judicial transitada em julgado" (art. 128, § 5º, I, 'a', parte final, da CF/1988), portanto, abrangendo demandas de natureza civil e penal.

13. Decreta-se, portanto, a perda do cargo, *ex vi* do art. 128, § 5º, I, 'a', da CF/1988 e do art. 92, I, 'b', do CP.

Êis a ementa do acórdão dos embargos de declaração, opostos pela defesa:

Processual Penal Embargos de declaração em ação penal originária. Nulidade da sessão de julgamento pela participação de magistrado suplente, sem observância da ordem de antiguidade. Improcedência. Sessão iniciada com *quorum* suficiente para a prolação de decreto condenatório. Julgador impugnado votou pela absolvição do embargante. Ausência de prejuízo. *Pas de nullité sans grief* (art. 563, CPP). Submissão de pedido de diligência do art. 138, I, RITJCE, diretamente ao Órgão Especial. Possibilidade. Atenção ao princípio da razoável duração do processo. Recusa desse pedido pelo anterior relator. Arguição de cerceamento de defesa em razões finais. Eventual rejeição unipessoal do novo

relator quanto ao mencionado pleito seria passível de recurso ao mesmo Órgão Colegiado. Imprestabilidade de perícia visual e auditiva. Negativa de credibilidade aos testemunhos de defesa. Questões examinadas de maneira fundamentada e exaustiva. Supostas contradições da prova a demandarem a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Tentativa de rejuízo da causa. Inadmissibilidade. Sumula 18/TJ e embargos desprovidos.

1. Improcede a alegação de suposta nulidade absoluta ocorrida na sessão de julgamento (art. 564, IV, CPP), diante da convocação do Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira em vez da Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda (suplente mais antiga) - a qual estaria em plena atividade - sem observar a regra regimental de antiguidade nos casos de substituição.

2. Não aponta o suscitante qual regra regimental teria sido olvidada na espécie. Ademais, mencionado magistrado, na qualidade de suplente, ocupou o lugar da Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda em virtude das férias desta, cuja suspensão somente ocorreu em 10.8.2012, portanto depois do julgamento (certidão à fl. 2.365, Vol. VIII).

3. Ainda que houvesse possível equívoco na convocação do Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira, sua participação nesse ato não produziu qualquer nulidade, inclusive porque este foi o único a votar em favor do apenado. Princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563, CPP).

4. O Órgão Especial deste TJCE, que é composto por 19 (dezenove) desembargadores (art. 6º do RITJCE), foi instalado na ocasião com *quorum* de 16 (dezesesseis) magistrados, incluindo o Desembargador-Presidente, portanto em número suficiente para o julgamento da ação penal originária (art. 72, RITJCE), tendo sido proferidos 14 (quatorze) votos pela condenação do ora embargante, o que se afigura mais do que suficiente para a prolação do provimento judicial embargado. Preliminar rejeitada.

5. Mesmo diante da dicção do art. 138, I, do RITJCE, o exame da solicitação de oitiva de psicóloga diretamente pelo colegiado não constitui mácula, mas, antes, cumpre a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988).

6. Como a rejeição da diligência em tela pelo anterior Relator deu ensejo à arguição de preliminar de cerceamento de defesa nas razões finais do recorrente, nada mais salutar do que submetê-la ao crivo da Corte Especial, por ocasião do julgamento da ação penal, até porque qualquer recusa do novo Reitor do feito em deferir monocraticamente a medida postulada seria objeto de recurso para aquele mesmo colegiado.

7. Despicienda a assertiva da defesa de que os exames médico-legais realizados nas vítimas não atestaram ruptura himenal, porquanto trata o caso de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hodiernamente tipificado no art. 217-A do CP, ocorrência que restou sobejamente demonstrada nos autos por outros elementos de convicção. Doutrina e jurisprudência indiscrepantes.

8. Este Tribunal, de modo fundamentado, apontou a inutilidade de perícia visual e auditiva emprestada de outro processo, na esfera administrativa, descabendo reapreciar a matéria em sede de aclaratórios.

9. Não encontra respaldo a assertiva de que esta Corte, sem qualquer fundamentação, deixou de conferir credibilidade aos depoimentos das testemunhas de defesa, haja vista que a matéria foi amplamente examinada no acórdão embargado (fls. 2.218-2.226, Vol. VIII).

10. Descabida a pretensão de se obter pronunciamento judicial sobre contradições da prova testemunhal, as quais atrairiam a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, porquanto os membros do Órgão Especial analisaram todas essas questões à luz das provas e teses da acusação (fls. 2.178-2.213, Vol. VIII) e da defesa (fls. 2.213-2.236, Vol. VIII), entendendo, à exceção de um magistrado, que os elementos de convicção colacionados aos autos não autorizam a aplicação do citado princípio de direito penal, sendo inviável proceder a novo julgamento da ação penal na via dos aclaratórios.

11. Impende pontuar que o julgador não está obrigado a responder a todos os reclamos das partes, devendo apreciar o que entende substancial para o deslinde do feito, prolatando sua decisão de modo fundamentado (art. 93, IX, da CF/1988). O Tribunal não é órgão de consulta, não se prestando a responder questionamentos efetuados pela parte que deixa de apontar, nas razões de seus embargos declaratórios, a existência de omissão, obscuridade ou contradição no corpo de acórdão embargado. Precedentes do STJ.

12. Incabível a oposição dos embargos como mera tentativa de rediscutir o julgado, sendo ao caso aplicável o verbete n. 18 da Súmula deste Tribunal: "São indevidos embargos de declaração que têm por única finalidade o reexame da controvérsia jurídica já apreciada."

13. Por fim, quanto às suscitadas incongruência e nulidade na aplicação da pena, em desconformidade com a lei, o embargante nada aduz, sendo inepto o recurso nesse ponto, além do que às fls. 2.236-2.250 (Vol. VIII) adotou-se exauriente fundamentação quanto à aplicação da reprimenda punitiva.

14. Embargos de declaração desprovidos.

O recorrente - ocupante do cargo de Promotor de Justiça do Estado do Ceará - foi condenado em primeira instância, pelo TJCE, à pena de 17 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). Foi-lhe aplicada, ainda, a sanção de perda do cargo público.

Sustenta a existência de contrariedade ao art. 619 do Código de Processo Penal.

Expõe que o Relator original da ação penal indeferiu os pleitos de interrogatório do acusado e de juntada do laudo elaborado pela psicóloga

Ana Maria Barros Leal, e que depois, formulou esses mesmos pedidos ao segundo Relator do processo, que, no entanto, submeteu o petitório diretamente ao Órgão Especial do TJ. Afirma ter havido cerceamento de defesa, com a supressão de um recurso possivelmente cabível (agravo regimental), porque, terminada a instrução, o segundo Relator, e não o colegiado, deveria ter decidido tais requerimentos, conforme dispõe o art. 138 do Regimento Interno do TJCE:

O Relator dará vista do processo às partes pelo prazo de 5 dias para requererem o que considerarem conveniente apresentar na sessão de julgamento, cumprindo-lhe apreciar e decidir esses requerimentos.

Assevera que o julgador está autorizado a determinar a produção de provas para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPP) e o art. 400 do CPP estabelece a realização de novo interrogatório do acusado durante a audiência de instrução e julgamento.

Argui ofensa ao art. 157 do CPP, ante a nulidade das provas obtidas com base na avaliação social e psicológica das menores, realizada no âmbito do inquérito administrativo. No aspecto, aponta: a) a falta de intimação do investigado e seu defensor (art. 159, §§ 3º e 5º, do CPP); b) os peritos Aníbal Pires, psicólogo, e Maria do Socorro Porto, assistente social, teriam sido indicados pelo Juiz Francisco Gurgel Holanda, Coordenador do Juizado da Infância e da Juventude, sem portaria de designação nem prestação de compromisso (art. 159, § 2º, do CPP); c) a Promotora de Justiça Lúcia Maria Bezerra Gurgel, integrante da comissão de inquérito administrativo instaurado contra o ora recorrente, é cônjuge do Juiz Francisco Gurgel Holanda, de modo a causar impedimento de ambos para intervir em qualquer fase do processo; d) apesar de Aníbal Pires possuir formação em psicologia e prestar serviços nessa área do conhecimento, no âmbito do Juizado da Infância e da Juventude, o fato de também exercer a função de telefonista do Tribunal de Justiça o desqualificaria para levar a efeito a perícia em exame; e) desvio de finalidade, porquanto os peritos teriam realizado acareações entre as menores e suas mães para, segundo o recorrente, “unificar as falas das periciadas.”

Aduz que a palavra de vítimas de crimes sexuais, quando menores, deve ser firme e coesa, sem contradições, e ratificadas pelas demais provas, em especial pelo relato de testemunha, quando houver. Afirma que, no caso, os relatos das vítimas são contraditórios e inverídicos; as testemunhas presenciais negam a ocorrência de qualquer abuso; o auto de exame de corpo de delito constatou que as crianças tinham os hímens íntegros; e o laudo do Instituto de Perícia Técnica do Estado do Ceará nega a existência dos pretendidos fatos.

Realça a possibilidade de reavaliação da prova no recurso especial.

Apresenta conta de telefone celular, ao propósito de comprovar que teria deixado o município onde ocorreram os fatos - Guaramiranga/CE - entre 16h30 e 17h, contradizendo a afirmação das vítimas, no sentido de que haveriam sido conduzidas pelo acusado, do local do crime para suas casas.

O recurso não foi admitido pelo TJCE, daí a interposição de agravo.

Parecer da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Célia Regina Souza Delgado, pelo não conhecimento do agravo e, caso conhecido, por seu não provimento.

Requer o insurgente a devolução dos autos ao MPF para que se pronuncie sobre os pedidos a redução de pena e a sanção de perda do cargo, que entende terem sido levantadas no recurso especial.

O agravo foi convertido em recurso especial, na forma do art. 253, parágrafo único, II, “d”, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Em primeiro lugar, ressalto não caber a devolução dos autos ao Ministério Público a fim de que novamente emita pronunciamento sobre o recurso especial. O parecer ministerial é opinativo, não comportando impugnação assemelhada a “embargos de declaração”.

Além disso, os temas supostamente “omitidos” pelo *Parquet* - redução de pena e sanção de perda do cargo - não foram sequer levantados em sede de recurso especial, razão pela qual não deverão ser analisados por esta Corte.

No que tange ao recurso propriamente dito, verifica-se que, apesar de a petição recursal invocar o art. 105, III, “c”, da Constituição Federal, não fez qualquer alusão aos dispositivos legais nem, sequer, às matérias que teriam sido objeto de interpretação divergente. Aplica-se ao caso o óbice da Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” Nesse sentido:

Penal e Processo Penal. Lesão corporal na constância da sociedade conjugal. Violência doméstica. Artigo 129, § 9º, do Código Penal. Divergência

jurisprudencial. Incidência da Súmula 284/STF. Autoria e materialidade do delito. Verificação. Súmula 7/STJ.

1. O conhecimento do recurso especial, pela alínea 'c' do permissivo constitucional, exige a indicação de qual dispositivo legal teria sido objeto de interpretação divergente, sob pena de incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, tal como ocorreu, no caso dos autos.

(...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.376.490/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17.5.2016, DJe 25.5.2016.)

Passo à análise do recurso quanto à alínea "a" do permissivo constitucional.

1. Da alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal:

Este recurso especial apresenta fundamentação deficiente no que diz respeito à indigitada ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, que foi objeto de alegação genérica, sem a demonstração exata dos pontos em que o acórdão padeceria de omissão, contradição ou obscuridade (e-STJ, fl. 2.680):

Seabra Fagundes e Antonio Carlos de Araújo Cintra. O primeiro ressalta que, embora tenham os embargos de declaração o objetivo específico de suscitar novo pronunciamento de caráter interpretativo e não-infringente, casos haverá, como por exemplo o não-conhecimento de recurso intempestivo, embora provada materialmente a tempestividade, em que, diante da ausência de outros meios para corrigir flagrantes injustiças, poderão ser modificadas substancialmente as decisões embargadas. Conclui, assim, que nos casos de flagrante injustiça e não havendo outra via adequada para repará-la, é admitida a modificação do julgado através dos embargos de declaração. O segundo faz a seguinte observação: "na potencialidade própria dos embargos de declaração está contida a força de alterar a decisão embargada, na medida em que isto seja necessário para atender à sua finalidade legal de esclarecer a obscuridade, resolver a contradição ou suprir a omissão verificada naquela decisão. Qualquer restrição que se oponha a essa força modificativa dos embargos de declaração nos estritos limites necessários à consecução de sua finalidade específica, constituiria mutilação do instituto." Salienta, ainda, que os embargos declaratórios estão arrolados entre os recursos, não podendo lhes recusar a força modificativa, pois se estaria criando uma exceção única na categoria dos recursos, a qual a lei não ampara, já que o Código de Processo Civil admite expressamente a alteração do julgado por meio de embargos de declaração - artigo 463, inciso II.

Também neste passo incide o disposto na Súmula 284/STF, acima referenciada. Confira-se:

Penal. Processual Penal. Acidente de trânsito. Tribunal do Júri. Condenação por três homicídios consumados e dois tentados. Dolo eventual. Alegada violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal. Súmula 284/STF. Incompetência do Tribunal do Júri. Inocorrência. Alteração das premissas fáticas firmadas pela instância originária. Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF. Recurso especial interposto pela alínea 'c' do permissivo constitucional. Ausência de similitude fática. Descabimento. Decisão em consonância com a orientação jurisprudencial do STJ e do STF. Agravo desprovido.

(...)

II - No que concerne à alegada violação ao disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, incide o enunciado Sumular 284/STF, uma vez que o recorrente não demonstra precisamente de que forma teria ocorrido a violação a tal dispositivo, limitando-se a afirmar que a Corte *a quo* deixou de enfrentar as questões trazidas.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.296.278/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2.2.2016, DJe 15.2.2016.)

2. Da preliminar de cerceamento de defesa ante a apreciação de pedidos diretamente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

A ação penal teve dois relatores. O primeiro deles indeferiu monocraticamente os pleitos de interrogatório do acusado e de juntada do laudo elaborado pela psicóloga Ana Maria Barros Leal. Tais postulações foram renovadas perante o segundo relator, que os submeteu diretamente ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Ceará.

Afirma o recorrente que, terminada a instrução, o segundo relator, e não o colegiado, deveria ter decidido tais requerimentos, conforme dispõe o art. 138 do Regimento Interno do TJCE:

O Relator dará vista do processo às partes pelo prazo de 5 dias para requererem o que considerarem conveniente apresentar na sessão de julgamento, cumprindo-lhe apreciar e decidir esses requerimentos.

Em face disso, acredita ter havido a supressão do direito de utilizar um recurso cabível (agravo regimental).

Contudo, tratando-se de ação penal original de Tribunal de Justiça, a submissão direta, ao Órgão Especial, da análise de pedidos do acusado não causa prejuízo à defesa, na medida em que imprime ao feito a celeridade necessária e eventual decisão monocrática desfavorável seria passível de agravo regimental, cabendo ao mesmo colegiado decidir a controvérsia.

É o que decidiu o Tribunal de Justiça, com acerto, ao apreciar os embargos de declaração defensivos:

5. Mesmo diante da dicção do art. 138, I, do RITJ/CE, o exame da solicitação de oitiva de psicóloga diretamente pelo colegiado não constitui mácula, mas, antes, cumpre a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 59, LXXVIII, CF/1988).

6. Como a rejeição da diligência em tela pelo anterior Relator deu ensejo à arguição de preliminar de cerceamento de defesa nas razões finais do recorrente, nada mais salutar do que submetê-la ao crivo da Corte Especial, por ocasião do julgamento da ação penal, até porque qualquer recusa do novo Reitor do feito em deferir monocraticamente a medida postulada seria objeto de recurso para aquele mesmo colegiado.

Rejeito, assim, a preliminar de cerceamento de defesa.

3. Da segunda preliminar de cerceamento de defesa, em razão do indeferimento do pedido de juntada do laudo da psicóloga Ana Maria Barros Leal:

Ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, ainda, à parte interessada, demonstrar a real imprescindibilidade da produção da prova requerida. Sobre o tema:

Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Decisão indeferitória de produção de prova, devidamente fundamentada. Prova considerada desnecessária e procrastinatória. Possibilidade. Art. 400, § 1º, do CPP. Precedentes. Agravo regimental improvido.

I. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência sedimentada no sentido de que o indeferimento do pedido de produção de determinada prova, desde que devidamente fundamentado, é providência regular, caso entenda o magistrado ser ela desnecessária para o deslinde da causa, ou ser de caráter protelatório, nos termos do art. 400, § 1º, do CPP, não havendo de se falar em cerceamento de defesa, tal como ocorre, *in casu*.

II. "Conforme já assentou esta Corte Superior de Justiça, não há constrangimento ilegal no indeferimento de produção de provas, quando o

Magistrado o faz fundamentadamente, por considerá-las infundadas, desnecessárias ou protelatórias” (STJ, HC 212.431/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 17.4.2013).

III. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 239.438/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 19.11.2013, DJe 19.12.2013.)

Hipótese em que a instância ordinária, motivadamente, afastou a tese de cerceamento de defesa e a necessidade de juntada de novo laudo realizado por psicóloga, uma vez que as demais provas contidas nos autos demonstraram a credibilidade das declarações das vítimas do crime contra a liberdade sexual. Eis, no ponto, os seguintes trechos do acórdão recorrido:

De primeiro, sem a presença das ofendidas perante a Dra. Ana Maria afigure-se-me incompleta e fria a observação procedida a partir unicamente dos termos das declarações, como *in casu*, em que os relatos das menores são tidos por fantasiosos e imaginativos, porém, sem que a subscritora dessa conclusão tenha mantido um contato sequer com as infantas, o que desacredita mencionado documento frente à avaliação efetuada por três renomados especialistas que efetivamente examinaram as vítimas (Vol. III - fls. 786-792).

Nesse contexto, considero acertado o ato do eminente Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, quando analisou o referido pleito da defesa, indeferindo-o acertadamente, ao destacar, *verbis* (Vol. VII - fls. 1.834):

“Ao que se percebe do andamento processual, as diligências pleiteadas pelo denunciado, além de inoportunas, são meramente procrastinatórias. Com efeito, mais de um profissional da área da psiquiatria foi ouvido nos autos, contribuindo ao máximo, dentro daquilo que lhes incumbe, para a elucidação dos fatos, traçando o perfil psicológico dos envolvidos no delito.

Desnecessário, portanto, mais um parecer de profissional da área da psicologia ou psiquiatria, tendo em vista que nada mais há a se acrescentar nesta seara.” (e-STJ, fls. 2.424-2.425.)

Igualmente do acórdão, extrai-se:

A defesa ressalta também que a Dra. Ana Maria Barros Leal fez a análise psicológica dos depoimentos das menores. Consoante já dito por ocasião do exame da quarta preliminar apontada pela defesa, sem a presença das próprias pessoas envolvidas parece-me incompleta e fria qualquer observação que um profissional daquela área faça a partir somente do termo do relato.

É importante esclarecer que, na realidade, essa providência não foi realizada por determinação judicial, contrariamente ao alegado pela defesa, não

constituindo assim uma prova pericial, consoante já destacado na análise da 4ª preliminar levantada pela defesa, nada mais havendo a acrescentar.

Nesse aspecto, a avaliação realizada por uma Junta de Psiquiatras nomeada pelo relator do feito à época (Vol. II - fl. 611; Vol. III - fls. 630 e 787-792) desponta mais consentânea e adequada ao caso, na medida em que resultante de contato direto com as vítimas, em mais de um encontro, ocasiões em que foram observados vários detalhes da expressão corporal e oral das infantes, com conclusões mais precisas. (e-STJ, fl. 2.482.)

Afasto, portanto, a segunda preliminar de cerceamento de defesa.

4. Da preliminar de nulidade processual, por suposto descumprimento do art. 400 do CPP:

Este Superior Tribunal firmou a orientação no sentido de que “a previsão do interrogatório como último ato processual, nos termos do disposto no art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, por ser mais benéfica à defesa, deve ser aplicada às ações penais originárias nos tribunais, afastada, assim, a regra específica prevista no art. 7º da Lei n. 8.038/1990, que rege a matéria” (HC 205.364-MG, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, julgado em 6.12.2011). Essa alteração de entendimento se deu em razão de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Processual Penal. Interrogatório nas ações penais originárias do STF. Ato que deve passar a ser realizado ao final do processo. Nova redação do art. 400 do CPP. Agravo regimental a que se nega provimento.

I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei n. 8.038/1990 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou.

III – Interpretação sistemática e teleológica do direito.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgRg na APn 528/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 8.6.2011.)

Todavia, segundo os precedentes citados, se o interrogatório já se realizou – como na espécie dos autos –, ocorre a preclusão, não sendo possível a renovação do ato.

Ademais, o réu foi interrogado em 10.10.2006, ou seja, antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o disposto no art. 400 do CPP. Sobre a matéria, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que “a Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP, porquanto lei processual penal, aplica-se desde logo, conforme os ditames do princípio *tempus regit actum*, sem prejudicar, contudo, a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, razão pela qual, já realizado o interrogatório do réu, não há obrigação de o ato ser renovado para cumprir as balizas da nova lei” (AgRg no AREsp 681.940/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 29.6.2016).

Em caso idêntico decidiu esta Quinta Turma:

Habeas corpus. Crime de responsabilidade de prefeito e dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (artigo 1º, inciso I, do Decreto 201/1967 e artigo 89 da Lei n. 8.666/1993). Paciente interrogado perante o juízo de primeiro grau antes do advento da Lei n. 11.719/2008. Diplomação como prefeito. Remessa dos autos ao Tribunal de Justiça. Pedido de reinquirição do acusado ao final da instrução processual. Indeferimento. Impossibilidade de aplicação retroativa das regras constantes do artigo 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008. Nulidade não caracterizada.

1. Ao apreciar o AgRg na Apn 528/DF, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a previsão do interrogatório como último ato da instrução processual, por ser mais benéfica à defesa, deve ser aplicada às ações penais originárias, em detrimento do disposto no artigo 7º da Lei n. 8.038/1990.

2. No caso dos autos, ainda que se admita a incidência do artigo 400 do Código de Processo Penal, constata-se que o paciente foi ouvido em 7.4.2008, quando ainda não vigia a Lei n. 11.719/2008, que inseriu o interrogatório do réu como último ato da audiência de instrução, razão pela qual não é possível a aplicação retroativa do referido diploma legal, que trata de norma procedimental.

3. Apesar de as leis processuais aplicarem-se de imediato, desde a sua vigência, devem ser respeitados os atos realizados sob o império da legislação anterior, sendo, portanto, plenamente válida a inquirição do paciente pelo Juízo de primeiro grau, quando ainda não possuía foro por prerrogativa de função, e antes da vigência da Lei n. 11.719/2008. Precedente do STJ.

(...)

3. Ordem denegada.

(HC 239.314/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11.3.2014, DJe 25.3.2014 - grifou-se.)

Diante dessas considerações, não subsiste a nulidade arguida pelo recorrente.

5. Da arguição de nulidades ocorridas na avaliação social e psicológica realizada no inquérito administrativo:

Diz o recorrente ter havido ofensa ao art. 157 do CPP, ante a nulidade das provas obtidas com base na avaliação social e psicológica das menores, realizada no âmbito do inquérito administrativo. No aspecto, aponta: a) a falta de intimação do investigado e seu defensor (art. 159, §§ 3º e 5º, do CPP); b) os peritos Aníbal Pires, psicólogo, e Maria do Socorro Porto, assistente social, teriam sido indicados pelo Juiz Francisco Gurgel Holanda, Coordenador do Juizado da Infância e da Juventude, sem portaria de designação nem prestação de compromisso (art. 159, § 2º, do CPP); c) a Promotora de Justiça Lúcia Maria Bezerra Gurgel, integrante da comissão de inquérito administrativo instaurado contra o ora recorrente, é cônjuge do Juiz Francisco Gurgel Holanda, de modo a causar impedimento de ambos para intervir em qualquer fase do processo; d) apesar de Aníbal Pires possuir formação em psicologia e prestar serviços nessa área do conhecimento, no âmbito do Juizado da Infância e da Juventude, o fato de também exercer a função de telefonista do Tribunal de Justiça o desqualificaria para levar a efeito a perícia em exame; e) desvio de finalidade, porquanto os peritos teriam realizado acareações entre as menores e suas mães para, segundo o recorrente, “unificar as falas das periciadas”.

No entanto, eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, cuja natureza é inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal, momento em que as provas serão renovadas:

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Estupro de vulnerável praticado por Juiz de Direito. Inquérito policial. Nulidade das provas. Recebimento da denúncia. Prejudicialidade do tema. Precedentes.

1. O recebimento da denúncia pelo juiz de primeiro grau em desfavor do paciente torna prejudicado o exame da alegada nulidade do inquérito policial. Eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, cuja natureza é inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal, no qual as provas serão renovadas, mormente no caso dos autos, em que a ação penal passou a tramitar em primeiro grau, devido à aposentadoria compulsória do paciente. Precedentes. Decisão agravada em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 256.894/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14.6.2016, DJe 30.6.2016.)

Com efeito, depreende-se do acórdão que o Tribunal de origem não fundamentou a condenação na avaliação social e psicológica efetuada no inquérito administrativo, mas, isto sim, nos depoimentos e declarações prestados em juízo, submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa (e-STJ, fls. 2.437-2.462), bem como no parecer de Junta Médica constituída no âmbito da ação penal, cujos trabalhos foram acompanhados pelo assistente técnico da defesa (e-STJ, fl. 2.406).

6. Da negativa de autoria e materialidade:

Aduz o recorrente que: os relatos das vítimas são contraditórios e inverídicos; as testemunhas presenciais negam a ocorrência de qualquer abuso; o auto de exame de corpo de delito constatou que as crianças tinham os hímens íntegros; e o laudo do Instituto de Perícia Técnica do Estado do Ceará nega a existência dos pretendidos fatos.

Pois bem. A jurisprudência é assente no sentido de que, nos delitos contra liberdade sexual, por frequentemente não deixarem testemunhas ou vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito:

Recurso especial. Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos. Presunção absoluta de violência. Padrasto. Causa de aumento do art. 226, II, do CP. Incidência. Condenação. Palavra da vítima. Absolvição. Impossibilidade. Reexame de provas. Vedação. Súmula n. 7 do STJ. Ausência de fundamentação. Não ocorrência. Recurso especial conhecido e não provido.

1. Por força do julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

2. Decorre da própria literalidade do art. 226, II, do CP o recrudescimento da reprimenda se o crime sexual é cometido pelo padrasto em desfavor da enteada, tal qual ocorreu na espécie.

3. Desconstituir a comprovada relação de confiança e o vínculo de autoridade que o agressor mantinha com a vítima implicaria o reexame das provas e dos fatos dispostos nos autos, o que é vedado em recurso especial pelo teor da Súmula n. 7 do STJ.

4. A Corte local confirmou a condenação imposta na sentença, em acórdão no qual frisou que o conjunto probatório - formado não apenas pelo depoimento firme e coerente da vítima mas também pelos relatos das demais testemunhas ouvidas em juízo - é robusto e conclusivo em demonstrar a autoria do recorrente no crime de estupro de vulnerável.

5. *Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, como bem salientaram as instâncias antecedentes, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos.*

6. Para se concluir pela absolvição, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

7. Não se verifica a nulidade por ausência de fundamentação do acórdão recorrido, pois, expressamente, manifestou-se sobre todas as teses defensivas postas na apelação.

8. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.607.392/RO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20.9.2016, DJe 4.10.2016 - grifou-se.)

No caso dos autos, o cerne da acusação reside na prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante uso de mordaças e amarras, contra *N. L. DA S.* e *M. M. R. DA S.*, no sítio do recorrente, Promotor de Justiça do Estado do Ceará, sendo que, à época dos fatos, as vítimas contavam 8 e 9 anos de idade, respectivamente. Asseverou o Tribunal de Justiça cearense:

Na espécie, as vítimas são categóricas, afirmando, em todas as oportunidades de oitiva, terem sofrido abuso sexual cometido pelo réu, em momento algum titubeando quanto à ocorrência deste, nem mesmo diante da dúvida inicial por parte dos familiares mais próximos daquelas, dada a gravidade das acusações.

De fato, relataram reiteradamente haver sido tocadas em seus seios e órgãos sexuais pelo réu, por intermédio da língua e do dedo médio deste untado com substância lubrificante, bem como compelidas a pegar na genitália do acusado, estando ambas, na ocasião, a partir de certo momento, com as mãos atadas e as bocas amordaçadas no quarto do incriminado, sendo os atos de libidinagem praticados também no interior do carro deste, quando as menores foram levadas embora do sítio. (e-STJ, 2.437.)

Registra o voto condutor do acórdão “que a convergência dos depoimentos (...) quanto às atitudes de abuso concretizadas em face das vítimas, em cotejo com as discrepâncias da versão do réu de que não conhecia as ofendidas, de que

não as convidou nem as levou ao sítio para o banho de piscina (...), inspiram neste julgador convicção a respeito da execução dos crimes em tela” (e-STJ, fl. 2.459).

Na linha do que foi decidido na origem, eventuais descompassos encontrados nas narrativas das vítimas referem-se a aspectos periféricos da conduta delitiva, que não influem na credibilidade de suas declarações quanto aos abusos sofridos:

Impende ressaltar que, de fato, as declarações das ofendidas não se apresentam de todo uniformes; todavia, tal aspecto é insuficiente para infirmar meu convencimento acerca da credibilidade de suas palavras, diante de circunstâncias idôneas a justificar os pontos de divergências.

Explico:

a) as vítimas foram convidadas pelo réu para tomar banho de piscina no sítio deste, sob o pretexto de que a esposa e filhas do acusado queriam conhecê-las, sendo razoável admitir a empolgação para o passeio; afinal, as crianças pertencem a uma família com poucos recursos financeiros, de modo que o convite em tela infundiu nelas o sentimento de prestígio e importância demonstrado por um promotor de justiça, pessoa que, pelo só cargo que ocupa, recebe das pessoas que moram em cidades do interior diferenciado grau de respeitabilidade e presunção confiabilidade inabalável;

b) em associação ao dado do item anterior, tem-se ainda que as infantes encontravam-se no local em que ocorreu o crime com a aprovação dos respectivos familiares, advindo a aquiescência, sobretudo porque o denunciado não era pessoa estranha, do contrário, já havia frequentado a casa da avó materna de [M. M. R. DA S.] em diversas ocasiões, presenteando-lhe com leite e chuchu na maioria das vezes, a causar nas vítimas a sensação de proteção e segurança, sem motivo, portanto, para assumirem vigilância da conduta do acusado e observação mais apurada do local em que se encontravam;

c) de alguns relatos percebe-se que, até mesmo por conta da confiança depositada no delatado, muitos parentes das vítimas hesitaram em acreditar de logo na veracidade da autoria e materialidade do fato;

d) a circunstância há pouco reportada potencializou a insegurança das ofendidas para falarem sobre a situação constrangedora a que foram submetidas, com medo do acusado, com receio da reação dos adultos e vergonha, a despeito do que apresentaram declarações firmes, mesmo perante o réu, como já salientado;

e) em qualquer procedimento criminal, as vítimas, ao prestarem suas declarações, não escolhem as informações a serem fornecidas às autoridades dirigentes de cada etapa da persecução criminal, é dizer, não o fazem livremente

e de maneira emocionalmente confortável; ao revés, submetem-se á forma diferenciada com que são indagadas pelos distintos agentes públicos (delegado de policia, membro do Ministério Público, magistrado), motivo pelo qual respondem de maneira peculiar às perguntas e reperguntas, estas formuladas conforme consideradas, em juízo discricionário, pertinentes e relacionadas ao objeto da lide penal;

f) as ofendidas, ao tempo do crime e das declarações prestadas, eram crianças de tenra idade (8 e 9 anos), não sendo, assim, razoável exigir-lhes acurados detalhes e noção psíquica inquebrantável sobre aspectos temporais - a exemplo da sequência linear dos atos libidinosos praticados pelo réu e informações precisas sobre o cenário do crime -, inclusive porque, ouvidas mais de uma vez desde a deflagração da *persecutio criminis*, foram submetidas a stress invulgar em virtude da reiteração dos depoimentos prestados em datas esparsas e distantes do fato (23.2.2006, 7.3.2006 e 28.2.2007), sem acompanhamento por psicólogo ou assistente social, e mais, em juízo encontravam-se sem apoio moral de familiares dentro da sala de audiência por ocasião de suas oitavas;

g) os fólhos não evidenciam que, para assacar a imputação contra o réu as infantes hajam recebido benefício de qualquer espécie ou que tenham sido usadas como instrumento para sustentar eventual história construída por outrem para fim de vindita alheia, restando, por conseguinte, ausente indício de interesse de incriminação leviana do acusado;

h) as vítimas de crimes sexuais, ao trazerem a público o ocorrido, sofrem a renovação do sofrimento e têm ainda a intimidade devassada, sobremaneira em situações como a presente, cujo sujeito passivo é um promotor de justiça de uma cidade do interior, na qual, sabidamente, os escândalos chegam rápido ao conhecimento da população, não sendo crível admitir, sem apoio nos autos, que os familiares das crianças se dispusessem a causar estas consequências, com prejuízo à dignidade própria e das vítimas, causando-lhes, ainda, perturbação psicológica.

Diante de tal juízo de ponderação, os descompassos presentes nas declarações e, por via reflexa, nos depoimentos testemunhais reproduzidos supra, não autorizam *per se* o benefício da dúvida. (e-STJ, fls. 2.459-2.462.)

Anote-se, em reforço ao fundamento acerca da confiabilidade dos relatos das menores, que a Junta Médica designada pelo Relator, composta pelos Drs. Antônio Mourão Cavalcante, Mônica Colares Oliveira Lima e André Férrer Carvalho, examinou as ofendidas em três dias seguidos, tendo concluído pela ausência de sinais comportamentais indicativos de subterfúgios, fantasias ou simulações (e-STJ, fls. e-STJ, 2.406 e 2.463-2.464). O exame foi acompanhado pelo assistente médico indicado pela defesa, Dr. Edenildo Lopes Fonteles, contudo, não foi impugnado.

Em suma, as declarações das vítimas e os depoimentos testemunhais são coerentes quanto ao ponto fulcral da acusação, razão pela qual se mostra totalmente inviável o acolhimento da tese de insuficiência de provas necessárias para a condenação.

Quanto às provas periciais, a defesa alega, de uma parte, o auto de exame de corpo de delito, que constatou a inexistência de ruptura do hímen. Nesse quesito, é preciso compreender que o delito em questão (estupro de vulnerável: art. 217-A do Código Penal) se perfez com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, daí a irrelevância de se certificar, na espécie, da consumação de atos sexuais. Veja-se a jurisprudência:

Agravos regimentais nos agravos em recurso especial. Estupro de vulnerável. Agravo regimental do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Reavaliação do conjunto fático-probatório. Fatos explicitamente admitidos e delineados no v. Acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*. Possibilidade. Súmula 320/STJ. Questão federal debatida em todos os votos proferidos no julgamento do recurso de apelação. Inaplicabilidade. Prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Beijos na nuca, carícias nos seios, toque na vagina sobre a roupa íntima e diretamente no órgão genital e colocação do pênis na mão da vítima. Impossibilidade de desclassificação da conduta para a contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Atos que não resvalam na simples inconveniência. Conduta de cunho sexual, altamente reprovável, grave e de explícita intenção lasciva. Delito do art. 217-A do Código Penal. Consumado. Tempo de duração da conduta criminosa. Imprestável, *per se*, à descaracterização do delito. Interpretação relativa e casuística. Clandestinidade. Característica comum ao crime de estupro. Palavra da vítima. Relevância. Agravo regimental do réu. Incompetência do juízo. Fundamento inatacado. Incidência da Súmula 283/STF. Princípio da identidade física do juiz. Férias do titular. Aplicação analógica do art. 132 do CPC. Possibilidade. Alegação de que a denúncia teria se fundado em depoimento ilegal. Incidência do Enunciado Sumular n. 518/STJ. Indeferimento perguntas da defesa e de realização de diligências. Alegado cerceamento de defesa. Análise de laudo técnico elaborado pela defesa. Necessidade de reexame de provas. Súmula 7/STJ. Ausência de indicação dos artigos de lei federal violados. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284/STF. Alegações do réu acerca da ocorrência de *mutatio libelli* e da afronta ao art. 615, § 1º, do CPP prejudicadas.

I - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a solução da *quaestio*, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Em relação às condutas praticadas pelo réu, os elementos probatórios delineados no v. acórdão increpado são suficientes à análise do pedido ministerial, exigindo, tão somente, uma reavaliação de tais elementos, o que, ao contrário, admite-se na via extraordinária.

II - Lado outro, também não se verifica a aplicação, na hipótese, da Súmula 320 desta Corte, *verbis*: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento." Isso porque a questão federal em análise diz respeito à capitulação das condutas do réu, a qual restou debatida em todos os votos proferidos no julgamento do recurso de apelação.

III - *Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (AgRg no REsp n. 1.154.806/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 21.3.2012, grifei).*

IV - *Consta do v. acórdão vergastado que o réu colocou a vítima - sua sobrinha e afilhada, com 10 anos à época dos fatos - no colo, e efetuou a seguinte sequência de atos contra a menina: beijos na nuca; carícias nos seios; passadas de mão na vagina (sobre a calcinha e também diretamente no órgão genital) e colocação do pênis na mão dela.*

V - Não se confundem tais atos com a conduta descrita contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Com efeito, tem-se que na contravenção em referência o direito protegido é o da tranquilidade pessoal, violada por atos que, embora reprováveis, não são considerados graves. Aqui o objetivo do agente é aborrecer, atormentar, irritar. O estupro de vulnerável, por sua vez, é mais abrangente, visa o resguardo, em sentido amplo, da integridade moral e sexual dos menores de 14 anos, cuja capacidade de discernimento, no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade, é reduzida.

Esta última conduta evidencia um comportamento de natureza grave da parte do agente.

VI - Ademais, de acordo com as lições de Nelson Hungria, "O ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na função sexual, deve ser manifestamente obsceno e lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência." (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, Volume VIII, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 123, grifei).

VII - *In casu*, a conduta praticada pelo réu não pode ser considerada inconveniente apenas, porquanto não se observa nela o singelo intento de violar a paz da menor, ofendê-la ou irritá-la, mas, ao revés, o que se vê é uma sequência de atos de cunho sexual, altamente reprováveis e que explicitam a intenção lasciva do recorrido, os quais ultrapassam sobremaneira o pudor médio e jamais seriam aceitos como superficiais em qualquer meio social.

VIII - Lado outro, a duração de tais condutas criminosas não interfere, necessariamente, por si só, na configuração do delito de estupro de vulnerável, porquanto, além de não ser elemento do tipo, tal interpretação é relativa e casuística. Ora, crimes sexuais podem ser perpetrados em questão de minutos

(incluindo aí a conjunção carnal), bastando que o contexto seja propício, como no caso, em que as provas constantes do v. acórdão recorrido demonstram que o crime foi praticado em sua inteireza.

IX - A ausência de testemunhas também não desconfigura o crime em análise, quase sempre praticado às escondidas. Por isso mesmo, a palavra da vítima ganha especial relevo, mormente quando coerente, sem contradições e em consonância com as demais provas colhidas nos autos, como na hipótese.

X - Em relação ao agravo regimental interposto pelo réu, aplica-se o óbice previsto no Enunciado n. 283 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal na hipótese em que o recorrente deixa de impugnar especificamente fundamento que *per se* é suficiente para manter a decisão recorrida.

XI - O princípio da identidade física do juiz não é violado na hipótese em que a substituição do titular ocorre em virtude de férias. Tal exceção é admitida pela aplicação analógica do art. 132 do Código de Processo Civil e admitida pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

XII - Aplica-se, no caso, o Enunciado Sumular n. 518/STJ: “para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recuso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula” quanto ao argumento de que a denúncia teria se fundado em depoimento ilegal, já que, para tanto, a defesa alega afronta à Resolução 33/CNJ e à Resolução 10 do Conselho Federal de Psicologia.

XIII - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita (Súmula 7/STJ). Na hipótese, o eg. Tribunal *a quo* afirmou expressamente que as perguntas da defesa indeferidas pelo juiz de primeiro de grau não tinham qualquer relação com a causa e infirmar tal assertiva implicaria o vedado exame fático-probatório.

XIV - Ademais, quanto à necessidade de realização diligência de reconstituição do fato, as instâncias ordinárias consideraram obsoleto tal procedimento. Ainda, neste item, não se apontou, de forma específica, qual dispositivo de lei federal restou malferido, atraindo, também, a aplicação da Súmula 284/STF.

XV - O eg. Tribunal *a quo* consignou que o laudo técnico elaborado pela defesa foi efetivamente analisado pelo julgador de primeiro grau e, infirmar tal assertiva, implicaria o revolvimento do material probatório dos autos.

XVI - Por fim, restam prejudicadas as alegações do réu relativas à ocorrência de *mutatio libelli*, bem como à afronta do art. 615, § 1º, do CPP, já que dizem respeito à contravenção penal, ora afastada.

Agravos regimentais do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Ministério Público Federal providos. Agravo regimental do réu desprovido.

(AgRg no AREsp 746.018/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2.6.2016, DJe 15.6.2016 - grifou-se.)

De outra parte, aduz que a perícia realizada no local do crime pelo Instituto de Criminalística do Ceará, no âmbito do processo administrativo disciplinar, atestaria que nenhum dos presentes do sítio do acusado poderia ter ouvido ou visto os eventos ocorridos no interior da casa principal. Ocorre que o laudo em tela resulta de percepções subjetivas dos peritos, não apresentando aptidão como prova desconstitutiva da condenação (cf. acórdão, e-STJ, fls. 2.482-2.484):

Prosseguindo no arrazoado último (Vol. VII - fls. 1.956-1.958), a defesa escora-se em perícia, realizada pelo Instituto de Criminalística a requerimento do acusado no processo administrativo disciplinar (Vol. VI - fls. 1.505-1.515 e 1.529-1.542), com o fito de afastar a responsabilização penal, aduzindo sobretudo revelar o laudo que porventura algo tivesse ocorrido qualquer pessoa teria escutado; logo, como as testemunhas de defesa afirmaram nada terem ouvido de extraordinário no dia fatídico, disso se haveria de concluir que os supostos crimes não ocorreram.

No entanto, é de se considerar que a prova foi produzida em 26.6.2007 - mais de 1 (um) ano e meio após os fatos delitivos -, lapso considerável após a execução dos crimes.

A esse respeito, os *experts* não atestaram que a estrutura física dos vários ambientes do imóvel periciado seja a mesma existente ao tempo do cometimento dos ilícitos, informação essencial para conferir segurança na utilização deste meio probatório. Com efeito, diante da omissão da informação em apreço por parte dos peritos não se pode assegurar que, ao longo daquele interstício, não ocorreram reformas no sítio comprometedoras das conclusões a que chegaram os especialistas.

Ademais, foram os próprios examinadores que verificaram a acústica dos diversos cômodos do sítio do incriminado, consoante se pode aferir dos seguintes trechos, entre outros:

(...)

Assim, as acuidades visual e auditiva consideradas na realização dos exames dizem respeito às características pessoais dos peritos, não levando em conta as condições particulares dos indivíduos presentes no local no dia do evento danoso, não se atentando, ainda, para a especificidade de as vítimas serem crianças e estarem amordaçadas.

Outrossim, os examinadores reportaram-se à formulação de um “raciocínio técnico-científico”, mas não apontaram qual a metodologia cientificamente válida utilizada, tampouco discriminaram quaisquer aparelhos de precisão que teriam manejado para mensurar as grandezas físicas sob exame, como som, visibilidade, comprimento etc., a revelar que as respostas aos quesitos resultam de percepções subjetivas.

Por conseguinte, ao meu sentir, mencionada prova não serve ao propósito a que se destinou.

Por fim, menciona o recorrente a sua ausência no local do crime (sítio em Guaramiranga/CE), após as 16h30 ou 17h00 do dia 23.10.2005 (data dos fatos), contradizendo a afirmação das vítimas no sentido de que haveriam sido conduzidas pelo acusado, até suas residências, pelas 21h00.

Apresenta, nesse sentido, conta de seu telefone celular, n. (85) 8868-0280 (e-STJ, fls. 156, 494 e 2.761-2.763), que atesta ligações feitas daquele aparelho às 18h15 e 18h24 e 18h25, originadas do Município de Pacatuba/CE.

Na verdade, a conta telefônica não foi apreciada pelo Tribunal de origem, nem o julgador estava obrigado a fazê-lo, porquanto fundamentou a condenação do recorrente nas provas que entendeu relevantes. Afinal, “vigora no sistema processual penal brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar” (HC 68.840/BA, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 28.4.2015, DJe 11.5.2015).

O recorrente, aliás, na oportunidade em que opôs embargos de declaração contra o acórdão, não alegou sequer a existência de omissão sobre a prova documental em questão.

Ainda que assim não fosse, a conta do celular, quando confrontada com as demais provas utilizadas no acórdão, não é apta a configurar o benefício da dúvida em favor do réu. E isto porque o telefone é móvel, ou seja, qualquer pessoa poderia utilizá-lo. Além disso, consta dos autos que as crianças chegaram no sítio às 15h00 e, mesmo que se admitisse que o réu deixou o local às 16h30 ou 17h00, haveria tempo de sobra para o cometimento dos delitos.

Em suma, as declarações das vítimas e os depoimentos testemunhais são coerentes quanto ao ponto fulcral da acusação, razão pela qual se mostra totalmente inviável o acolhimento da tese de insuficiência de provas necessárias para a condenação.

Ante o exposto, *conheço em parte* do recurso especial e, nessa extensão, *negolhe provimento*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Senhor Presidente, também quero cumprimentar o ilustre advogado e o digno Ministro Relator que, mais

uma vez, nos brindam com uma excelente sustentação oral e um brilhante voto em um tema tão delicado e difícil referente à autoria e materialidade de crime de natureza sexual.

No que tange ao aspecto processual, não tenho dúvida de que, em relação ao art. 619 do Código de Processo Penal, como bem disse o eminente Relator, incide a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao cerceamento de defesa, decorrente da atuação de dois relatores que funcionaram na ação originária, não vislumbro, igualmente, sua ocorrência. O primeiro Magistrado expediu uma decisão monocrática apenas; já o segundo Desembargador, ao invés de apreciar isoladamente o pleito de liminar, resolveu compartilhar a decisão com o colegiado. Em todos os Regimentos Internos que conheço, há previsão expressa de o Relator submeter decisões acautelatórias diretamente ao órgão julgador, podendo, ainda, decidir e submeter a decisão ao *referendum* dos demais colegas. E isso faz parte, inclusive, do próprio sentido do colegiado. O que há na hipótese é uma delegação do órgão ao desembargador relator para agir em nome da Turma/Seção/Pleno. Portanto, *data venia*, não há possibilidade de qualquer cerceamento de defesa, na medida em que a autoridade delegada devolveu à autoridade delegante, que é o colegiado, a decisão a respeito do tema. Se é assim, não há que se falar em direito ao Agravo Regimental. O próprio colegiado já exerceu, nessa hipótese, seu papel.

No que tange ao alegado cerceamento de defesa direcionado ao laudo da Psicóloga Ana Maria Barros Leal, o que se vê dos dizeres do eminente Relator é que se tratava de um *exame indireto*; portanto, não há que se cogitar de gritante ilegalidade ou teratologia o indeferimento de uma prova feita pelo juiz natural por considerar que aquela prova estaria superada por uma perícia judicial – e aí já não estou mais falando de laudo apresentado no inquérito administrativo, que teria as alegações da defesa no sentido do despreparo do *expert*, por ser executar concomitante as funções de telefonista do TJ e de psicólogo, mas temos, na realidade, um laudo judicial, feito na ação penal originária, que respeitou os princípios da ampla defesa e do contraditório, o que supera, *data venia*, toda essa discussão.

Em relação ao art. 400 do CPC/1973, o próprio eminente Relator citou precedentes da relatoria do eminente Ministro Felix Fischer e de minha relatoria também, razão pela qual dispensei qualquer comentário a esse respeito, porque a matéria está, sim, na esfera da livre convicção motivada do juiz, e,

efetivamente, nessa hipótese, houve uma decisão fundamentada no que tange ao indeferimento da prova.

Quanto ao mérito, não invoco o precedente citado pelo eminente Ministro Ribeiro Dantas, mas todos os outros precedentes de minha relatoria, que, em diversas oportunidades, reafirmaram o entendimento hoje já pacificado pela Terceira Seção, no sentido de que o estupro de vulnerável, na redação da Lei n. 12.015/2009, configura-se quando o agente mantém conjunção carnal *ou qualquer outro ato libidinoso* contra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante o consentimento da vítima, porque esse consentimento na hipótese, por isso é estupro de vulnerável, é de alguém que, na dicção da lei, presume-se vulnerável – crianças abaixo de 14 (catorze) anos.

Diz o advogado que, hoje, a criança de 10/14 anos tem um comportamento diferente da infante do século XX. Mas a lei nova e recente redefine o estupro de vulnerável na perspectiva de proteção prioritária da criança. Logo, deve o Judiciário prestigiar a lei, e é por isso que, nesse sentido, apesar da brilhante sustentação oral, reafirmo a orientação pretoriana consolidada na Terceira Seção.

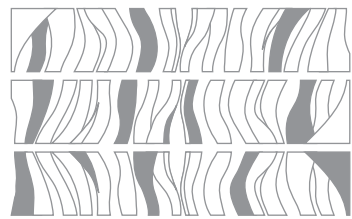
Faço, todavia, uma ressalva ao voto do eminente Min. Ribeiro Dantas para manter minha coerência como julgador. Aqui, os fatos se passaram no mundo rural, em um sítio/fazenda no Estado do Ceará, distante, sem testemunhas oculares (ambiente escondido, clandestino, etc.), com duas crianças. Ninguém da redondeza poderia ouvir qualquer ruído, consoante dizem os laudos periciais – pelo menos é o que entendi. Como bem disse o Ministro Jorge Mussi, em tais hipóteses, a jurisprudência deu quase que uma presunção *juris et de jure* à palavra da vítima (em matéria de crime sexual), exatamente em função da *clandestinidade*, em função de que esse crime é feito *às escondidas*.

Data venia, e aí a minha ressalva, diferentemente do precedente citado pelo eminente Ministro Ribeiro Dantas, no Agravo Regimental no AREsp n. 746.018/DF, em que o suposto crime fora praticado em uma sala de estar no Lago Sul de Brasília, na presença de diversas pessoas que nada ouviram ou viram. Situações inteiramente diversas.

Portanto, apenas para manter coerência, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, com essa ressalva de que a hipótese dos autos é inteiramente diversa da situação descrita nos autos do Agravo Regimental no AREsp n. 746.018/DF. O precedente citado mais se parece com o julgado proferido por esta Turma nos autos do Agravo Regimental no AREsp n. 967.591/ES, da relatoria do eminente Ministro Jorge Mussi, de 21.03.2017.

Com essas considerações, Senhor Presidente, não tenho dúvida em rejeitar as preliminares e os aspectos processuais arguidos e, no mérito, reconhecer a Súmula n. 7, como bem disse o eminente Ministro Jorge Mussi, no que tange ao estupro de vulnerável. Acompanho a conclusão do eminente Relator.

É como voto.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 362.922-PR (2016/0185346-9)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Impetrante: Paulo Adalberto Franco de Oliveira e outro

Advogado: Paulo Adalberto Franco de Oliveira e outro(s) - PR048456

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Daiane Maria dos Santos Gaino

EMENTA

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão processual. Filho em primeira infância. Proteção diferenciada à mãe. Presunção legal da necessidade de proteção e cuidados. Motivação de excepcionamento não razoável. Ilegalidade. Ordem concedida.

1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional.

2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar.

3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

4. Concedido o *habeas corpus* para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 20.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de *habeas corpus* no qual se busca a substituição da prisão preventiva por domiciliar, sob a alegativa de a paciente ser mãe de duas crianças menores de seis anos.

O acórdão hostilizado foi assim ementado (fls. 5/8):

Habeas corpus. Crime de tráfico. Decreto preventivo devidamente fundamentado. Não cabimento de prisão domiciliar. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

A paciente, *Daiane Maria dos Santos Gaino*, foi denunciada pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O parecer do Ministério Público Federal foi no sentido da concessão da ordem.

Na origem, consta do último andamento da Ação Penal n. 00002383620168160099 a conclusão para sentença em em 17.3.2017, conforme contato telefônico realizado com o Juízo de 1º Grau em 29.3.2017.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Na hipótese dos autos, quanto à substituição da prisão preventiva por domiciliar, o acórdão impugnado possui os seguintes fundamentos (fls. 7/8):

[...]. Em que pese a Procuradoria Geral de Justiça se manifestar favoravelmente ao pedido de prisão domiciliar, em razão da Paciente ser genitora de dois menores, verifica-se que não restou comprovado nos autos, que a Avó, ou qualquer outra pessoa com grau de parentesco, não teria condições de cuidar dos filhos da Paciente.

Ademais, existem forte indícios de que colocada em liberdade, a Paciente daria continuidade à atividade da traficância.

Por conseguinte, conclui-se que os fundamentos da prisão da ora Paciente restam amplamente demonstrados, inexistindo, por suposto, qualquer constrangimento ilegal na imposição da medida cautelar.[...].

A prisão domiciliar foi indeferida nos seguintes termos (fl. 55/56):

[...]. Com relação ao pedido de prisão domiciliar em favor de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar exige ainda que essa última medida seja suficiente para garantir a ordem pública. Em outras palavras, é necessário conjugar a presença dos requisitos para deferimento da prisão domiciliar, com a verificação de que essa medida basta para afastar o *periculum libertatis* que justificou a decretação da segregação cautelar. *No caso dos autos, não há dúvidas de que a requerente é mãe de duas crianças menores de seis anos de idade. Todavia, em que pese a alegação de que a filha Emanuely seria portadora de doença que demande cuidados especiais e de que o filho André Lucas ainda estaria amamentando, com relação à primeira, não restou demonstrado que a requerente é única pessoa capaz de proporcionar os cuidados de que necessita, vez que a criança hoje encontra-se sob os cuidados da avó. Ainda que a avó tenha declarado que não dispõe de condições para cuidar da neta, não se pode olvidar que tal declaração também encontra motivação no interesse de que a filha da declarante seja colocada em liberdade, motivo pelo qual não constitui prova hábil a respeito da caracterização da imprescindibilidade da requerente para cuidar dos filhos. No que diz respeito a necessidade de amamentar o filho André, além de a criança já contar com mais de seis meses de idade (tempo previsto para o gozo de licença maternidade), nada obsta que, persistindo a condição de nutriz da requerente, seja assegurado o seu direito de amamentar o filho no interior da Cadeia Pública local, independente de dia e hora de visitação. No mais, ainda que presentes os requisitos para a concessão da prisão*

domiciliar, o que, frise-se, não é o caso, mesmo assim, como bem destacado pelo Ministério Público, essa medida menos severa seria insuficiente para garantir que em liberdade, a requerente não voltasse a atentar contra a ordem pública, tendo em vista a profundidade de seu envolvimento com os delitos ora apurados. Desse modo, indefiro o pedido de prisão domiciliar formulado pela requerente Daiane.[...].

Como já adiantado no exame da liminar, integra a decisão de prisão fundamento concreto, explicitado na periculosidade da paciente, por integrar organização criminosa de tráfico de drogas, inclusive com a utilização de menor, tendo sido apreendida nas investigações grande quantidade de droga.

A substituição da custódia cautelar foi indeferida em razão de não ter sido demonstrado que é a requerente a única pessoa capaz de proporcionar cuidados às crianças, bem como diante da possibilidade de que amamentasse seu filho na cadeia pública local, considerando-se ademais ser insuficientes medidas cautelares menos gravosas para contenção de riscos à ordem pública.

Dois fundamentos convencionais, porém, exigem interpretação diversa: a proteção prioritária à criança e o diferenciado tratamento processual à mãe infratora.

A criança precisa preferencial atenção estatal, especialmente na primeira infância, como tive oportunidade de examinar em âmbito acadêmico (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade e encarceramento feminino no Brasil: a revisão necessária para um futuro de dignidade mínima às crianças filhas de mães em unidades prisionais. Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. CONPEDI: Florianópolis, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07>>. Acesso em: 08 mar 2017. ISBN: 978-85-5505-355-9, pg. 183):

Faz-se necessária, portanto, uma breve digressão sobre a doutrina da absoluta prioridade em relação à criança, objeto do estudo, constitucionalmente extraída do art. 227 da CF, colhida da Convenção sobre os Direitos da Criança, devendo-se anotar, segundo a doutrina de KREUZ (2012, pg. 64) que houve uma mudança de paradigma no que se refere à constitucionalização dos direitos das crianças e dos adolescentes, passando-se de um contexto de primazia da chamada “Doutrina da Situação Irregular” à preponderância de uma nova perspectiva, a da Doutrina da Proteção Integral, estimulada pela agenda das Nações Unidas.

Nas Nações Unidas a doutrina da proteção integral é expressada por diversos instrumentos normativos internacionais, como a Declaração Universal

dos Direitos do Homem (1948), a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança (1989), as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing) (1985), as Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da Delinquência Juvenil (1990) e as Regras Mínimas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade (1989), entre outros.

É o reconhecimento de que ao lado, e talvez acima, dos interesses na persecução criminal eficiente e protetora da sociedade, também é de suprema importância a atenção aos interesses atingidos de crianças e adolescentes.

Outra preocupação mundial é o crescente encarceramento feminino, notadamente em razão da natalidade (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade..., pg. 187):

... diante do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, entre 2000 a 2014 a população feminina nos presídios aumentou 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%. É tendência mundial, que incita ao debate sobre o encarceramento feminino.

As Regras de Bangkok foram aprovadas, no ano 2010, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (VENTURA, 2015, pp. 607/619), fixando a preocupação da comunidade internacional com os direitos humanos relativos à maternidade, à família e à saúde (inclusive sexual e reprodutiva) das mulheres e dos seus filhos nos presídios, e estabelecendo, ainda, uma proposta de responsabilização dos Estados em caso de negligência na implementação de leis e políticas públicas de proteção e promoção dos direitos humanos das encarceradas e de seus filhos. É norma afirmativa de princípios e valores fundamentais da humanidade, em resposta a um quadro de políticas públicas e legislações internas que se apresentavam como obstáculo a essas garantias.

Embora não possua o grau de vinculabilidade de um Tratado, trata-se de norma cuja aceitação é feita de forma consensual entre os Estados signatários, assim admitindo o Brasil que se submete às regras por ele admitidas.

Nessa linha orientativa é que vieram as Regras de Bangkok, o principal marco normativo internacional de tratamento das mulheres presas, a orientar medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

No Brasil, o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) normatizou o diferenciado tratamento cautelar à gestante e à mulher com filhos até doze anos, ou pai (quando único responsável pela criança) - nova redação dada ao art. 318, IV, V e VI, do Código de Processo Penal.

Na condição de gestante e de mãe de criança, nenhum requisito é legalmente exigido, afora a prova dessa condição. No caso do pai de criança, é exigida a prova de ser o único responsável pelos cuidados da criança.

Assim, incorpora-se como novo critério geral a concessão da prisão domiciliar em proteção da gestação ou da criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação), cabendo ao magistrado justificar a excepcionalidade - situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional:

É a adoção de um novo padrão comportamental, de parte das instituições públicas, no sentido de aplicar a essas condenadas penas alternativas ou menos gravosas, em especial quando se tratar de prisão cautelar, atendendo-se, assim, à sistemática dos ordenamentos jurídicos na contemporaneidade, fundada na primazia da garantia dos Direitos Humanos (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade..., pg. 189).

Examinando a *decisão judicial atacada*, vê-se como descabida a discussão de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois condição legalmente presumida, e não devidamente justificada a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. Ao contrário, consta dos autos que a paciente é mãe de dois filhos menores, nascidos nos anos de 2011 e 2015 (fls. 19/20), de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção da primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal. Nesse sentido: HC 357.541/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15.12.2016, DJe 10.02.2017 e RHC 68.500/RS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 02.02.2017, DJe 09.02.2017).

Ante o exposto, voto por conceder *habeas corpus* para fixar a prisão domiciliar à paciente, *Daiane Maria dos Santos Gaino*, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas.

HABEAS CORPUS N. 364.785-PE (2016/0199099-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relator para o acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior
Impetrante: Amanda de Brito Fonseca e outros
Advogado: Amanda de Brito Fonseca e outro(s) - PE033974
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Paciente: Jacinto Monteiro Dias
Paciente: Maria Del Pilar Nogueiras Dias

EMENTA

Habeas corpus. Sentença. Nulidade. Cerceamento de defesa. Colaboração premiada. Prova não disponibilizada à defesa. Ordem concedida.

1. Não é válida a sentença que considera, mesmo que ao lado de outras provas, prova que não foi submetida ao contraditório, que não pode ser criticada, contestada, respondida e contraditada pela defesa.

2. Ordem concedida para anular o feito desde a juntada aos autos da prova sonogada (colaboração premiada de corrêu), de modo que seja dada oportunidade à defesa para sobre ela se manifestar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro, por maioria, conceder o *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Relatora. Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Jacinto Monteiro Dias* e *Maria Del Pilar Nogueiras Dias*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Criminal n. 10.741-PE).

Ressuma dos autos que, após as investigações ocorridas na Operação Câmbio, os pacientes foram condenados, juntamente com outros, na data de 31.10.2012, por infração ao disposto no art. 16 e art. 22, *caput*, e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986; art. 1º, incisos VI e VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 e artigo 288 do Código Penal, à pena total de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 6.300 (seis mil e trezentos) dias-multa, quanto à Jacinto; e de 16 (dezesesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 1.920 (hum mil, novecentos e vinte) dias-multa, relativamente à Maria. Foi-lhes facultado o recurso em liberdade (Processo n. 0026319-19.2004.4.05.8300, da 4ª Vara Federal Criminal de Recife/PE) - fls. 329/363.

Inconformada com o édito condenatório, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pelo Tribunal de origem, na data de 31.3.2016, apenas para declarar extinta a punibilidade quanto aos crimes previstos no artigo 16 da Lei n. 7.492/1986 e artigo 288 do Código Penal, em virtude da ocorrência da prescrição retroativa. Eis a ementa do aresto (fls. 618/634):

Penal e Processual Penal. Alegações de nulidade. Prescrição retroativa não consumada em face da presença de recurso ministerial. Inépcia da denúncia não configurada. Uso das informações da delação premiada. Apelantes que tomaram conhecimento do depoimento. Nulidade por uso de provas ilícitas inexistente. Sentença que desconsiderou as provas eivadas de ilicitude, inclusive por derivação. Desentranhamento dos autos. Sentença fundamentada unicamente em provas independentes. Ata da audiência que prova a presença do advogado do réu no interrogatório. Indeferimento pelo juiz dos pedidos de realização de perguntas aos corréus e da concessão da palavra à defesa nas oitivas de testemunhas em audiência. Possibilidade. Nulidade em face do indeferimento das testemunhas de defesa sob o fundamento de desistência tácita. Inocorrência. Ausência de nulidade do processo, em face da citação por edital de réu com endereço definido no exterior. Inocorrência de violação ao disposto no art. 564, III, 'e' do CPP pela decretação da revelia e da falta de intimação para oferecimento da defesa prévia. Ausência de nulidade pelo uso

de prova emprestada. Declaração de intempestividade da peça apresentada nos termos do art. 499, do CPP. Possibilidade. Rejeição de todas as preliminares. Crime contra o sistema financeiro. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro, quadrilha ou bando. Arts. 16 e 22 (*caput* e parágrafo único), da Lei n. 7.492/1986; art. 1º, VI e VII, § 1º, II, § 2º, II, e § 4º, da Lei n. 9.613/1998; c/c arts. 288, 69 e 71, do Código Penal. Empresa de turismo que realizava operações financeiras e de câmbio não autorizadas pelo BACEN. Uso de contas cc-5 e de mulas com numerário oculto em meios e malas para remessa de numerário não declarados às autoridades competentes ao exterior. Autoria e materialidade delitivas comprovadas em provas independentes. Dosimetria da pena. Maioria dos requisitos do art. 59 do CP desfavoráveis aos réus. Possibilidade de aplicação das penas privativa de liberdade acima do mínimo legal. Maus antecedentes. Aplicação da Súmula n. 444, do STJ. Diminuição da pena de lavagem de dinheiro pela retirada do aumento referente á organização criminosa. Redução das penas-bases de dois réus e daqueles condenados pelo crime de lavagem de dinheiro. Elevação da pena pela incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º da Lei n. 9.613/1998. Inaplicabilidade da continuidade delitiva para evitar 'bis in idem'. Penas de multa aplicadas de acordo com a situação econômica dos réus. Extinção da punibilidade pela prescrição retroativa não configurada relação a parte dos delitos, após o trânsito em julgado para o Ministério Público Federal.

1. Exame das preliminares. Impossibilidade de declaração imediata da extinção da punibilidade pela consumação da prescrição retroativa enquanto não se verificar o trânsito em julgado para a acusação, conforme dispõe o art. 110, *caput*, § 1º, do Código Penal. Em face da Apelação interposta pelo MPF, com os pedidos de condenação dos Réus absolvidos e de aumento das penas dos demais Réus, incabível a declaração da extinção da punibilidade em face da prescrição retroativa.

2. Inépcia da denúncia. Inicial acusatória que, em 72 (setenta e duas) laudas descreveu a conduta dos Apelantes, de forma a possibilitar que eles se defendam dos fatos a eles imputados, com defensor constituído, comparecendo a todos os atos processuais, apresentando o recurso cabível, de forma que não há prejuízo ao Princípio do Contraditório e, por consequência, nenhuma nulidade.

3. Não obstante a Lei n. 12.850/2013 dispor que, recebida a denúncia, o teor do acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso, preservada apenas a identidade do colaborador, a delação premiada de Corréu nos presentes autos foi celebrada na vigência da Lei n. 9.807/1999, que, em seu inciso VIII do art. 7º, 'sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida'.

4. A lei nova não pode retroagir para alterar os termos do acordo de colaboração celebrado na vigência da norma anterior. Ressalte-se que as condições segundo as provas são admitidas em juízo são reguladas pelas leis vigentes ao tempo em que ela foi realizada, mesmo que elas não venham a ser amparadas pela norma mais moderna concernente ao assunto.

5. Réu delator que, por vontade própria, acostou aos autos os documentos e testemunhos relativos à delação premiada, além de ter reiterado as informações em seus interrogatórios e depoimentos judiciais a que os Corréus tiveram pleno acesso, de forma que eles tomaram conhecimento de seus depoimentos.

6. Há também cópias dos depoimentos do delator prestados no Inquérito Policial, às quais todos os Apelantes tiveram acesso, no qual ele relata toda a atividade da organização criminosa, afirmando, entre outras alegações, que reconhece as transações que fez em fevereiro/2000 a abril/2001, nas quais aparecem os nomes de vários Corréus, e das operações de dólar-cabo realizadas entre os doleiros, além de ter sido ouvido em juízo como testemunha, com todos os deveres inerentes a essa qualidade, tendo os outros Apelantes tido acesso ao seu depoimento prestado em Juízo neste processo, e o fato de ser beneficiado por delação premiada em outro processo não torna suspeito e inválido o seu depoimento.

7. Sentença que não se fundamentou apenas no depoimento do Corréu na delação premiada, mas sim nas afirmações dele prestadas no inquérito policial e em Juízo, além das demais provas que corroboraram as informações privilegiadas fornecidas por ele, todas estas submetidas ao crivo do contraditório e de conhecimento dos Corréus, não havendo nulidade da sentença.

8. Provas documentais decorrentes de Operação da Polícia Federal com autorização do Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco julgadas ilícitas. Exclusão da prova determinada pelas decisões proferidas nos HC's n. 2.184/PE e HC n. 51.856/PE, do STJ, que declararam a nulidade das provas obtidas com a busca e apreensão realizadas na empresa Norte Câmbio; no HC n. 3.336/PE, deste Tribunal, que declarou a nulidade das provas decorrentes das prorrogações das interceptações telefônicas e, por fim, no HC n. 96.056/PE do STF, que decretou a nulidade da quebra dos sigilos bancário fiscal e telefônico dos Apelantes.

9. A sentença, observando o disposto no art. 573, § 2º, do CP, indicou e determinou as provas deveriam ser desconsideradas na formação do convencimento do Juízo, com o devido desentranhamento, mantendo apenas as provas independentes da referida Operação, que não estão contaminadas pela ilicitude, inclusive por derivação.

10. Ausência de nulidade do processo por deficiência de representação legal Ata da audiência que comprova a presença do advogado constituído pelo Réu em seu interrogatório e no curso do processo.

11. Possibilidade de indeferimento do pedido de realização de perguntas aos corréus em audiência. Mesmo com a alteração do art. 188 do CPP pela Lei n. 10.792/2003, que transformou o interrogatório judicial em meio de produção de prova a necessitar do contraditório e da presença de advogado, não se possibilita a sujeição do interrogado a perguntas formuladas pelo advogado de seu corréu, embora haja a possibilidade de fazê-lo, pois restou mantida sua qualidade de instrumento de autodefesa.

12. Ausência de cerceamento da defesa do Apelante em razão da negativa do pedido de seu advogado para questionar o interrogado, especialmente quando possível a realização de diligência para contradizer as alegações prestadas (art. 402 do CPP) ou infirmar qualquer depoimento antes da prolação da sentença, nas alegações finais. Precedentes do eg. STJ.

13. Possibilidade de indeferimento da concessão da palavra à defesa nas oitivas de testemunhas dos Corréus. O MM. Juiz possibilitou às partes a indagação de perguntas com relação às testemunhas dos Corréus, restringindo os questionamentos apenas quanto aos pontos em que lhes pudessem comprometer ou que lhes mencionassem. Já as perguntas que não tinham correlação com as alegações de seus constituintes foram indeferidas, porque seriam meramente protelatórias.

14. Defesa dos Réus que não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo resultante do indeferimento das perguntas às testemunhas dos Corréus, tendo se limitado a alegar a ausência de impedimento legal para o pedido e que o indeferimento teria decorrido de subjetividade do Juiz responsável pela instrução à época dos fatos, que teria 'relações complicadas' com os advogados e demais operadores do Direito. O fato de o Réu ser condenado não significa ter experimentado dano por conta do referido indeferimento, especialmente quando a sentença fundamentou-se no amplo acervo probatório existente na ação penal.

15. Ausente a resposta dos advogados do Réu acerca da ordem judicial que possibilitou ao Réu a substituição das testemunhas ou a dispensa delas, caso meramente abonatórias do caráter e da personalidade dos Réus, foi considerada a desistência do ato, pois cabia a ela reiterar o pedido de oitiva das testemunhas indicadas, restando preclusa a matéria por falta de insurgência contra a referida decisão na época própria, sem que a defesa tenha reiterado o pedido da oitiva, indicação de novas testemunhas ou o ajuizamento do recurso cabível.

16. Prova dos autos que indica que os Réus, apesar de residirem em Lisboa, Portugal, requereram citação por rogatória em endereço na Flórida, nos EUA, onde não residiam, não podendo alegar nulidade a que deram causa, visto que deveriam ter mantido seu endereço atualizado durante o procedimento investigatório e não o fizeram, no sentido de se ocultar.

17. Julgador que, para prevenir eventual nulidade, findou por determinar a citação pessoal para interrogatório no endereço em Portugal, em face da existência de acordo entre o Brasil e a República Portuguesa, porém mesmo com a intimação pessoal os Réus não responderam a ação penal ou compareceram ao interrogatório.

18. Ausência de prejuízo à defesa com a realização da citação editalícia, especialmente quando o objetivo do ato foi alcançado, ou seja, os Réus tiveram ciência da existência de uma acusação formal apresentada em juízo, chamando-o para integrar a relação processual e possibilitando-lhe o exercício das suas garantias constitucionais, direito que foi exercido, visto que constituiu

advogados não só para apresentar defesa, como também para pedir a liberação dos passaportes, impetrar 'habeas corpus', e várias outras providências, não havendo, portanto qualquer nulidade.

19. A citação por edital foi corretamente realizada, com o comparecimento dos Réus ao processo, fora dos quinze dias previstos no edital, não havendo ilegalidade na decretação da revelia.

20. A orientação firmada pelo Col. Supremo Tribunal Federal é a de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo, nos termos do art. 563, do CPP.

21. Possibilidade do uso de prova emprestada para a condenação. Advogados dos Corréus que impetraram, com sucesso, 'Habeas Corpus' para ter acesso aos Inquéritos e demais documentos relativos aos delitos que lhe eram imputados, nos quais constavam as declarações do Corréu que teve o processo desmembrado, de forma que não podem alegar desconhecer o teor das declarações dele. Além disso, as declarações do Corréu não foram as únicas provas nas quais se baseou a sentença para a condenação dos Réus, de forma que não há nulidade neste ponto.

22. Configurada a intempestividade das alegações finais apresentadas pela defesa de dois Réus nos termos do art. 499, do CPP. A intimação das partes para os fins do art. 499 do Código de Processo Penal (diligências finais), não seria obrigatória. O art. 501, com relação à apresentação da referida peça processual, afirma que os prazos para o oferecimento correrão em cartório, independentemente de intimação, salvo em relação ao Ministério Público.

23. Réus intimados para os fins do art. 499, do CPP, na audiência, tendo conhecimento da deflagração do início da fluência. Argumento de nulidade da sentença pela ausência de intimação pessoal que perde força quando a metade dos Réus apresentou a peça por parte dos Réus, no prazo legal. A outra metade deixou de observar o prazo legal, não podendo requerer anômalo 'chamamento de feito à ordem' para justificar o próprio atraso.

24. Tendo a defesa dos Réus sido devidamente cientificada e intimada da abertura do prazo do art. 499 do CPP e deixou escoar em branco o prazo legal, por responsabilidade exclusiva sua, incabível a reabertura ou nulidade do feito.

25. Mérito. Empresa *Norte Câmbio Turismo Ltda.*, constituída em 1991, com atividade preponderante indicada em seus atos constitutivos a de turismo e como atividade somente subsidiária a de compra e venda de moedas (câmbio manual) A partir de 1993 obteve autorização do BACEN para operar em caráter precário no mercado de câmbio de taxas flutuantes - METARF, com limite operacional diário de U\$200.000,00 (duzentos mil dólares), a partir do qual precisaria o excesso ser vendido a bancos ou operadoras credenciadas e registradas no SISBACEN.

26. Constatação de que a empresa operava na prática, também, com operações de dólar-cabo (*Wire Transfer Request*) e saídas do País de numerário em espécie

por meio de pessoas conhecidas como 'mulas', fazendo da atividade que deveria ser secundária (câmbio) a sua atividade principal e valendo-se de um sistema paralelo de contabilidade (no Brasil e no Exterior) e câmbio (operações não registradas no SISBACEN, tornando praticamente impossível a fiscalização por parte do BACEN), para captação de recursos dos clientes e remessa respectiva para empresas e bancos no exterior.

27. Empresa que tinha clientes interessados em remeter divisas ao exterior ou interná-las, seja para pagamento de importações ou exportações sub ou superfaturadas, na evasão de desvios de recursos públicos e também na lavagem de capitais oriundos de atividades criminosas outras e, para realizar estas atividades, visando às transferências de numerários pelo sistema dólar-cabo, os gestores da *Norte Câmbio* mantinham contas e subcontas no exterior, junto à conta denominada *Bacon Hill Service Corporation*, mantida no Banco *J. P. Morgan Chase* em Nova Iorque.

28. Apelantes que, nos anos de 1999 a 2001, usaram contas bancárias abertas em nomes de interpostas pessoas físicas ou jurídicas ('laranjas'), para captar os valores a serem remetidos ilicitamente para fora do País, para tanto realizando-se vários depósitos nessas contas por funcionários da empresa *Norte Câmbio* e diversas transferências por meio de cheques ou DOCs entre elas, às vezes também saques altos em espécie sem identificação do recebedor. Utilizavam-se, ainda, do expediente de remeter para o Exterior numerário em espécie por meio de pessoas conhecidas como 'mulas', que viajavam com o dinheiro em malas; noutras, preso ao corpo dos viajantes, mediante coletes ou meios.

29. Condutas delituosas que viabilizavam a lavagem de capital ilícito auferido pelos clientes da *Norte Câmbio*, cobrando-lhes juros e taxas por isso, assim como ocultavam também a origem ilícita dos recursos movimentados pela empresa do ou para o exterior, aplicando parte desse lucro em negócios paralelos não lucrativos (como filial não lucrativa da *Norte Câmbio*, restaurantes, lojas de conveniência, importadoras, construtora, etc.) para dar aparência de legalidade a todos os negócios da empresa.

30. Sentença que absolveu parte dos Réus pelos crimes previstos nos arts. 11, 16 e 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986; art. 1º, § 2º, II, e 4º, da Lei n. 7.613/1998, c/c o art. 288, e 71, do CP, fundamentando-se na ausência de provas válidas da materialidade e da autoria delitivas, e condenou o restante pelos delitos dos arts. 16 e 22 (*caput* e parágrafo único), da Lei n. 7.492/1986; art. 1º, VI e VII, § 1º, II, § 2º, II, e § 4º, da Lei n. 9.613/1998; c/c arts. 288, 69 e 71, do Código Penal.

31. Apelação Ministerial que requer a condenação dos Réus absolvidos, fundamentando-se na existência de provas independentes da materialidade e da autoria delitivas, bem como o aumento das penas privativas de liberdade e de multa dos Réus condenados, rejeitando a possibilidade de aplicação das sanções em patamar próximo ao mínimo legal.

32. Réus que deixaram de ser condenados nas penas dos crimes previstos nos arts. 11, 16 e 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986; art. 1º, VI e VII, 4º, da Lei n. 7.613/1998, c/c o art. 288, e 69, e 71, do CP, ora com fundamento na ausência de provas de sua participação nas atividades delitivas, ora com base em que as provas existentes foram declaradas como ilícitas, inclusive por derivação, por decisões judiciais, e desentranhadas dos autos, de forma que não podem ser utilizadas como fundamento para condenação sob pena de nulidade absoluta. Absoluções mantidas.

33. Rejeitadas as preliminares de nulidade do processo, concentram-se os recursos dos Réus em pedidos de absolvição em face da ausência de provas da autoria e da materialidade delitivas e de redução das penas privativas de liberdade e de multa ao mínimo legal.

34. Sentença que considerou desfavoráveis os antecedentes de *J. D. e L. C. H.* por terem eles inquiridos e processos criminais em andamento em seu desfavor, violando o disposto na Súmula n. 444, do STJ, sendo suficiente uma redução da pena-base em 06 (seis) meses. Por outro lado, os antecedentes de *E. G. J.* foram efetivamente desfavoráveis, porque ele tem uma condenação contra si já transitada em julgado, de forma que correta a sentença ao considerar maus os seus antecedentes.

35. Condutas sociais de *J. D. e M. P. N. D.* considerados em seu desfavor não em face da existência de processos em andamento, mas porque eles mudaram de endereço sem comunicação ao Juízo, mesmo cientes da existência de várias ações penais em trâmite, prejudicando o regular trâmite dos processos e a futura aplicação da lei penal, visto que se mudaram do Brasil para os EUA e depois para Portugal buscando suas impunidades, o que, de certa forma, demonstraram almejar, além de terem realizado diversas viagens internacionais ao Brasil por outros motivos que não o de comparecerem aos atos processuais deste feito, deixando voluntariamente de colaborar com a Justiça Brasileira.

36. Também *J. D.*, e apenas ele, teve sua personalidade considerada desfavorável porque, na qualidade de proprietário de vários negócios lícitos no Brasil (empresariais e comerciais), com situação financeira invejável, a ponto de garantir sua residência permanente nos EUA e em Portugal, ainda assim procurou a prática delitiva para aumentar seus ganhos, sempre crente em sua pretendida impunidade, visando ao lucro pessoal.

37. Apenas os Apelantes condenados pelo crime previsto no art. 1º, VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 (lavagem de dinheiro) fazem jus a uma redução de pena de 06 (seis) meses, visto que a pena-base foi indevidamente elevada por ter sido o delito praticado por organização criminosa, quando, na verdade, referido conceito como delito apenas foi introduzido como crime antecedente à lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico com a entrada em vigor da Lei n. 12.850/2013 e os fatos ocorreram entre 1999 a 2001, sendo incabível a criminalização da conduta constante do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 (com redação anterior à Lei n. 12.683/2012).

38. Apelante *E.G.J.*, beneficiário da delação premiada, foi absolvido da prática do crime previsto no art. 1º, VI e VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, porque, de acordo com a denúncia, as suas atividades na empresa ocorreram até 27.11.1997, e a Lei n. 9.613/1998, que criminalizou o referido delito, apenas entrou em vigor no dia 03.03.1998. Em face da irretroatividade da lei penal, ele deve ser absolvido do crime previsto no art. 1º, VI e VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, restando prejudicadas as alegações relativas à autoria e à materialidade delitivas.

39. Manutenção das condenações de 08 (oito) meses de reclusão pelo delito do art. 16 da Lei n. 7.492/1986; 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/1986; e 08 (oito) meses de reclusão pelo delito do art. 288 do CP.

40. Impossibilidade de redução da fração da delação premiada em 2/3 (dois terços). Contribuição sopesada na fração de 1/3 (um terço), não havendo fundamentos para a redução da fração de 2/3, porque apesar de sua contribuição à Justiça ter sido usada na sentença, esta também usou como para identificação e condenação dos Corréus todas as demais provas existentes dos autos, especialmente as independentes, sendo a fração de 1/3 (um terço) compatível com as informações apresentadas na delação.

41. Em face da absolvição pelo crime previsto no art. 1º, VI e VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, o delator teve de forma indireta uma redução em sua pena de multa, com a exclusão da quantidade de 180 (cento e oitenta) dias-multa. Resta o pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, divididas em 60 (sessenta) dias-multas pelo delito do art. 16 da Lei n. 7.492/1986 e 90 (noventa) dias-multas pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/1986; sendo o valor do dia-multa fixado em 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantido em face da ausência de prova de impossibilidade de condições socioeconômicas para o pagamento de multas e custas processuais sem prejuízo para o sustento do Apenado.

42. Apelante *M. E. C. M.* gerente da filial da Norte Câmbio do Shopping Center Recife. Além das informações do delator, seu próprio interrogatório e a prova testemunhal atestam que ele no período compreendido entre 1999 e 2001, fez a empresa funcionar como efetiva instituição financeira sem autorização do BACEN tendo conhecimentos técnicos para tal, porque foi funcionário de confiança na ANACOR, empresa de câmbio que, exatamente depois de descredenciada pelo BACEN, foi sucedida pela *Norte Câmbio*, realizando atividades de câmbio fora dos limites autorizados pelo BACEN, bem como promovendo a evasão de divisas do território nacional sem autorização da autoridade competente, seja por meio de sistema dólar-cabo seja por meio de 'mulas' humanas, seja, ainda, mantendo no exterior, sem declaração à Receita Federal ou ao BACEN numerário expressivo depositado na subconta *Recife*, de forma que deve ser mantida sua condenação nos crimes dos arts. 16 e 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986 (estes últimos em continuidade delitiva - art. 71 do CP), art. 1º, VI e VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, c/c art. 288 e 69 do CP.

43. Redução da pena de M. E. C. M. apenas com relação ao crime de lavagem de dinheiro, ficando a pena em: 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão pelo delito do art. 16 da Lei n. 7.492/1986; 05 (cinco) anos de reclusão pelo crime do art. 22, *caput* e parágrafo único da Lei n. 7.492/1986; 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão pelo delito do art. 1º, VI, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 e 01 (um) ano e 06 (seis) meses pelo delito do art. 288 do CP.

44. Ré *M. I. de O. V.* que teve comprovada sua mera condição de empregada na empresa CN Factoring, desconhecendo que prestava serviços para uma firma de fachada operada pela Norte Câmbio para a movimentação de dinheiro para o exterior, tendo posteriormente passado a prestar serviços diretos à Norte Câmbio e autorizado os patrões a movimentar sua conta corrente para não perder o emprego, assinando cheques em branco, não tendo ciência das quantias movimentadas por eles.

45. Cessão de seu nome e contas para os verdadeiros donos da empresa, praticando atos decorrentes de sua qualidade de funcionária, porque necessitava do emprego para sua subsistência, visto que há provas de que ganhava apenas R\$ 800,00 (oitocentos reais), sem outros sinais exteriores de riqueza, não havendo o liame subjetivo que a qualifique como integrante de uma quadrilha. Absolvição do delito previsto no art. 288, do CP, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

46. Manutenção do crime do art. 1º, VI, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, porque, com dolo eventual, e na qualidade de 'procuradora da *C N Factoring*', fazia parte do terceiro escalão da empresa, junto com os funcionários subalternos que cediam suas contas e nomes para a firma e ressaltando a reiteração de condutas, de 1999 a 2001.

47. Redução da pena do crime de lavagem de dinheiro em 06 (seis) meses, pela retirada do inciso referente à organização criminosa, com relação a *M. I. de O. V.*, e aumento da pena na fração de 1/3 (um terço) em face de sua participação de menor importância, ficando a pena dela em 03 anos e 04 meses de reclusão pelo delito do art. 1º, VI e VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, tornada definitiva e substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem indicadas pelo Juízo das Execuções Penais.

48. Pena de multa reduzida, a fim de que guarde consonância com a pena privativa de liberdade, de 210 (duzentos e dez) dias-multas para 180 (cento e oitenta) dias-multas pelo delito do art. 1º, VI § 4º, da Lei n. 9.613/1998, com a diminuição do valor do dia-multa para 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, nos termos do art. 49, § 1º, do CP.

49. Provas da materialidade e da autoria delitiva quanto à *M. J. N. M. Relatório do Bacen* n. DIRET/2003-795, que atesta sua condição de sócia da *Norte Câmbio* de 20.09.1999 a 23.07.2001, tendo assinado vários boletos de compra e de venda de moeda estrangeira representando a empresa, inclusive quando não era mais sua sócia, tendo movimentado créditos no valor de R\$ 1.463.891,39 (um milhão, quatrocentos e sessenta e três mil, oitocentos e noventa e um reais e trinta e

nove centavos), tendo sido também detida em operação policial estrangeira e independente das brasileiras, no aeroporto de Bruxelas, com passagens reservadas em seu nome e custeadas pela empresa *Norte Câmbio*, portando o valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) em moeda estrangeira não declarada, confirmando às autoridades que o numerário pertencia efetivamente à *Norte Câmbio* e que já realizara semelhantes viagens, com os mesmos propósitos, duas outras vezes.

50. Condenação de *M. J. N. D.* Exclusão da pena pelo crime de lavagem de dinheiro, ante a não comprovação da autoria delitiva (art. 1º, VI e VII, § 4º, da Lei n. 9.613/1998). Pena privativa de liberdade fixada em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP), dividida em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte inicial, da Lei n. 7.492/1986 e 01 (um) ano de reclusão pelo delito do art. 288 do CP. Pena de multa reduzida para 100 (cem) dias-multa, cada um deles no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigentes ao tempo da última conduta criminosa (2001), devidamente atualizado monetariamente até a data da execução do julgado.

51. *J. A. N. M.* Confirmação da participação no delito pelo Relatório do BACEN que atesta o empréstimo de seu nome e contas para a empresa *Norte Câmbio*, tendo, no período de outubro de 1999 e fevereiro de 2000, movimentado o montante de R\$ 2.040.962,74, valor não declarado às autoridades competentes, além de ter servido como 'mula' para levar consigo dinheiro ilícito da *Norte Câmbio* ao exterior, como foi confirmado em prova testemunhal, com inserido na quadrilha, estando constantemente a serviço da *Norte Câmbio*, seja inserção plena na quadrilha, evadindo divisas e lavando ativos.

52. Condenação de *J. A. N. M.* à pena definitiva de 08 (oito) anos e 01 (um) mês de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, a, do CP), divididos em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte inicial, da Lei n. 7.492/1986; 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão pelo delito do art. 1º, VI, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 e 01 (um) ano de reclusão pelo delito do art. 288 do CP e pena de multa reduzida de 360 (trezentos e sessenta) para 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, cada um deles no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo.

53. Apelante *C. A. P. O.* Relatório de Pesquisa e Investigação n. RC 028/PE, da Secretaria da Receita Federal, datado de setembro de 2001, atesta sua condição de sócio da empresa *Norte Câmbio* nos anos de 1992 a 1997, trabalhando efetivamente como procurador da subconta *Recife* mantida junto ao Banco *J P Morgan Chase* em Nova Iorque, por meio das quais era operacionalizada a remessa ilegal de divisas ao exterior pelo sistema dólar-cabo. Individualização do numerário evadido e das pessoas que teriam sido beneficiadas, bem como as operações supostamente realizadas via operações de dólar cabo (CC-5) indicadas no dito Relatório.

54. Condenação a 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/1986 e 120 (cento e vinte) dias-multas, cada um deles no 1/3 (um terço) do salário mínimo. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, conforme determinado na sentença.

55. E. C. Prova dos autos que atestam que o Apelante servia de 'mula' humana para levar consigo dinheiro ilícito da *Norte Câmbio* ao exterior, apesar de supostamente trabalhar com turismo, atividade que a empresa raramente exerceu, como foi confirmado pela prova testemunhal.

56. Permanência da pena de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP), divididas em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte inicial, da Lei n. 7.492/1986 e 01 (um) ano de reclusão pelo delito do art. 288 do CP e pena de multa em 150 (cento e cinquenta) dias-multa, cada um deles no valor de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo.

57. A. T. M. N. Apelante que também agia como 'mula' de dinheiro, tendo sido deito no Aeroporto de Bruxelas em operação policial da Bélgica de forma independente das brasileiras, transportando em suas meias um numerário não declarado às autoridades, que ele confirmou pertencer à Empresa Norte Câmbio, atuando constantemente a serviço da empresa para evadir divisas e lavar dinheiro.

58. Pena definitiva de A.T. M. N. fixada em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do CP), pena dividida em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte inicial, da Lei n. 7.492/1986 e 01 (um) ano de reclusão pelo delito do art. 288 do CP, além da pena de multa no valor de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, cada um deles no valor de 1/2 (metade) do salário mínimo.

59. J. M. D., responsável de fato e de direito pelas atividades da empresa Norte Câmbio e M. D. P. N. D.. Condenação pelo crime do art. 16, da Lei n. 7.492/1986, porque a simples captação de recursos pecuniários de terceiros já caracteriza atividade privativa de instituição financeira, restando provado nos autos que a empresa também concedia empréstimos, cobrando remuneração e juros, dos clientes, além de realizar atividades de câmbio fora dos limites autorizados pelo BACEN.

60. A autorização do BACEN concedida à empresa para realizar operações de câmbio limitava-se a U\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares), a partir do qual precisaria o excesso ser vendido a bancos ou operadoras credenciadas e registradas no SISBACEN. Prova nos autos que ele operou com valores muito superiores aos quais estava autorizado, operando na prática com operações de dólar-cabo (*Wire Transfer Request*) e saídas do País de numerário em espécie por meio de pessoas conhecidas como 'mulas', sem comunicação ao BACEN.

61. Consumação do crime previsto no art. 22, *caput*, e também no parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986. Apelantes que, além de realizar operações de câmbio não autorizadas para remeter valores ao Exterior sem declará-los à Receita ou ao BACEN também promoveram a saída de moeda para o Exterior através das 'mulas', que transportavam dinheiro oculto em meias e malas, sem declará-los à repartição federal competente, perfazendo duas condutas típicas de forma independente (a prevista no *caput* e a constante do parágrafo único). Inaplicabilidade do princípio da consunção.

62. Prova da existência não de um crime plurissubjetivo, em que há mais de duas pessoas que se reúnem para a prática de crimes, mas uma verdadeira quadrilha ou bando, nos termos do art. 288, do CP, na qual os Apelantes, em reunião estável e permanente, reuniram-se em sociedade para determinado fim, havendo uma vinculação sólida, quanto à estrutura, e durável, quanto ao tempo (que não significa perpetuidade), tendo em vista que todos os Apelantes tornaram-se sócios ou trabalharam, em momentos diversos, na empresa Norte Câmbio no período de 1991 a 2003.

63. Pena-base de *J. M. D.* reduzida em 01 (um) ano, em face da consideração de seus antecedentes como favoráveis e da retirada do aumento referente à organização criminosa como crime antecedente para a penalização da lavagem de dinheiro, ficando em 02 (dois) anos de reclusão pelo delito do art. 16 da Lei n. 7.492/1986; 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão pelo crime do art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986; 09 (nove) anos de reclusão pelo delito do art. 1º, VI, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 e 02 (dois) anos de reclusão pelo delito do art. 288 do CP e 710 (setecentos e dez) dias-multa, cada um deles no valor de 07 (sete) salários mínimos.

64. A pena de *M. D. P. N. D.*, que teve seus antecedentes como favoráveis foi reduzida em apenas 06 (seis) meses devido à retirada do aumento referente à organização criminosa como crime antecedente para a penalização da lavagem de dinheiro, sendo tornada definitiva em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão pelo delito do art. 16 da Lei n. 7.492/1986; 05 (cinco) anos de reclusão pelo crime do art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986; 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão pelo delito do art. 1º, VI, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 e 01 (um) ano e 06 (seis) meses pelo delito do art. 288 do CP, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, a, do CP), e pena de multa arbitrada em 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, cada um deles no valor de 03 (três) salários mínimos.

65. *L. C. M. H.* Prova material e testemunhal que atesta que o Apelante viajava constantemente para o Exterior para servir de 'mula' para a *Norte Câmbio*, tendo sido flagrado uma vez, confirmando ele próprio que o dinheiro pertencia a outra pessoa e as reservas das passagens e o pagamento destas foram realizadas pela *Norte Câmbio*, especialmente quando havia o voo direto Recife-Bruxelas, de onde o dinheiro era remetido para a Alemanha.

66. Condenação definitiva de *L. C. M. H.* em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP), divididos em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pelo crime do art. 22, parágrafo único, parte inicial, da Lei n. 7.492/1986 e 01 (um) ano de reclusão pelo delito do art. 288 do CP e pena de multa fixada em 150 (cento e cinquenta) dias-multa, cada um deles no valor de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo.

67. Rejeição do pedido de majoração das penas dos Réus condenados formulado pelo Ministério Público Federal, porque, quando da análise das Apelações dos Réus, foi constatado que as penas-bases foram fixadas em patamar superior ao mínimo legal, em face da presença de diversas circunstâncias desfavoráveis entre as 08 (oito) previstas no art. 59, do CP, com relação a cada um dos Réus, e que a causa de aumento de pena aplicável à espécie o foi em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços) pela prática delitiva em grande período de tempo (1991 a 2003), ao passo que a causa de diminuição de pena incidiu no percentual mínimo legal (1/3 – um terço).

68. Declaração da extinção da punibilidade pela consumação da prescrição retroativa quanto a *J. D., M. D. P. N. D. e M. E. C. M.*, com relação aos delitos previstos no art. 16 da Lei n. 7.492/1986 e art. 288 do CP, para os quais foram aplicadas penas iguais ou inferiores a 02 (dois) anos de reclusão, portanto, apenas estes dois delitos se encontram prescritos, pois entre a data do recebimento da denúncia (10.12.2004) e da sentença (31.10.2012) transcorreram mais de quatro anos, mantendo-se as condenações pelos delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

69. Apelação do Ministério Público Federal improvida. Recurso de *E. G. J.* provido em parte, pela absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 1º, VI, § 4º, da Lei n. 9.613/1998. Recurso de *M. J. N. M* provido em parte, apenas para absolvê-la do crime previsto no art. 1º, VI, 4º, da Lei n. 9.613/1998. Apelação de *M. I. de O. V.*, para excluir a prática do crime do art. 288, do CP, nos termos do art. 386, VII, do CPP e para diminuir a fração do causa de aumento de 2/3 (dois terços) para 1/3 (um terço), e dou provimento, em parte, à Apelação dos demais Réus apenas para reduzir-lhes as penas privativas de liberdade e de multas.

Opostos embargos de declaração, restaram acolhidos a fim de que fossem juntadas as notas taquigráficas do julgamento, “momento porque o referido *decisum* se deu em três datas e não havia nos autos as notas referentes às discussões dos dias 17.12.2015 e 10.2.2016” (fl. 13).

Novéis aclaratórios foram apresentados, cujo julgamento encontra-se pendente.

Daí o presente *mandamus*, no qual sustentam os impetrantes que, “diante do julgamento do Apelo pelo Tribunal *a quo* e, ainda, considerando o atual

posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, os Pacientes encontram-se na iminência de terem contra si expedidos mandados de prisão, por condenação que futuramente seria alterada por este próprio Tribunal em sede de Recurso Especial” (fl. 13).

Asseveram que os acusados foram condenados “com base em delação premiada sigilosa, a qual não foi submetida ao contraditório e somente foi acostada aos autos da ação penal após a apresentação das razões finais de defesa dos pacientes e imediatamente antes da prolação da sentença condenatória”, na qual o magistrado “utilizou-se de diversos trechos do conteúdo da aludida delação para fundamentar a condenação dos Pacientes, como se extrai da simples leitura daquela peça” (fl. 13).

Consignam que a delação premiada foi colhida em outro feito, cujo “acesso foi negado pelo magistrado *a quo*, em decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região” (fl. 14).

Argumentam que “o acesso ao conteúdo da delação premiada em comento somente foi disponibilizado após a apresentação das alegações finais dos Pacientes, e somente porque o acusado delator, por conta própria, trouxe aos autos os documentos e testemunhos relativos à colaboração, visto que o Juízo *a quo* negou os pleitos defensivos para disponibilizar tais elementos de prova” (fl. 15).

Defendem que “já tramitava em ‘apenso sigiloso’, junto aos autos, todos os depoimentos colhidos na referida delação” (fl. 15), ao quais a defesa nunca tivera acesso.

Salientam que “nem mesmo a juntada extemporânea dos referidos depoimentos socorreu à defesa: como as alegações finais do delator foi apresentada intempestivamente e quase 06 (seis) meses após as alegações finais dos Pacientes, a defesa dos Pacientes só veio a ter conhecimento do referido conteúdo após a prolação de sentença condenatória, a qual, pasme, faz uso constante daqueles dados para justificar a condenação” (fl. 15).

Enaltecem ser evidente a ameaça de constrangimento ilegal com a iminência da execução provisória da pena, em feito pautado por franca violação da lei.

Alegam a ocorrência de cerceamento de defesa.

Pontuam que, como o “referido acordo estava sendo mantido em absoluto sigilo, a defesa aguardou o final da instrução e, não sendo indicado pelo *Parquet*

nenhum documento, depoimento ou informação prestada pelo Sr. Edmundo Gurgel Jr., requereu do Juízo *a quo* o acesso às informações prestadas pelo corréu, para que fossem submetidas ao contraditório” (fl. 16).

Destacam que, não obstante o indeferimento do juiz, o próprio Ministério Público juntou aos autos o termo do acordo e os documentos. Contudo, o magistrado determinou o desentranhamento da documentação, dada a desnecessidade da defesa acessar o material; culminando por prolatar sentença condenatória calcada em provas das quais a defesa não teve acesso e não pode contrariar.

Invocam os brocardos do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e o enunciado n. 14 da Súmula Vinculante.

Obtemperam que “não se está questionando o caráter sigiloso do acordo de delação premiada, cujos termos e condições interessam ao colaborador, ao órgão acusatório e ao Juízo” (fl. 29).

Sublinham que, “se as declarações do delator podem ser utilizadas como prova contra outros réus delatados, é fundamental que eles tenham acesso ao seu conteúdo e possam se manifestar oportunamente” e “entender pela manutenção de sigilo do conteúdo da delação nestes casos equivaleria a admitir a possibilidade de condenação com base em ‘prova secreta’, isto é. divorciada das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (fl. 29).

Registram que “os Pacientes apresentaram suas alegações finais em 12.03.2010 (...), enquanto Edmundo Gurgel apenas apresentou sua defesa final em 03.08.2010 (...), ou seja, quase 06 (seis) meses depois” (fl. 27), ou seja, a defesa dos pacientes não teve acesso ao teor da delação previamente.

Requerem, liminarmente, seja decretada “a impossibilidade de a eg. 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região determinar a execução provisória da pena dos Pacientes nos autos da ACR 10.741/PE, até o julgamento do presente *writ*” (fl. 28). No mérito, pretendem seja cassado o acórdão vergastado no tocante à condenação dos pacientes com fundamento em prova não submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Subsidiariamente, pugna que, “considerando a plausibilidade do futuro êxito no recurso a ser interposto para reforma do *decisum* nesta Corte Superior, seja decretada a impossibilidade de a eg. 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região determinar a execução provisória da pena imposta aos Pacientes no tocante à condenação pelos artigos 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986 e art. 1º, VI, § 4º, da Lei n. 9.613/1998” (fl. 29).

A liminar foi indeferida, consoante decisão de fls. 676/690, e o Ministério Público Federal opinou pela não concessão da ordem, em parecer assim sumariado (fls. 901/902):

Habeas corpus. Substitutivo de recurso especial Inadmissibilidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Crime contra o sistema financeiro. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Quadrilha ou bando. Art. 22 (*caput* e parágrafo único), da Lei n. 7.492/1986; art. 1º, VI e VII § 1º, II § 2º, II e § 4º, da Lei n. 9.613/1998. Sentença condenatória confirmada pelo Tribunal. Futuro mandado de prisão. Constrangimento ilegal não evidenciado. Delação premiada. Alegação de cerceamento de defesa. Inexistência. Vício não constatado. Discricionariedade motivada. Reexame de prova. Incidência da Súmula 7 do STJ.

A hipótese é de não conhecimento do pedido, porquanto, *data venia*, o impetrante está utilizando o *habeas corpus* como sucedâneo de recurso especial.

A mais Alta Corte, no que é seguida por esse Augusto Superior Tribunal de Justiça, assentou, por maioria, em julgamento ocorrido em 17 de fevereiro de 2016 - *Habeas Corpus* n. 126.292/SP - que o início da execução da pena, após a confirmação da sentença em Segundo Grau. Não constitui ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Tal entendimento revela a superação do precedente firmado no julgamento do *Habeas Corpus* tf 84.078/MG, que condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. O Tribunal de origem considerou não haver cerceamento de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório na decisão que manteve o sigilo da delação premiada, uma vez que foi celebrado na vigência da Lei n. 9.807/1999, que previa o sigilo do acordo de colaboração premiada.

Por outro lado, não há falar em cerceamento quando o depoimento pertinente está disponível à Defesa dos acusados. Conforme bem ressaltaram as instâncias ordinárias, a defesa teve pleno conhecimento da prova decorrente da colaboração premiada prestada.

Outrossim, a sentença condenatória pautou-se em outros meios de prova para assegurar a autoria delitiva, norteando-se o julgador pela discricionariedade motivada.

Para rever a conclusão proferida pela Corte Regional acerca da referida nulidade, seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado na via eleita, consoante a Súmula 7/STJ. Parecer pelo não conhecimento da impetração e pela não concessão da ordem de ofício.

Registre-se, por fim, que em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal a quo dele consta que o procedimento em segundo grau de jurisdição aguarda o

juízo de vários embargos de declaração opostos por vários apelantes, não havendo, ainda, data designada para tal fim.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão toda em discussão está na assertiva de que o Juiz de primeiro grau utilizou a delação premiada para o fim de condenar os pacientes, delação essa que a defesa não teve acesso no curso da instrução.

Por sua vez, da leitura do acórdão proferido no julgamento da apelação, às fls. 501/634, impende destacar que a controvérsia foi suscitada por inúmeros apelantes, dentre os quais os ora pacientes, mas o que mais surpreende é o fato de que outras tantas nulidades foram levantadas no apelo e, no entanto, a defesa pinçou uma única. Talvez tencione discutir cada uma delas de modo fatiado por meio de procedimentos heroicos e, além disso, veicular a discussão no âmbito da via extraordinária.

Nesse contexto, a transcrição de parte do relatório do acórdão impugnado facilita a compreensão da controvérsia. Ei-la (fls. 520/522):

Apelam ainda Jacinto Monteiro Dias e Maria Del Pilar Nogueiras Dias, alegando como preliminares as seguintes nulidades:

a) do processo, com a necessidade de chamamento do feito à ordem para anular os atos desde a citação editalícia, determinando-se a expedição de carta rogatória para a citação deles e o prosseguimento do feito, com aplicação do rito previsto na Lei n. 11.719/2008, salientando que eles sempre tiveram endereço certo, ora na Flórida/EUA, ao tempo do IPL, ora em Portugal, à época da ação penal;

b) da ação, nos termos do art. 564, III, do CPP, em face da decretação da revelia indevida e da falta de intimação da defesa para oferecimento da defesa preliminar, momento adequado para o requerimento de provas testemunhas e diligências;

c) da sentença porque respaldada em prova ilícita, salientando que eles foram indicados como autores do delito por Eberhard Zaizer, que foi processado em autos separados, aos quais eles não tiveram acesso para formular defesa, mas cujo depoimento fora utilizado para a condenação deles;

d) da sentença pelo uso de prova ilícita por derivação, lastreadas nas escutas telefônicas e buscas e apreensões anuladas;

e) da sentença, em face da alegada intempestividade da peça apresentada nos termos do art. 499, do CPP;

f) da sentença, em face da utilização para a condenação dos Relatórios RC 028/PE/SRF e BACEN DIRET/2013-795, provas ilegais por derivação, porque teriam sido elaborados com base na documentação obtida com a busca e apreensão considerada ilegal;

g) da sentença, pela utilização de depoimento colhido sob a égide da delação premiada cujo conhecimento do teor foi negado à defesa.

No mérito, requerem a absolvição quanto ao crime do art. 16, da Lei n. 7.492/1986, em face da ausência de descrição típica da conduta dos réus; da falta de indicação e de provas de quais atos próprios de instituição financeira eles teriam realizado; a atipicidade da conduta, porque eles têm autorização do BACEN para operação de câmbio à época dos fatos, No tocante ao crime do art. 22, da Lei n. 7.492/1986, sustentam a inépcia da denúncia por ausência de indicação da norma complementar à mencionada norma penal em branco; a atipicidade da conduta por ausência de indicação do elemento objetivo relativo à operação de câmbio; a impossibilidade de imputação concomitante quanto às condutas do descritas no *caput* e no parágrafo único, aplicando-se o princípio da consunção e ausência de provas da descrição dos elementos que conduzem à conduta típica.

Referente ao art. 288, do CP, afirmam a ausência de descrição e da participação dos Requerentes na conduta típica; ausência de prova da materialidade delitiva; ausência de distinção entre as figuras de concurso de pessoas e de crime plurissubjetivo.

Por fim, pedem a redução da pena ao mínimo legal, excluindo-se as causas de aumento, agravantes e a continuidade delitiva - fls. 8.237/8.333.

Como dito, foram, em princípio, seis foram as nulidades sugeridas, mas o tema proposto por este *habeas corpus* cinge-se exclusivamente à alegação de que o Juízo Singular utilizou-se do depoimento colhido em sede de delação premiada como prova da condenação.

A título de menção, a aludida delação premiada refere-se ao corréu Edmundo Gurgel e na sentença foi inicialmente indicada no item 76, *vebis* (fl. 337):

76. Em quinto e último lugar, será feita referência em várias passagens desta sentença a acordo de delação premiada realizado entre o MPF e o réu *Edmundo Gurgel Júnior*, autuado sob o n. 2005.83.00.013806-8, já homologado pelo Juízo (fl. 04 de referidos autos), seja para comprovação de materialidade delitiva, seja para comprovação de autoria de alguns réus.

77. Apesar disso, não é demais referir o que já consignado na decisão exarada naquele feito, às fls. 156/157, nos seguintes termos:

“Os demais corréus, entretanto, não têm direito a ter acesso a esse acordo, que é homologado pelo Juiz e na garantia do próprio corréu colaborador. O teor das informações, no momento do procedimento da ação penal, seja pelo depoimento do corréu colaborador como testemunha, ou pelos fatos narrados, que foram decorrentes do acordo de delação premiada, estes sim são objeto do crivo do contraditório e da ampla defesa - como já o foram, já que as informações foram repisadas na ação penal. Então, aquilo que foi informado no acordo é que interessa à sociedade”.

78. Com efeito, as declarações do corréu colaborador, isoladamente consideradas, não têm qualquer eficácia. Elas precisam ser corroboradas por outros meios de prova colhidos na fase investigativa e na instrução processual e, nesta última, como acima fundamentado, as informações privilegiadas, passadas pelo réu colaborador, foram submetidas ao contraditório, na medida em que exploradas nas perguntas feitas aos depoentes.

79. Não é demais realçar que os depoimentos prestados no acordo de delação premiada pelo corréu colaborador o foram nas datas de 24.08.2004 e 08.09.2004, ao passo que as primeiras oitivas da instrução processual tiveram início em fevereiro de 2005 (interrogatório da ré *Maria Jasmin Noguez Mazier*, fls. 1.740/1.743 do volume 6 da ACR).

80. Assim sendo, os autos de n. 2005.83.00.013806-8 permanecem arquivados com baixa, sem acesso aos demais corréus e vinculado a esta ação criminal. E, no que for pertinente, serão transcritos os trechos de depoimentos do corréu colaborador que interessam a este feito, justificando-se, ao final, a redução de pena a que ele fará jus.

81. Não há outras preliminares a serem enfrentadas, razão pela qual passo ao exame do *meritum causae*.

Antes que se possam extrair conclusões precipitadas, diga-se que o MM. Juiz sentenciante expôs a partir do item 87 da sua decisão qual seria a base de convencimento da condenação, inclusive anotando quais as provas desconsideradas por decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, cabendo colacionar os tópicos específicos em relação aos pacientes, senão vejamos (fls. 338 e 340):

90. Ocorre que algumas outras provas documentais de alguns fatos narrados na denúncia restaram hígdas.

Do Relatório de Pesquisa e Investigação n. RC 028/PE, da Secretaria da Receita Federal

91. Primeiramente, o *Relatório de Pesquisa e Investigação* n. RC 028/PE, da Secretaria da Receita Federal, datado de setembro de 2001 - fls. 543/552 do volume 2 da ACR - não está abrangido pelas decisões cujas nulidades foram declaradas nos HC, porque confeccionado antes da prolação daquelas, delas não guardando qualquer derivação.

92. Referido Relatório encerrou investigação da Receita Federal motivada por denúncia dirigida ao seu Secretário, sobre a manutenção, pelo acusado *Jacinto Monteiro Dias*, de casa de câmbio nesta cidade, por ele dirigida por intermédio de "laranjas" e à margem da lei.

93. Segundo o Relatório, "empresas de turismo podem ser credenciadas para exercerem atividade de câmbio, desde que estas não sejam suas atividades preponderantes"; todavia, "a julgar pelos fatos, não há outra atividade desenvolvida pela Norte Câmbio Turismo, senão a financeira. Observamos em nossas diligências que, se houver alguma atividade turística...a Norte Câmbio, esta é feita de forma residual ou terceirizada, isto é, são outras agências de turismo que atuam junto à Norte Câmbio Turismo Ltda, para que esta fique desempenhando sua exclusiva atividade de troca de moeda". Acrescenta que "Panfletos distribuídos nas ruas do Recife, pela empresa, falam por si, conforme imagem inserida abaixo. Observe-se que não há qualquer menção à atividade de turismo" (fl. 459 do volume 2 da ACR).

94. Prosseguiu o relatório informando que, a despeito de a empresa possuir uma matriz e sete filiais, "os dados apresentados na DIRPJ são inexpressivos, a saber": (fl. 460 do volume 2 da ACR)

1998 1999 2000 Lucro bruto 3.048,62 22.510,30 11.562,48 Lucro real (30.779,61)
19.580,00 (13.446,64) Imposto de renda 0,00 2.937,00 0,00

95. Ainda atestou o Relatório que um dos sócios da *Norte Câmbio*, formalmente falando, seria *Maria Del Pilar Nogueiras Dias*, com quem *Jacinto Monteiro Dias* vive maritalmente, tendo ela apresentado nos anos de 1997 a 1999 DIRPF com rendimentos insignificantes e tendo figurado como omissa nessa apresentação nos anos de 2000 e 2001, muito embora se tenha checado aumento patrimonial considerável de sua parte, justificado pela contribuinte, quando o fazia, com o recebimento de dólares do exterior (fls. 461/462 do volume 2 da ACR).

96. Ainda que o foco da Receita Federal fosse identificar eventuais ilícitos tributários, que não estão sendo objeto desta ação criminal, os dados acima trazidos à colação confirmam ao menos em parte fatos descritos na denúncia.

97. Também alguns depoimentos colhidos demonstram que a *Norte Câmbio* tinha como atividade principal a de câmbio fora dos limites autorizados pelo BACEN, sendo apenas subsidiária a sua atividade de empresa de turismo, *verbis*: Depoimento de Eberhard Zaiser - Fls. 77/82 do volume 1 da ACR.

"(...); Que a partir de 1998, realizou atividades de câmbio na Alemanha através da empresa *Zaizer GmbH Finanzdienst Leistungsintitut*; Que a empresa de exportação

do declarante se chama *Laser Guibtt*; (...) *Que*, a partir do ano de 1994, começou a realizar negócios com o Brasil na área de exportação e de informática; *Que*, nesta área, faz negócios com a *Jampa Importação*, que pertence ao Sr. *Pedro Inácio Pessoa Xavier*; *Que* os seus negócios com a empresa *Jampa* eram sempre feitos em grande quantidade; *Que* com a *Jampa* fez negócios de 1999-2001, sempre tratando diretamente com o Sr. *Pedro Inácio Pessoa Xavier* e com o Sr. *Roberto Dantas*; *Que* o Sr. *Roberto Dantas* foi colocado na empresa *Jampa* por *Jacinto Dias*, não sabendo por que motivos, mas que este não tinha poder de fazer compras em nome da empresa; (...) *Que* o pagamento destas importações foi feito uma parte pela empresa *Norte-Câmbio* e a outra parte era feita através de transferência via Banco do Brasil; *Que* todos os pagamentos efetuados pela empresa *Norte-Câmbio* eram feitos diretamente ao declarante na Alemanha em todos os tipos de moedas; *Que* as pessoas que lhe entregavam o dinheiro do pagamento por estes negócios na Alemanha eram funcionários da *Norte-Câmbio*, tais como *Emerson* que possui olhos verdes, *Arthur Tillmann*, *Maria Jasmin*, *Luiz Carlos Lins Mendes de Holanda*; *Que* estes pagamentos eram efetuados também diretamente por *Maria Del Pilar Nogueiras Dias* e *Jacinto Monteiro Dias*; *Que* *Pedro Inácio Pessoa Xavier* também entregou ao declarante dinheiro em espécie na Alemanha para efetuar o pagamento destas operações; (...) O pagamento de todas estas transações sempre foi efetuado pela *Norte-Câmbio*; (...) *Que* o pagamento das mercadorias importadas pelo grupo de *Licínio Dias* era feito, em grande parte, pela própria empresa de *Licínio Dias*, e outra parte, pela *Norte-Câmbio*; *Que* durante o período em que tratou com a *Norte-Câmbio*, é possível que o volume de negócios que eram realizados através de pagamentos diretos pela aquisição de mercadorias importadas, em especial pagamentos de material de informática, por parte da *Norte-Câmbio* superou a casa de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares); (...) *Que* já remeteu mercadorias diretamente para a *Jampa* e que fez negócios com a *Creative*; *Que* a *Creative Informática* era a "mesma coisa" que a *Jampa*, pois as duas eram administradas por *Pedro Inácio*; (...) *Que* acredita que seus negócios com a *Tech New* e com a *Jampa* foram volumosos e ultrapassaram a casa de US\$ 1.000.000,00, entre computadores e, principalmente, peças de informática; (...) funcionários da *Norte-Câmbio* chegavam com as moedas estrangeiras e "travellers checks" em "malas" ou tais moedas eram remetidas via postal; (...) *Que*, com o passar do tempo, a empresa *Norte-Câmbio* contraiu uma dívida com o declarante, não paga, que totaliza mais de US\$ 500.000,00, sem computar adiantamentos da empresa do declarante a fim de capitalizar a *Norte-Câmbio*; *Que* este débito vem desde 2001, quando as empresas deixaram de operar entre si; *Que* este débito, no entanto, jamais foi pago pela *Norte-Câmbio*, não sabendo o declarante quais os motivos; (...) *Que*, na área do câmbio, todos os negócios feitos pelo declarante eram feitos com *Jacinto Dias*, através de *Jacinto Dias*; (...) *Que* a conta de *Blackstone Universal Corp* e da *Amtrade* são contas pertencentes a *Jacinto Dias* e que o declarante fez depósitos na mesma; (...) *Que* sabe que *Jacinto Dias* movimentou muito dinheiro em Miami/EUA, através das atividades de câmbio; (...) *Que*, a exemplo do depoente, tem certeza que *Eberhard Zaizer* também foi usado por

Jacinto Dias e o seu grupo; Que Eberhard Zaizer sempre atendeu Jacinto Dias, socorrendo-lhe quando este precisava; Que a dívida de Jacinto Dias com Eberhard Zaizer, seguramente, ultrapassa US\$ 1.000.000,00 e que também por outros; Que já realizou pequenos negócios de câmbio com o Sr. Manuel Eleutério Cal Munos, o Sr. Manolo; Que o Sr. Manolo era sócio de Jacinto Dias e tinha uma participação independente na empresa de Norte-Câmbio; Que existia também uma conta Norte-Câmbio e também uma conta específica da Norte-Câmbio para Manolo com a empresa do declarante; (...) Que Luiz Carlos Mendes de Holanda é esposo de Sônia e fez viagens para levar dinheiro ao declarante a mando de Jacinto Dias; Que já fez no passado negócios de câmbio com Edmundo Gurgel Júnior e Carlos Alberto Guimarães Padilha, quando trabalhavam com Jacinto Dias; (...)."

Termo de ouvida de testemunha (Via Precatória) – Pedro Inácio Pessoa Xavier (às fls. 2.077/2.082, Vol. 07 da Ação Penal)

"(...)que fez o seguinte contrato com Jacinto Dias, proprietário da empresa "Norte Câmbio", dando ele depoente como garantia, o imóvel do depoente situado nesta cidade na Av. D. Pedro II, n. 964, e Jacinto Dias emprestava a ele gradativamente (...) à medida que ia precisando de dinheiro, era sendo-lhe entregue dito dinheiro por Jacinto, e o depoente pagava a importância em dólar em real, e havia mês de haver acréscimo de 15 (quinze) por cento por conta da desvalorização da moeda; que chegou a sacar até 200 mil dólares; que ele depoente continuava sempre "nas mãos" de Jacinto Dias, pois o que ganhava de lucro em sua empresa, ele depoente acabava passando a Jacinto, em face dos juros elevados; (...); que o contrato acima mencionado, com Jacinto Dias, foi apenas um acordo verbal, não tendo ele depoente alienado juridicamente o bem, e o dito imóvel até já foi vendido por ele depoente; (...); que sabe que em 2001 e 2002, Jacinto Dias tinha contas em bancos dos Estados Unidos, onde movimentou em seis meses, cerca de U\$300.000.000,00 (trezentos milhões de dólares); que muitas pessoas em Recife que queiram fazer transferências em paraísos fiscais, os faziam com ele Jacinto Dias; (...); Que a empresa "Jampa" era da irmã e da mãe dele depoente; que o método de operação da remessa de dinheiro feita por Jacinto Dias era da seguinte forma: quando haviam pessoas querendo se preservar e não serem descobertas abriam contas de "off shore" em paraísos fiscais e mesmo nos Estados Unidos, e Jacinto enviava remessas e o colocava como remetente quem ele bem quisesse, como foi o caso da empresa "Jampa", da mãe do depoente; que a empresa Norte Câmbio de Jacinto Dias também explorava turismo; (...); que Juan Andrés é irmão de Jazmin e de Maria Del Pilar, e o mesmo costumava levar dinheiro para os estados Unidos, era uma espécie de "mula" da empresa de Jacinto; (...); que o negócio dele depoente com Jacinto, em face do acordo celebrado e acima já esclarecido, o depoente não recebia moeda, mas sim mercadoria, pois o próprio Jacinto pagava as mercadorias compradas fora do país, e que ele depoente declarava toda a mercadoria advinda pelas compras de Jacinto para a empresa dele em João Pessoa, à Receita Federal, pagando todos os tributos; que era o depoente quem comprava mercadorias no exterior, mas era

Jacinto quem as pagava; que era ele próprio depoente quem fazia operações de câmbio, mas a efetivação do pagamento era feita por Jacinto Dias; que algumas operações eram feitas através do Banco Central, e outras via cabo; (...)"

Termo de depoimento de fls. Pedro Inácio Pessoa Xavier, fls. 1.020/1.028 do volume 4 da ACR

"(...) criou também a *Jampa Importação e Importação*; (...) *Que*, naquela época quem administrava, de fato, a *Jampa* era o depoente; *Que*, depois de conhecer *Jacinto Dias* e saber que o mesmo trabalhava com dólar, contraiu junto a este um empréstimo no valor de US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares); *QUE* esse dinheiro lhe foi passado diretamente por *Jacinto Dias Monteiro*, dando o depoente em garantia a *Jacinto Dias* o seu imóvel situado na Av. D. Pedro II, 962, Centro, João Pessoa-PB, tendo o depoente assinado um Termo de Responsabilidade comprometendo-se a transferir este prédio; *Que*, posteriormente, este prédio foi transferido para a Sra. *Maria Del Pilar Nogueiras Dias*; *Que*, por este empréstimo, *Jacinto Dias* cobrou entre 0,2 a 0,3 por dia, que dava em torno de 11% ao mês; *Que*, o empréstimo dado por *Jacinto Monteiro Dias*, serviu na compra de material de informática da empresa *Jampa* do depoente; *Que* o pagamento dessa dívida se dava de forma diária, à medida que o depoente ia vendendo as mercadorias; *Que*, no caso, *Jacinto Dias* tinha crédito no exterior para pagar dentro de 30 (trinta) dias e que era ele quem efetuava estes pagamentos; *Que* a dívida do depoente era controlada inteiramente por *Jacinto Dias*; (...)"

Termo de ouvida de testemunha - Rildo de Albuquerque César (às fls. 2.063/2.065, Vol. 07 da Ação Penal)

"(...); que foi contratado por Jacinto, que era quem administrava a empresa na época; que quando de seu ingresso, a atividade primordial da empresa era compra e venda de moeda; (...)"

98. Não é demais realçar que, em acordo de delação premiada, o corrêu colaborador *Edmundo Gurgel Júnior* afirmou:

"(...) que a *Norte Câmbio*, assim como toda casa de câmbio em geral, funciona com uma parte oficial, onde são informadas todas as operações ao BACEN, e que existe também uma parte extra-oficial, na qual estão inseridos os clientes que não querem que tais operações sejam registradas no órgão oficial; que também existem casas de câmbio que deixam de comunicar, por interesse próprio, ao BACEN estas informações, sendo o caso da *Norte Câmbio*; (...); que *Jacinto* captava dinheiro de clientes e comprava moedas pouco atrativas para então remetê-las, também em espécie, para *Eberhard*; (...)" - depoimento colhido em 24.08.2004, fls. 16/20 do feito sigiloso de n. 2005.83.00.013806-8. "(...); que o depoente poderia estimar que, no período em que esteve participando da administração da *Norte Câmbio*, o volume de negociações mensais que eram feitas paralelamente, sem o registro no BACEN, era em torno de US\$500.000,00 (quinhentos mil reais) mensais; (...)" - Depoimento colhido em 08.09.2004, fls. 22/29 do feito sigiloso de n. 2005.83.00.013806-8.

99. Assim sendo, considero comprovado que a *Norte Câmbio* tinha como atividade principal a de câmbio fora dos limites autorizados pelo BACEN, sendo apenas subsidiária a sua atividade de empresa de turismo.

Ademais, concedia empréstimos com cobrança de juros.

100. Por conseguinte, a *Norte Câmbio* atuava como verdadeira instituição financeira, a despeito de não possuir autorização para tanto, infringindo os seus responsáveis o disposto no art. 16 da Lei n. 7.492/1986 (...)

Feitas essas colações, não me parece sensato ilustrar o entendimento do voto com toda a sequência de provas indicada na sentença, mas o fato é que o magistrado sentenciante foi muito minudente em apresentar os elementos de convicção no tocante a todos os eventos penais.

Sem dúvida, a partir do item 102 da sentença vários outras provas foram indicadas, tais como, relatórios de órgãos de fiscalização, documentos fiscais, bancários e outros, depoimentos de testemunhas, interrogatórios etc, tudo para embasar a conclusão condenatória.

Além disso, o MM. Juiz faz referência, quando em vez, a trecho da questionada delação, mas não como prova única ou mais importante, mas apenas para o fim de erigir uma linha de conexão com os fatos delituosos imputados aos pacientes.

Nesse contexto, é preciso entender que, mesmo considerando eventual desconhecimento da delação premiada por parte da defesa, a condenação sobreveio de um conjunto robusto de provas e não se deveu exclusivamente ao depoimento prestado em sede de delação pelo corrêu, que, por sinal, também foi ouvido em juízo, sob o crivo do contraditório, e não disse nada diferente daquilo que constou das suas declarações sigilosas.

Note-se, portanto, que a condenação dos réus está baseada em muitos outros elementos de prova colhidos da instrução que não só os termos da delação premiada, o que a alegação de nulidade dependente da existência de prejuízo.

Sem dúvida, as diretrizes expostas nos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal remete-nos à velha fórmula *pas de nullité sans grief* segundo a qual nenhuma nulidade será declarada sem que haja a demonstração efetiva de prejuízo no transcurso do processo.

A tese defensiva de que houve cerceamento pelo fato de a delação não ter sido conhecida na fase de instrução não se sobrepõe, por si só, à evidente

constatação de que muitos outros elementos de convicção existentes nos autos alicerçam a decisão do Juízo de primeiro grau e consubstanciam a imputação delitiva.

Este foi, ademais, o entendimento do Tribunal *a quo*, o qual acrescentou circunstâncias importantes do andamento da causa que não foram aludidas na sentença, se não vejamos (fls. 525/526):

Desta forma não havia ilegalidade na manutenção de sigilo da delação premiada de Edmundo Gurgel, com relação aos Corrêus.

Além disso, ressalte-se que o próprio Edmundo Gurgel, por vontade própria, acostou aos autos os documentos e testemunhos relativos à delação premiada, de forma que os Corrêus tomaram conhecimento de seus depoimentos.

Há também os depoimentos de Edmundo Gurgel, prestados no Inquérito Policial, no qual ele foi inquirido (21.09.2004) e reinquirido (03.11.2004), ao qual todos os Apelantes tiveram acesso às informações, no qual ele relata toda a atividade da organização criminosa, afirmando, entre outras alegações, que reconhece as transações que fez em fevereiro/2000 a abril/2001, nas quais aparecem os nomes de Maria Izabel de Oliveira Veras e Manuel Eleutério Cal Muinhos; que Jacinto Dias era o responsável pela empresa Norte Câmbio; que operações de dólar-cabo eram comuns entre os doleiros, bem como pode apresentar provas de que Jacinto e Zaiser estão vinculados entre si - fls. 6.158/6.159 e 6.172, Vol. 22.

Além disso, Edmundo Gurgel foi ouvido em juízo como testemunha, com todos os deveres inerentes a essa qualidade, tendo os outros Apelantes tido acesso ao seu depoimento prestado em Juízo neste processo, e o fato de ser beneficiado por delação premiada em outro processo não torna suspeito e inválido o seu depoimento.

Ao contrário, para ser beneficiado pela delação teve justamente que dizer a verdade sobre o que sabia, descortinando os fatos que terceiros queiram omitir. Assim, vislumbro válidas as suas assertivas e com relevante valor probatório na instrução, mas ressalto não ser a única prova levantada nos autos.

Por fim, ressalte-se que a sentença não se fundamentou apenas em seu depoimento, mas sim nas demais provas que corroboraram as informações privilegiadas fornecidas por ele, todas estas submetidas ao crivo do contraditório, não havendo nulidade da sentença neste ponto.

Nem se pode argumentar que não se deu vista aos outros Réus acerca das alegações finais de Edmundo Gurgel. Além de não haver previsão legal de acerca da concessão de vista aos Corrêus de cada alegação final apresentada, poderiam os Apelantes ter diligenciado pela vista dos autos antes da prolação da sentença, de forma a tomar conhecimento das alegações dos Corrêus, não tendo havido nulidade por cerceamento de defesa.

A jurisprudência do STF e do STJ vem destacando o valor probatório das delações premiadas, desde que não seja o único elemento de prova dos autos (STF, HC n. 75.226; STJ, HC n. 11.240 e 17.276). No presente caso além de o depoimento de Edmundo não ter sido tomado como delação premiada e sim como testemunho, ainda que assim não o fosse, há nos autos outros elementos de prova que aliados ao depoimento do mesmo são suficientes a formar o convencimento dessa magistrada.

Consoante se depreende, o julgamento não só afirma que há outras provas para a condenação, como assim se conclui com a mera verificação da sentença, que tem expresso arrimo em material fático-probatório diverso da delação premiada, motivo pelo qual a alegação da defesa não tem condições de elidir nesta via de índole mandamental e restrita a conclusão condenatória.

Nesse sentido, o entendimento desta Corte é absolutamente tranquilo, conforme informam os precedentes:

Criminal. HC. Roubo qualificado. Nulidade. Invasão de domicílio. Não-configuração. Ingresso consentido. Provas ilícitas. Condenação embasada em outras provas. Nulidade não-verificada. Inexistência de prejuízo. Recurso desprovido.

Comprovado, no auto de prisão em flagrante, que o ingresso dos policiais na residência do paciente foi permitido por sua esposa, moradora do imóvel, não há como se acolher alegação de invasão de domicílio. Precedente do STJ.

É imprópria a alegação de nulidade em razão de julgamento com base em provas ilícitas – obtidas com a alegada invasão de domicílio – se o decismum foi suficientemente fundamentado quanto à caracterização da materialidade e autoria do delito, sobressaindo a convicção do magistrado embasada em outros elementos probatórios.

Não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo objetivamente comprovado para a defesa.

Recurso desprovido. (RHC 12.674/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 11.06.2002, DJ 05.08.2002, p. 357)

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária e relações de consumo. Alegação de nulidade do processo. Diligência não atendida oportunamente. Inocorrência de prejudicialidade. Convencimento satisfeito em outros dados. Substituição da privativa de liberdade. Inviabilidade das discussões em *habeas corpus*.

Os argumentos defensivos chamam a atenção para um aspecto probatório dentre os vários constantes do processo. Sendo assim, o convencimento do Juiz Singular, detendo-se nos dados colhidos por meio de meios outros que

não o aduzido na impetração, afasta qualquer incerteza quanto ao provimento condenatório, o que exigiria, de qualquer modo, o inviável exame aprofundado da prova.

No mesmo encaixe, a insurgência em torno do indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade reclama a investigação fático-probatória, como já tem entendido este Tribunal. A circunstância de envolver parâmetros objetivos e subjetivos do crime compromete a intromissão superficial decorrente desta análise, além do que, retira do juiz dos fatos a condição melhor de censurabilidade do intento criminoso.

Ordem denegada. (HC 20.338/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15.05.2003, DJ 09.06.2003, p. 280)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento deste Tribunal, em consonância com a Suprema Corte. Pacientes condenados pelo crime de quadrilha. Tese de incompetência da Justiça Federal. Supressão de instância. Trancamento da ação penal. Alegada nulidade da interceptação telefônica. Presença de outros elementos indiciários. Inépcia da denúncia. Inexistência. Preclusão. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário.

Precedentes: HC 109.956/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.09.2012; HC 104.045/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06.09.2012; HC 108.181/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06.09.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27.08.2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27.08.2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

3. Firmado pelas instâncias ordinárias, tanto no acórdão de *habeas corpus* impugnado quanto em superveniente sentença condenatória, que os Pacientes integram quadrilha voltada para a prática reiterada de crimes contra a Previdência Social, irrelevante a rejeição da denúncia ou absolvição sumária dos corréus, em relação aos crimes de estelionato contra o Instituto Nacional da Previdência Social - INSS, pendente de solução definitiva. Evidenciada, no caso, a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

4. Eventual nulidade da interceptação telefônica não possui o condão de desconstituir todo elemento material indiciário que justifica a pretensão

punitiva da denúncia. Sobretudo quando as escutas consideradas ilícitas foram desconsideradas e a exordial está embasada em diversos outros elementos probatórios, inclusive prova documental e testemunhal.

5. Com a superveniência de sentença condenatória fica preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Ademais, a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência dos crimes em tese, bem como a participação dos Pacientes, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, possibilitando-lhe o pleno exercício do direito de defesa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 187.932/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24.09.2013, DJe 02.10.2013)

A meu sentir, portanto, embora se pudesse considerar verdadeira a existência de restrição ao acesso dos autos da delação premiada pelos réus supostamente delatados, o intento de anular a sentença condenatória é muito mais audacioso, porquanto envolveria a desconsideração de todos os outros elementos de convicção colhidos pela instrução de forma plena e em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: O cerne da questão se refere ao fato de o Juiz de primeira instância, por ocasião da sentença, ter considerado termo de delação premiada sigilosa não submetida ao contraditório e que somente foi acostada aos autos da ação penal após a apresentação das razões finais da defesa dos pacientes e imediatamente antes da sentença condenatória. Foi esclarecido na impetração que trechos da delação foram expressamente referidos na sentença e que esta foi colhida em outro feito cujo acesso não foi oferecido aos pacientes. Dizem ainda que só tiveram acesso aos termos da delação porque juntados aos autos pelo colaborador por ocasião de suas intempestivas alegações finais e que eles já se encontravam nos autos de forma sigilosa, sendo que tal acesso se deu apenas após a prolação da sentença. Aduzem que requereram expressamente o acesso aos termos da delação, acesso este negado pelo Juízo do feito e que o Ministério Público juntou aos autos o termo de colaboração

e documentos, que foram desentranhados dos autos por determinação do Juiz responsável.

Ao final, alegam cerceamento de defesa em face do uso de prova não submetida ao contraditório com a consequente nulidade da sentença condenatória, já confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A eminente Relatora denegou a ordem por entender que não se demonstrou o prejuízo dos réus, considerando que não foi a delação a única prova utilizada por ocasião da sentença, tendo o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, inclusive, afirmado que o Juízo singular se baseou em outros elementos *robustos* de prova, expressamente referidos na sentença, não havendo como elidir a decisão do Juiz de primeiro grau com a mera alegação de nulidade.

Penso, porém, de forma contrária.

Parece-me incontestado que os fatos se deram como descritos na impetração e, sendo assim, parece-me também presente o cerceamento de defesa.

Não podemos nos esquecer de que a prova não é para ser utilizada apenas pela parte que a produz, no caso a parte autora, mas também pela parte contra quem ela, em tese, destina-se. A prova tem como destinatário final, na verdade, o juiz, e não só aquele que proferirá a sentença, como também aquele que eventualmente examinará recursos.

A existência de uma colaboração premiada de conhecimento apenas da parte acusadora, do colaborador e do próprio juiz me parece uma quebra da igualdade entre as partes.

O fato, ainda, de o delator ter sido ouvido em juízo, entendo, *data venia*, caracterizar um prejuízo maior para a defesa, considerando que é evidente que estar ciente dos termos da colaboração poderia conduzir suas perguntas de forma diferente. Não sabendo da existência, ou pelo menos do conteúdo da colaboração, não tenho dúvidas de que a atuação da defesa ao ouvir o colaborador em juízo, restou prejudicada, ainda mais considerando que o órgão acusador, ciente da colaboração, detinha informações sonegadas à defesa.

Dizer simplesmente que não houve prejuízo ou que existiam outras provas que fundaram a acusação não me parece suficiente para afastar a alegação de cerceio de defesa, considerando que não se tem como adivinhar ou imaginar os efeitos no processo caso o contraditório tivesse ocorrido no momento próprio.

Não só poderia a parte acusada extrair da prova elementos que lhe favorecessem como acredito que o próprio do Juiz do feito poderia ter uma

outra impressão do quadro fático caso tivesse, ao examinar a prova para elaborar a sentença, conhecimento das razões do acusado.

Na verdade, também não se sabe, se ciente dos termos da colaboração, como se comportaria a defesa. Poderia ela, por exemplo, optar por um outro caminho, não só na produção de provas como também na própria admissão, ou não, dos fatos que lhe eram imputados.

Não se sabe, portanto, quais os efeitos concretos do contraditório no momento oportuno, daí o por quê, ao meu ver, não poder simplesmente se afastar a nulidade evidente com a alegação de que não houve prejuízo demonstrado.

Como diz Tucci, citando Joaquim Canuto Mendes de Almeida: *a verdade perquirida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido dos atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade; nisto está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade a seus fundamentos de fato (provas) e de direito.*

E continua Tucci: *impõe-se, destarte, a contrariedade, calcada na tradicionalizada parêmia audiatum et altera pars, em toda instrução criminal, seja ela pré-processual, seja realizada em juízo, a fim de que o órgão jurisdicional competente, devidamente formado o seu convencimento, possa pronunciar-se o mais corretamente possível e com justiça.*

E conclui dizendo que: *como, ainda que em parte, explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a assecuração de ampla defesa pela Constituição Federal, “significa que o legislador está obrigado, ao regular o processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha o seu defensor, zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo em que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer ao acusado, que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proscree os processos secretos que ensejam o arbítrio [...]. O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apoiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos ao da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu”. (in Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 4ª Edição, RT, fls. 167/169)*

Pedindo vênia a quem pensa de forma diferente, não me parece válida a sentença que considera, mesmo que ao lado de outras provas, prova que não foi submetida ao contraditório, que não pode ser criticada, contestada, respondida e contraditada pela defesa.

Assim, *concedo* a ordem para anular o feito desde a juntada aos autos da prova aqui debatida, de modo que seja dada oportunidade à defesa para sobre ela se manifestar.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 378.374-MG (2016/0296595-7)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Wesley Moura Lages (Preso)

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Descabimento. Processo Penal. Porte ilegal de arma de fogo. Tráfico de drogas. Extração de foto do aparelho celular. Ausência de autorização judicial para o acesso aos dados. Direitos fundamentais à intimidade e à privacidade. Nulidade da prova. Depoimento de testemunha. Prisão em flagrante. Fontes independentes. Condenação fundada em provas autônomas. Flagrante ilegalidade não evidenciada. *Writ* não conhecido.

1. Conforme entendimento recentemente adotado no STJ, é ilícito, como regra, o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial.

2. Hipótese em que não restou demonstrada nenhuma razão que justificasse, em caráter excepcional, o imediato acesso aos dados contidos no aparelho, restando desproporcionalmente restringidos

os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade da titular do dispositivo (CF, art. 5º, X). Reconhecida a nulidade do acesso aos dados do celular, deve ser desconsiderada, como prova, a fotografia dele extraída.

3. A nulidade deve ser, em princípio, estendida às provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir daquela colhida de forma ilícita, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

4. A regra de exclusão (*exclusionary rule*) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável.

5. No caso concreto, após o acesso ilegítimo a dados contidos no celular da testemunha, esta prestou voluntariamente informações às autoridades policiais, as quais, diligenciando prontamente ao local indicado, prenderam o paciente em flagrante, na posse ilegal de arma de fogo e de drogas.

6. A manifestação voluntária da testemunha consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexos causal com a ilicitude originária.

7. Ausência de ilegalidade flagrante. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz não conhecendo do *habeas corpus*, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, a Sexta Turma, por maioria, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 30.3.2017

RELATÓRIO

A Sra. Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais em favor de *Wesley Moura Lages*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Narra a impetração que o TJ/MG, embora tenha diminuído a pena aplicada em primeira instância, manteve condenação contra o paciente pela prática dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e tráfico de drogas.

Expõe que a Polícia Militar, em patrulhamento de rotina, avistou o paciente em situação suspeita com a menor J L A F S. Na ocasião, o paciente empreendeu fuga deixando a adolescente para trás. Questionada sobre a pessoa que fugiu, a menor disse não saber identifica-lo. Ao realizar revista íntima na adolescente, uma policial feminina encontrou fotos em seu celular nas quais ela segurava uma arma. Questionada sobre as fotos, informou que o artefato pertencia a uma gangue de tráfico de drogas, levando os agentes militares ao local onde as drogas eram vendidas. No mesmo local se encontrava o paciente, portando a arma de fogo. O paciente tentou novamente fugir, desta vez sem êxito.

Defende a impetração que a condenação se baseou em meio de prova ilícito, qual seja, o acesso às fotos existentes no aparelho celular da menor, sem ordem judicial e sem que existisse justa causa para a medida.

Sustenta que o conteúdo das conversas, mensagens de texto, imagens ou outros conteúdos propiciados por aplicativos de telefone celular é merecedor da proteção constitucional estabelecida no art. 5º, inciso XII, da Constituição.

A liminar pleiteada foi negada (fls. 584-586).

A Procuradoria Geral da República ofertou parecer pela denegação da ordem (fls. 595-598).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Inicialmente, é preciso ressaltar que o *habeas corpus* não deve ser utilizado como sucedâneo da via processual adequada, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Apenas quando manifesta a ilegalidade ou em caso de evidente teratologia da decisão apontada como coatora, situação que deve ser verificável de plano, admite-se conhecimento da impetração para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Dito isso, examino a presença de teratologia ou ilegalidade flagrante.

Cuida-se, no caso concreto, de saber se foi legítimo o acesso às fotos armazenadas no aparelho celular da menor J L A F S, realizado por policiais militares sem a obtenção prévia de ordem judicial e, em caso negativo, se esse reconhecimento de nulidade repercute sobre a condenação do paciente.

Para facilitar a compreensão da fundamentação, portanto, num primeiro momento, analiso a legitimidade do acesso aos dados contidos no celular da adolescente; num segundo momento, perquiro acerca dos efeitos da eventual declaração de ilicitude desse acesso sobre a situação processual do paciente.

1. Acesso a dados privados constantes de aparelho celular sem ordem judicial prévia.

O presente *writ* ilustra a importância que os aparelhos celulares assumiram nos dias atuais. Recentemente, esta Sexta Turma examinou caso semelhante – mas não idêntico –, em que se discutiu a legitimidade do acesso por autoridades policiais, imediatamente após a prisão em flagrante, a conversas de *whatsapp*, sem autorização judicial prévia.

A ementa restou assim redigida:

Penal. Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Nulidade da prova. Ausência de autorização judicial para a perícia no celular. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

(RHC 51.531/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19.04.2016, DJe 09.05.2016)

O julgamento foi unânime no sentido da ilegalidade da prova colhida sem autorização judicial. Não obstante, da leitura de alguns dos votos dos integrantes desta Sexta Turma resta clara a necessidade de exame individualizado das situações concretas.

Naquela oportunidade, o Ministro Rogerio Schietti Cruz ressaltou que acompanhava o Ministro Relator “sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito”, considerando que “sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões *a priori* absolutas”.

Da minha parte, asseverei não descartar que “a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular”.

Imprescindível, pois, o exame do caso concreto para a aferição da legitimidade do acesso aos dados. Antes de analisa-lo, porém, para melhor compreensão do meu entendimento, transcrevo os fundamentos do voto que proferi no RHC 51.531:

Em primeiro lugar, é de se notar que Tribunal *a quo* tem razão ao consignar que o artigo 5º, XI, da Constituição, ao se referir apenas às *comunicações telefônicas* – ou seja, ao processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre um emissor e um destinatário receptor por via telefônica –, exige autorização judicial unicamente para a captação da própria conversa *no momento em que ela está ocorrendo*. A interceptação telefônica incide sobre o que está acontecendo; a obtenção do registro de outros dados armazenados em aparelhos celulares está voltada a informações ocorridas no passado. Dessa forma, é possível concluir que a parte final do artigo 5º, inciso XII, protege a *comunicação de dados*, não os *dados em si mesmos*.

Isso não significa, por outro lado, que os dados armazenados em um aparelho de telefone celular estejam desprovidos de qualquer proteção constitucional. Pelo contrário. Nos tempos que correm, os chamados *smartphones*, dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contém invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular.

Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contêm hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho.

É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade.

Tal cláusula, diferentemente daquela estatuída no inciso XII do mesmo artigo 5º, não prevê expressamente a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais nela abarcados. Essa circunstância não autoriza que se argumente, no entanto, pela ilegitimidade de qualquer restrição. Afinal, como é cediço, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (STF, MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12.05.2000).

À luz do postulado da unidade da Constituição, que estabelece que todas as normas constitucionais possuem a mesma dignidade e hierarquia, não há como se justificar a preponderância absoluta de alguns direitos, princípios ou interesses sobre outros (GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Arazandi, 2003, p. 94). Como expõe Canotilho, “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003).

E, de fato, existe ao menos um relevante interesse constitucional a indicar a importância do acesso das autoridades de persecução penal aos dados armazenados em aparelhos celulares de pessoas presas em flagrante. Trata-se do direito à segurança pública, estatuído no artigo 144 da Constituição, norma que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7.6.2011, Segunda Turma, DJE de 24.6.2011). Entre tais condições objetivas se insere, sem dúvida, a existência de mecanismos eficientes de investigação.

Havendo, pois, outro preceito constitucional que se coloca, ao menos parcialmente, em conflito com o direito à intimidade – no que se refere aos dados armazenados em aparelhos celulares –, deve ser levado a cabo um processo de ponderação, que tome em consideração os interesses em jogo.

Nesse processo de ponderação, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, mas deve haver um esforço para assegurar a aplicação das normas conflitantes, conquanto uma delas tenha de sofrer atenuação.

Em tais casos, a restrição deve obediência do princípio da proporcionalidade (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2014. pp. 293-294). É preciso, pois, que a restrição ao direito fundamental se apresente como adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 111-115).

O texto constitucional, ao abranger princípios e interesses conflitantes, reproduz as tensões existentes no seio da sociedade, cabendo ao legislador e ao intérprete encontrar o caminho de consenso através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na busca da ponderação dos interesses envolvidos na presente situação, deve-se notar que o Supremo Tribunal Federal possui um precedente no qual se admitiu a legalidade da análise pelas autoridades policiais dos últimos registros telefônicos dos aparelhos celulares apreendidos após a prisão em flagrante. Na ocasião, as autoridades policiais encontram ligações realizadas entre o executor de um homicídio e o titular do aparelho telefônico (HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24.04.2012, DJe 19.09.2012).

Como bem observado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o fato examinado naquele caso ocorreu no ano de 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, tendo sido verificadas, apenas, as ligações telefônicas recebidas pelo preso em flagrante.

Diante da evolução tecnológica pela qual tais aparelhos passaram, a jurisprudência de diversos países tem voltado a se debater sobre o tema, reconhecendo o alto grau de violação da intimidade inerente ao acesso aos dados neles armazenados.

Como mencionado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, a Suprema Corte dos EUA reconheceu recentemente (*Riley vs. California*, 573 U.S._2014) a necessidade de obtenção de uma ordem judicial prévia para que os policiais possam, após a realização de uma prisão ou de uma busca e apreensão, acessar os dados mantidos em um aparelho celular.

O tema, porém, é ainda bastante controverso. Pouco após a prolação da referida decisão nos EUA, a Suprema Corte do Canadá, ao decidir *R. v. Fearon* (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela

legitimidade do acesso pela polícia aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial, quando realizado tal acesso na sequência de uma prisão em flagrante.

No caso concreto, dois homens – um deles armado com uma espingarda – roubaram uma comerciante enquanto ela transferia joias para o seu carro, fugindo em seguida. No mesmo dia, mais tarde, policiais encontraram o veículo da fuga, prenderam os suspeitos e, ao revistar um deles, encontraram um aparelho celular em seu bolso. Acessando imediatamente os dados constantes no aparelho, encontraram mensagens em que os suspeitos comunicavam que haviam realizado o roubo, bem como algumas fotos, inclusive da espingarda utilizada para a prática do crime. Um dia depois, com base em um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, a espingarda, utilizada no roubo e retratada na foto, foi encontrada. Meses depois, as autoridades policiais requereram e obtiveram judicialmente a quebra do sigilo dos dados telefônicos, mas não foram encontradas novas evidências.

A Suprema Corte canadense admitiu a legitimidade do acesso aos dados incidentalmente à prisão, ainda que sem ordem judicial, e reconheceu a validade das provas obtidas por este meio.

De acordo com o entendimento adotado, a prerrogativa de acesso aos dados do aparelho celular incidente a uma prisão é admitida excepcionalmente, servindo a importantes objetivos da persecução penal, pois auxilia as autoridades policiais na identificação e mitigação de riscos à segurança pública, na localização de armas de fogo e produtos roubados, na identificação e localização de cúmplices dos delitos, na localização e preservação de provas, na prevenção da fuga de suspeitos, na identificação de possíveis riscos às autoridades policiais e na continuidade imediata da investigação. Reconheceu-se a existência de um “elemento de urgência” no acesso aos aparelhos celulares, que sustentam a extensão do poder ínsito à prisão em flagrante.

Por outro lado, consignou-se a necessidade de observância de quatro condições para a legitimidade da medida, com o objetivo de balancear os interesses inerentes à persecução penal e ao direito fundamental à privacidade: a) a prisão tem de ser lícita; b) o acesso aos dados do aparelho celular tem de ser verdadeiramente incidental à prisão, realizado imediatamente após o ato para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, que, nesse contexto, são os de proteger as autoridades policiais, o suspeito ou o público, preservar elementos de prova e, se a investigação puder ser impedida ou prejudicada significativamente, descobrir novas provas; c) a natureza e a extensão da medida tem de ser desenhadas para esses propósitos, o que indica que, em regra, apenas correspondências eletrônicas, textos, fotos e chamadas recentes podem ser escrutinadas; d) finalmente, as autoridades policiais devem tomar notas detalhadas dos dados examinados e de como se deu esse exame, com a indicação dos aplicativos verificados, do propósito, da extensão e do tempo do acesso. Este

último requerimento de manutenção de registros da medida auxilia na posterior revisão judicial e permite aos policiais agir em estrito cumprimento às demais condições expostas.

Na Espanha, em 2013 o Tribunal Constitucional decidiu um caso com alguma semelhança (Pleno, *Sentencia 115/2013*, de 9 de maio de 2013 – BOE núm. 133, de 4 de junho de 2013). Autoridades policiais surpreenderam pessoas de posse de um estoque de haxixe, as quais, porém, conseguiram fugir, deixando para trás, além da droga, alguns aparelhos celulares. Vasculhando os dados dos celulares abandonados, sem prévia ordem judicial, as autoridades acessaram a agenda telefônica e conseguiram identificar, localizar e prender uma das pessoas envolvidas.

Na ocasião, o Tribunal Constitucional ressaltou que o caso era de uma “ingerência leve” na intimidade, pois somente a agenda telefônica foi examinada, de modo que, à luz do princípio da proporcionalidade, a medida deveria ser admitida como válida. Consignou-se que a situação seria diversa se o exame houvesse sido aprofundado para outras funções do aparelho, quando então estaria em jogo uma invasão mais substancial da privacidade, a demandar um parâmetro “especialmente rigoroso” de verificação de observância ao princípio da proporcionalidade. Confira-se trecho ilustrativo dessa preocupação:

Por otra parte conviene también reparar en que la versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), lo que implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso, tanto desde la perspectiva de la existencia de norma legal habilitante, incluyendo la necesaria calidad de la ley, como desde la perspectiva de si la concreta actuación desarrollada al amparo de la ley se ha ejecutado respetando escrupulosamente el principio de proporcionalidad.

A referência à jurisprudência estrangeira tem o propósito de demonstrar que o tema objeto deste recurso, além de controverso, tem sido reexaminado judicialmente mundo afora, justamente em razão dos avanços tecnológicos que permitiram que os aparelhos celulares passassem a constituir verdadeiros depósitos da vida privada de seus proprietários.

O tema ainda suscitará muita discussão na jurisprudência brasileira. Para o caso concreto, penso que a solução proposta pelos Ministros Nefi Cordeiro e Rogério Schietti Cruz se afigura como a mais adequada.

Destaco, a propósito, que a ponderação dos interesses constitucionais em jogo foi realizada, entre nós, essencialmente pelo legislador, que previu, em mais de um dispositivo, o direito à inviolabilidade dos dados armazenados em aparelhos celulares.

Com efeito, a Lei n. 9.472/1997, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu artigo 3º, inciso V, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito “à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”.

Já a Lei n. 12.965/2014, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê, em seu artigo 7º, III, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

No caso concreto, as autoridades policiais acessaram fotos, imagens e conversas existentes em aplicativo de mensagens instantâneas (*whatsapp*) extraídas do aparelho celular do recorrente. Não se trata, portanto, de verificação de registros das últimas ligações realizadas/recebidas ou de nomes existentes em agenda telefônica, informações tipicamente encontradas nos aparelhos antigos – como nos mencionados casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 91.867) e pelo Tribunal Supremo espanhol (*Sentencia 115/2013*, de 9 de maio de 2013) –, mas de acesso a dados mais profundamente vinculados à intimidade, somente passíveis de armazenamento nos modernos aparelhos multifuncionais.

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado.

Expostos os fundamentos do meu entendimento, retorno ao exame do *caso concreto*.

Também na situação fática posta neste *habeas corpus* não vislumbro nenhuma razão que legitimasse o imediato acesso aos dados contidos no aparelho celular da adolescente J L A F S. Dos depoimentos que integram o auto de prisão em flagrante não se depreende nenhum fundamento que

pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho telefônico.

Nesse contexto, a extração dos dados do celular se afigura como lesiva aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade da menor.

Concluo, portanto, pela ilicitude da apreensão realizada, devendo ser desconsiderados como elementos de prova os dados extraídos do celular, notadamente a fotografia da adolescente portando a arma, com fulcro no artigo 5º, incisos X e LVI, da Constituição.

2. Sobre a contaminação das demais provas dos autos pelo reconhecimento da ilicitude da prova originária.

Reconhecida a nulidade da apreensão do celular da adolescente J L A F S, cabe agora examinar se restaram contaminadas ou não as demais provas existentes nos autos, utilizadas para fundamentar a condenação do paciente.

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, sem aludir expressamente à possibilidade ou não de utilização de provas que, conquanto em princípio lícitas, sejam derivadas daquelas obtidas ilicitamente.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao menos desde 1993, vem decidindo pela aplicação da *fruit of the poisonous tree doctrine*, de matriz estadunidense – traduzida corretamente como teoria dos frutos da árvore venenosa (e não envenenada, como se costuma referir). Em vários precedentes ressaltou-se que os demais elementos probatórios, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas de forma ilícita, são também inadmissíveis (HC 93.050, Rel. Min. *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 10.06.2008, DJe 31.07.2008; RHC 90.376; HC 80.949, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Primeira Turma, julgado em 30.10.2001, DJ 14.12.2001; HC 74.599, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, Primeira Turma, julgado em 03.12.1996, DJ 07.02.1997; HC 72.588, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, julgado em 12.06.1996, DJ 04.08.2000; HC 69.912 segundo, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, julgado em 16.12.1993, DJ 25.03.1994).

Por outro lado, também em diversos precedentes, o Supremo Tribunal Federal afastou a alegação de contaminação das demais provas do processo, naqueles casos em que estas se mostrem autônomas em relação às consideradas ilícitas (por exemplo, HC 76.203, Rel. Min. *Marco Aurélio*, Rel. p/ Acórdão: Min. *Nelson Jobim*, Segunda Turma, julgado em 16.06.1998, DJ 17.11.2000;

HC 89.032, Rel. Min. *Menezes Direito*, Primeira Turma, julgado em 09.10.2007, DJe 22.11.2007; HC 83.921, Rel. Min. *Eros Grau*, Primeira Turma, julgado em 03.08.2004, DJ 27.08.2004)

Desde 2008, o tema está tratado na legislação infraconstitucional. O artigo 157 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.690/2008, passou a assim dispor (destaquei):

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O *caput* prevê expressamente a inadmissibilidade das provas ilícitas, repetindo a previsão constitucional. O § 1º estabelece a inadmissibilidade também das provas derivadas das ilícitas. Com isso, incorporou-se à legislação a (já anteriormente adotada na jurisprudência do STF) teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*).

Nos EUA, a jurisprudência desenvolveu diversas nuances na aplicação da teoria, afastando a regra da exclusão das provas ilícitas (*exclusionary rule*) em certas hipóteses. Nem todas essas exceções à regra da exclusão foram introduzidas entre nós: a exceção da boa-fé (*good faith*), por exemplo, que leva em consideração a intenção do agente no momento da produção da prova, não recebeu guarida no nosso ordenamento jurídico.

Algumas dessas exceções, por outro lado, foram acolhidas na nossa legislação. De acordo com a doutrina praticamente pacífica, é possível extrair do artigo 157 ao menos duas hipóteses, recepcionadas da experiência estadunidense, em que serão consideradas admissíveis as provas *secundárias*.

A primeira hipótese é da chamada teoria da fonte independente (*independent source*). Essa exceção está consignada na parte final do § 1º do

artigo 157, de acordo com a qual são admissíveis as provas derivadas da ilícita quando “puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

De acordo com essa exceção, se existem duas fontes de prova, sendo uma delas ilícita e a outra legítima, não se contamina a prova derivada, pois outra prova independente sustenta a produção da prova.

O § 2º do artigo 157 procura definir como *fonte independente* “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Na verdade, a definição do § 2º é mais adequada a outra exceção, chamada de *descoberta inevitável* (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 349.). *Fonte independente*, como visto, é aquela prova produzida por fonte desvinculada da ilicitude. Não se confunde essa hipótese com a com a da descoberta inevitável, em que a prova secundária é efetivamente derivada da ilícita, mas seria obtida, de modo inevitável, pelos meios próprios de investigação. A aplicação dessa exceção depende de dados concretos que possam apontar para a descoberta da prova de modo inevitável.

Feitas essas considerações, retorno ao *caso concreto*. Após a apreensão ilegal do aparelho celular, as autoridades policiais visualizaram a foto na qual a adolescente portava um revólver. Inquiriram-na, então, a respeito da arma, tendo a menor revelado que o objeto pertencia a traficantes e indicado o local em que eles possivelmente se encontravam. As autoridades policiais, então, prontamente seguiram à casa indicada pela adolescente e lá prenderam o paciente em flagrante, na posse ilegal de arma e de drogas.

Essa versão fática está documentada em todos os depoimentos que integram o auto de prisão em flagrante, seja dos policiais (fls. 14 e 16), seja da própria menor (fl. 18). Os depoimentos prestados em Juízo, por sua vez, estão registrados em meio audiovisual, não tendo sido possível seu acesso no presente *writ*. De todo modo, não consta da impetração qualquer alegação no sentido de que a adolescente tenha sofrido algum tipo de coação indevida para prestar as informações. Em princípio, portanto, não há razão para deixar de creditar seu depoimento como válido e voluntário.

Tido como válido o depoimento prestado pela menor, que indicou o local em que poderiam ser encontrados os supostos traficantes, com maior razão haverá de ser considerada válida a prisão em flagrante realizada posteriormente, em cumprimento à diligência realizada no local referido.

Analisando a jurisprudência brasileira, verifica-se que, para casos semelhantes ao presente, tem sido aplicada a exceção da fonte independente.

A jurisprudência tem entendido, de fato, que, se são obtidas novas provas, a partir de fontes autônomas, desvinculadas da ilicitude original, a elas não se estende a ilicitude da prova primária.

A autonomia das provas secundárias tem sido reconhecida em diversos casos em que, mesmo iniciada a investigação em virtude de informação obtida a partir da prova ilícita, posteriormente são obtidas provas por outros meios legítimos. Afirma-se, nestes casos, que a prova secundária seria autônoma ou independente da prova primária.

Por exemplo, ao julgar o RMS 31.767 AGR/DF, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a nulidade das interceptações telefônicas que deram origem ao processo administrativo sancionador, admitiu a validade da conclusão punitiva nela atingida, sob o fundamento de que, para a instrução dos autos, foram colhidas diversas outras provas, como a juntada de cópia dos processos administrativos fiscais das empresas que teriam sido favorecidas com a conduta infracional do servidor, a juntada dos extratos bancários do acusado, a colheita de informações junto a diversos serviços notariais, além da inquirição das testemunhas e a oitiva do próprio acusado.

O julgado restou assim ementado:

Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. PAD. Provas ilícitas por derivação. Não ocorrência. Prescrição. Inovação recursal. Agravo regimental não provido. *A declaração de nulidade de interceptação eletrônica não gera a nulidade dos elementos probatórios colhidos nos mesmos autos que possam ser obtidos por fonte independente, por se tratar de provas autônomas, tal como se dá com autos de fiscalização conduzidos pelo impetrante como auditor da Receita Federal.* Não há que se falar em aplicação do prazo prescricional penal às infrações administrativas se a condenação no processo disciplinar não se deu em razão da prática de atos configuradores de conduta criminosa. No caso, a correlação entre as condutas apuradas pela comissão e as infrações penais “prevaricação” e “advocacia administrativa” são feitas apenas pelo próprio impetrante, não tendo constado das conclusões da comissão processante. Inexiste omissão na decisão agravada em que se apreciam as alegações devolvidas no recurso ordinário sem se avançar na análise de matérias que importam em inovação recursal. Agravo não provido.

(RMS 31.767 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 22.09.2015, DJe 20.10.2015; sem destaques no original)

Já ao decidir o HC 75.497, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ilegalidade da interceptação telefônica que levou à prisão em flagrante dos pacientes por tráfico de drogas. Não obstante, entendeu válidos os depoimentos das testemunhas e dos réus prestados em Juízo, considerando-os como “prova autônoma” (Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 14.10.1997, DJ 09.05.2003).

Esta Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de sua parte, no julgamento do RHC 40624, reconheceu a ilegalidade de interceptação telefônica, mas admitiu a utilização das informações fortuitas colhidas sobre a prática de outros delitos como *notitia criminis*, considerando válidas as provas colhidas posteriormente, a partir de meios legítimos de investigação (RHC 40.624/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12.02.2015, DJe 27.02.2015).

Também no julgamento do REsp 1.497.041/PR, embora tenha sido reconhecida a ilegalidade da interceptação telefônica realizada no início da investigação penal, entendeu-se legítima a condenação baseada em outras provas, consideradas autônomas (REsp 1.497.041/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17.11.2015, DJe 09.12.2015).

Muito recentemente, esta Sexta Turma decidiu que a manifestação espontânea e voluntária do paciente consubstancia fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexos causal com a prova ilícita originária. Confira-se a ementa do julgado:

Habeas corpus. Processo Penal. Pedido de trancamento do inquérito policial. Investigação com base em prova derivada de interceptação telefônica tida por ilícita. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Art. 157, § 1º do CPP. Fonte independente. Acusação lastreada em provas autônomas. Embargos declaratórios. Caráter manifestamente protelatório. Abuso do direito de recorrer. Possibilidade de imediato cumprimento da decisão do Tribunal Regional Federal. Acesso a notas taquigráficas de julgamento. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

1. Tendo sido anulada, pelo Supremo Tribunal Federal, a interceptação telefônica, tal nulidade deve ser estendida às provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir da prova colhida de forma ilícita, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

2. A regra de exclusão (*exclusionary rule*) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo

sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável.

3. No caso concreto, em inquérito policial instaurado quase cinco anos após a realização da interceptação telefônica que veio a ser anulada pela ausência de diligências preliminares confirmatórias de denúncia anônima, o paciente peticionou nos autos, prestando informações e sugerindo diligências que vieram a ser realizadas pela autoridade policial.

4. *A manifestação espontânea e voluntária do paciente consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexos causal com as interceptações telefônicas anuladas.*

5. A interposição de sucessivos recursos com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato cumprimento da decisão, consoante jurisprudência firmada pelo STJ e pelo STF.

6. É legítimo que também os Tribunais Regionais Federais possam impedir a protelação infinita dos processos de sua competência, estabelecendo termo final para as suas decisões e ensejando a preclusão. A reiteração de embargos de declaração protelatórios torna o recurso manifestamente incabível, não merecendo sequer conhecimento.

7. As manifestações orais em julgamentos colegiados podem ser revisadas e mesmo canceladas, sem que isso implique nulidade do julgado. Assim sendo, não há que se falar em direito líquido e certo de acesso a tais registros.

8. Ordem denegada.

(HC 338.756/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06.10.2016, DJe 30.11.2016; sem destaques no original)

Desses precedentes se depreende que a noção de autonomia criada pela nossa jurisprudência compreende provas obtidas de modo independente, no curso da investigação, com pleno respeito às garantias legais, ainda que a apuração tenha se iniciado com base em prova ilícita. Somente aquelas provas indissociáveis da ilicitude inicial é que são dela necessariamente dependentes, sendo imperioso examinar, caso a caso, se as demais provas colhidas foram ou poderiam ter sido obtidas através de meio independente de prova.

Nesse contexto, elementos probatórios como depoimentos de testemunhas, afiguram-se como autônomas da apreensão considerada nula, pois obtidas a partir de fonte independente – no caso, o adolescente J L A F S.

A manifestação voluntária da testemunha fez com que deixasse de estar evidenciado o nexos causal com o indevido acesso aos dados de seu telefone celular, apresentando-se como prova juridicamente independente. Com ainda

maior razão, as provas colhidas a partir da sua manifestação – notadamente a prisão em flagrante – não estão contaminadas pela ilegalidade inicial mencionada.

Da sentença condenatória e do acórdão confirmatório se verifica que foram utilizadas para fundamentar a responsabilidade penal do paciente os depoimentos prestados em Juízo e as provas colhidas por ocasião da prisão em flagrante. A fotografia da adolescente portando o revólver, único elemento de prova viciado por ilegalidade, é de relevância praticamente nula para a solução do caso.

Neste caso, havendo outros elementos de prova suficientes para legitimar um juízo de reprovação, subsiste a condenação. No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Prova ilícita: escuta telefônica. Corrupção ativa. Falta de fundamentação na dosagem da pena: improcedência.

1. *A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito.*

2. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do *habeas corpus* o reexame aprofundado da prova da autoria do delito.

3. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal.

4. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação. (HC 75.497, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 14.10.1997, DJ 09.05.2003; sem destaques no original)

Diante do exposto, dada a ausência de ilegalidade flagrante, *não conheço* do presente *habeas corpus*.

É como voto.



VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: A eminente Relatora, *Ministra Maria Thereza de Assis Moura*, apresentou voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

Pedi vista para melhor exame dos autos, notadamente em relação à contaminação das demais provas dos autos pelo reconhecimento da ilicitude da prova originária.

A eminente Ministra Relatora reconheceu a ilicitude no acesso aos dados contidos no aparelho celular da adolescente, concluindo, no entanto, pelo não conhecimento do *habeas corpus* por entender que a manifestação voluntária da testemunha fez com que deixasse de estar evidenciado o nexos causal da apreensão considerada nula com as demais provas colhidas a partir de sua manifestação, apresentando-se como prova juridicamente independente.

Em análise aos autos, verifica-se que o juízo *a quo*, ao proferir decisão condenatória, assim se manifestou acerca da preliminar de nulidade argüida pela defesa (fls. 419/420, com destaques):

Não vislumbro, *in casu*, a ocorrência de qualquer irregularidade na operação que culminou na prisão dos acusados e na apreensão dos entorpecentes e da arma de fogo.

Isto porque, *tenho o entendimento de que*, não obstante a privacidade, intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas encontrem-se constitucionalmente assegurados (art. 5º, X e XII, da CF/1988), o *acesso aos dados constantes em aparelho celular legitimamente apreendido pela autoridade policial não caracteriza hipótese de interceptação telefônica*, não ensejando) portanto, afronta à garantia da inviolabilidade das comunicações.

Ademais, *a própria menor levou os policiais ao local dos fatos, o que ensejou a prisão em flagrante delicto*. Este também é o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores:

[...]

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o recuso de apelação, afastou a alegação de nulidade das provas obtidas por meios ilícitos com a seguinte fundamentação (fls. 559/561, com destaques):

Preliminarmente, pugna a defesa do segundo apelante pela declaração de nulidade do feito, face à ilicitude na produção das provas. Para tanto, aduz que os policiais militares, ao abordarem a menor J.L.A.F.S., efetuaram buscas pessoais, sendo que nada de ilícito fora encontrado; porém, mesmo assim, os milicianos “passaram a vasculhar” o telefone celular da adolescente. E após encontrarem uma foto da menor portando uma arma de fogo, os policiais foram levados pela inimputável ao local dos fatos.

Diante disso, aduz a defesa que a conduta dos milicianos, que mesmo sem encontrar qualquer objeto ilícito em poder da menor resolveram “vasculhar” seu aparelho celular, “afronta nitidamente o princípio da inviolabilidade da intimidade, assegurado constitucionalmente (artigo 5º, X, da CRFB)”, f. 349.

Sustenta, ainda, que “todas as provas produzidas contra o apelante derivam diretamente da indevida intromissão na intimidade da envolvida J., sendo, dessa forma, ilícitas por derivação”, f. 350.

Todavia, tenho que não assiste razão à defesa.

Inicialmente, verifica-se que os policiais militares, durante patrulhamento, avistaram um casal em atitude suspeita, motivo pelo qual resolveram abordá-lo. Nesse momento, o rapaz empreendeu fuga, sendo que apenas a inimputável J.L.A.F.S. foi submetida a busca pessoal. E, nessa oportunidade, os milicianos tiveram acesso aos dados constantes do aparelho celular portado pela jovem, ocasião na qual visualizaram fotos comprometedoras da menor, portando arma de fogo. Diante disso, a inimputável informou aos policiais que tal arma pertencia a uma gangue e ainda se prontificou a levar os milicianos até a residência utilizada pelos traficantes.

Ao contrário do sustentado pela defesa, não vislumbro qualquer irregularidade na atuação dos militares que, durante atividade de policiamento ostensivo, realizaram a abordagem da menor e procederam às buscas pessoais. Nesse ponto, mister ressaltar que *a verificação do aparelho portado pela jovem não caracteriza interceptação telefônica, motivo pelo qual é prescindível a prévia autorização judicial.*

Corroborando esse entendimento:

[...]

Na verdade, a atuação da Polícia Militar se deu em estrita conformidade aos preceitos constitucionais. *Trata-se, na verdade, de atividade de cunho eminentemente ostensivo, de combate ao tráfico de substâncias entorpecentes, não havendo falar, assim, em nulidade do feito.*

Além disso, cabe ressaltar que *eventual irregularidade no Auto de Prisão em Flagrante não possui o condão de macular o processo judicial.* As provas obtidas durante a fase inquisitorial servem, primordialmente, para formar a *opinio delicti* do representante ministerial. Assim, possível vício não é capaz de contaminar os demais elementos probatórios, produzidos na fase do contraditório.

Nesses termos, rejeito a preliminar.

Acerca do tema, a Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas - salvo ordem judicial:

Art. 5º.

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Na espécie, ao ser realizada a revista íntima na adolescente, uma policial encontrou fotos armazenadas em seu aparelho celular nas quais a adolescente portava uma arma.

Após referido acesso às fotos contidas no celular, sem prévia autorização judicial, teve-se de vassa de dados particulares, com violação à intimidade da adolescente, oportunidade em que os policiais inquiriram-na, obtendo informações acerca da *gangue de tráfico de drogas* (fl. 9), inclusive com indicação do local em que seriam encontrados os supostos traficantes.

A partir dos fatos narrados, tem-se que não há como desvincular tais informações, que levaram à prisão em flagrante do ora paciente, bem como à apreensão de entorpecentes e arma de fogo, da ilicitude da prova primária, até mesmo porque, como visto, a prisão e a colheita das demais provas foram efetuadas em cumprimento à diligência realizada no local referido pela adolescente, ou seja, a partir de meios ilegítimos de investigação, sem que fosse realizada qualquer diligência posterior de modo a caracterizar fonte independente.

Assim, inexistindo nos autos elementos aptos a demonstrar que tais informações foram obtidas por uma fonte que, independente da apreensão considerada nula, teria seguido os trâmites próprios da investigação, com aptidão para conduzir ao fato objeto da prova, não há como falar em ausência de nexa causal com a ilicitude originária:

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. 1. Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. 2. Operação Castelo de Cartas. Crimes de corrupção passiva e fraude à licitação. Interceptação telefônica declarada nula na origem. Impugnação às provas ilícitas por derivação. Art. 157, § 1º, do CPP. 3. Busca e apreensão, prisão temporária e condução coercitiva. Medidas lastreadas nas interceptações telefônicas ilícitas. Ausência de fonte independente. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. [...]

2. É direito constitucional do réu ter as provas obtidas por meios ilícitos expurgadas do processo a que responde, sendo igualmente inadmissíveis, nos termos do art. 157, § 1º, do CPP, as provas que derivam da prova ilícita, razão pela qual devem ter o mesmo destino. *As provas derivadas apenas podem ser mantidas nos autos nos casos em que não ficar evidenciado o nexo de causalidade, ou seja, quando não se configurar a derivação, ou quando demonstrado que poderiam ser obtidas por uma fonte independente, cabendo ao Magistrado justificar.*

3. *Manifesta a derivação da medida ora impugnada das interceptações telefônicas consideradas ilegais, não se tratando, portanto, de prova independente conforme afirmado pelas instâncias ordinárias, uma vez que não há menção à existência de provas outras ou mesmo de outra linha investigativa, que não tenha derivado diretamente das interceptações ilícitas. A indissociabilidade das medidas se revela por simples leitura do pedido de “busca e apreensão, prisão temporária e condução coercitiva”, o que denota, sem maior esforço intelectual, a ilicitude da prova por derivação, conforme dispõe o art. 157, § 1º, do CPP.*

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a ilegalidade por derivação da diligência de “busca e apreensão, prisão temporária e condução coercitiva”, devendo ser desentranhado dos autos o resultado das referidas medidas. Determino, outrossim, ao Magistrado de origem que analise a ilicitude de eventuais outras provas derivadas e, por consequência, verifique a validade da denúncia, diante da exclusão das provas ilícitas por derivação.

(HC 351.407/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º.12.2016, DJe 14.12.2016), com destaques.

Desse modo, tendo em vista que as provas derivadas foram obtidas a partir da prova ilícita, a elas se estende o vício da prova primária, pois contaminadas pela mesma ilicitude. Anulo o processo, pois, desde o acesso ilegal aos dados telefônicos - sem ordem judicial - com a consequente nulidade da indicação oral pela adolescente e prisão decorrente, assim como da sentença condenatória e provas derivadas outras, conforme verificação a ser casuisticamente realizada pelo magistrado de primeiro grau, para final contraditório e nova solução de mérito ao feito.

Ante o exposto, com a vênia da ilustre Ministra Relatora, voto pela concessão da ordem para declarar a nulidade do acesso não judicialmente autorizado aos dados do celular, da consequente prisão do paciente, da sentença condenatória e de provas derivadas outras, a serem casuisticamente constatadas pelo magistrado de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Senhor Presidente, toda essa segunda etapa só ocorreu em razão ao acesso do celular, em razão da vista indevida.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Wesley Moura Lages* estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, que, nos autos da Apelação n. 1.0024.15.050569-1/001, ao manter a sua condenação pela prática dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e tráfico de drogas, diminuiu a pena aplicada em primeira instância.

Consta dos autos que no momento em que a Polícia Militar, exercendo o seu papel de policiamento ostensivo, avistou um homem e a menor J. L. A. F. S., ocasião em que ele empreendeu fuga, deixando a adolescente para trás. Os policiais, então, abordaram a jovem, questionando sobre a identidade do paciente, todavia, a adolescente afirmou não saber identifica-lo.

Realizada a busca pessoal na adolescente – sendo que “nada de ilícito foi arrecadado em seu poder” (fl. 14) –, uma policial feminina, ao manusear o telefone celular da jovem, encontrou fotos nas quais ela portava um revólver. Arguida sobre as imagens, informou “que a arma pertencia a traficantes, indicando o local onde possivelmente estariam” (fl. 14).

A PM, então, se deslocou para o lugar apontado avistou o paciente no portão da referida residência, portando em revólver calibre .38. O paciente, após se desfazer da arma, tentou fugir, sem êxito.

Neste *writ*, alega o impetrante, em suma, que a condenação está lastreada em prova ilícita – o acesso às fotos existentes no aparelho celular de menor sem ordem judicial e sem que existisse justa causa para a medida –, motivo pelo qual evidencia-se a ilegalidade do ato, visto que o conteúdo de telefone celular é merecedor da proteção constitucional estabelecida no art. 5º, XII, da Constituição Federal. Pede, inclusive liminarmente, “que seja reconhecida como prova obtida por meio ilícito a devassa procedida pela polícia militar no aparelho de telefone celular da menor J.L.A.F.S, com a consequente invalidação da prisão do paciente, da investigação procedida no inquérito policial e do processo judicial que culminou com a condenação do mesmo”.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, foram os autos enviados ao Ministério Público Federal, que oficiou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 595-598).

A relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *não conheceu* do *habeas corpus*. A relatora entendeu que não há nenhuma razão “que legitimasse o imediato acesso aos dados contidos no aparelho celular da adolescente J. L. A. F. S.”, visto que “dos depoimentos que integram o auto de prisão em flagrante não se depreende nenhum fundamento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho telefônico”.

Todavia, após reconhecer a apreensão ilegal do aparelho celular, a relatora, – sob o argumento de que “não consta da impetração qualquer alegação no sentido de que a adolescente tenha sofrido algum tipo de coação indevida para prestar as informações” – *concluiu que* a indicação “do local em que poderiam ser encontrados os supostos traficantes” e o conseqüente flagrante *devem ser considerados válidos*, visto que se trata de prova produzida por *fonte independente*.

A relatora argumenta, para fundamentar seu ponto de vista, que “esta Sexta Turma decidiu que a manifestação espontânea e voluntária do paciente consubstancia fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexos causal com a prova ilícita originária”.

Por fim, a relatora aduz que “a fotografia da adolescente portando o revólver, único elemento de prova viciado por ilegalidade, é de relevância praticamente nula para a solução do caso”, visto que a condenação foi estribada nos depoimentos prestados em Juízo e nas provas colhidas por ocasião da prisão em flagrante. Portanto, “havendo outros elementos de prova suficientes para legitimar um juízo de reprovação, subsiste a condenação”, nos termos de precedente do Supremo Tribunal Federal.

Pedi vista do processo para melhor avaliar a questão em comento. Passo à análise do pedido.

Considerando que, quanto à ilegalidade do acesso ao celular da adolescente J.L.A.F.S., o meu entendimento converge com o da relatora, passo a analisar unicamente a licitude do flagrante e da entrada na residência.

O acórdão ora impugnado afastou a alegada nulidade na produção da prova com base nos seguintes fundamentos:

[...]

Ao contrário do sustentado pela defesa, não vislumbro qualquer irregularidade na atuação dos militares que, durante atividade de policiamento ostensivo, realizaram a abordagem da menor e procederam às buscas pessoais. Nesse ponto, mister ressaltar que **a verificação do aparelho portado pela jovem não caracteriza interceptação telefônica**, motivo pelo qual é prescindível a prévia autorização judicial.

Corroborando esse entendimento: [...]

Na verdade, a atuação da Polícia Militar se deu em estrita conformidade aos preceitos constitucionais. Trata-se, na verdade, de atividade de cunho eminentemente ostensivo, de combate ao tráfico de substâncias entorpecentes, não havendo falar, assim, em nulidade do feito.

Além disso, cabe ressaltar que eventual irregularidade no Auto de Prisão em Flagrante não possui o condão de macular o processo judicial. As provas obtidas durante a fase inquisitorial servem, primordialmente, para formar a *opinio delicti* do representante ministerial. Assim, possível vício não é capaz de contaminar os demais elementos probatórios, produzidos na fase do contraditório.

Nesses termos, rejeito a preliminar. [...] (fls. 560-561)

Não vislumbro o apontado constrangimento ilegal, mas por motivo não inteiramente coincidente ao indicado no voto da relatora.

A leitura do acórdão impugnado e do voto da relatora forçam a constatação de que não há dúvida sobre os fatos, mas apenas em relação à repercussão jurídica desses eventos incontroversos. Parece-me que a *questio iuris*, neste ponto, se resume à possibilidade de reconhecer, *ex ante*, a existência de justa causa para a entrada da Polícia na casa ou se houve a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, a justificar a medida.

O art. 157 do CPP, ao dispor que “são inadmissíveis [...] as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, prevê, no seu § 1º, que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, estabelecendo como exceções as hipóteses de ausência de *nexo de causalidade* ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma *fonte independente* (aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova) das primeiras.

Não obstante a Polícia Militar tenha chegado à casa em questão tão-somente por conta do relato da adolescente, relato esse oriundo de questionamento feito a partir da busca ilegal no celular, forçoso concluir que

a busca alegadamente ilícita na residência *não decorreu diretamente* do acesso ao conteúdo do celular da adolescente, visto que o paciente, segundo o auto de prisão em flagrante delito, foi avistado pelo policial no portão da casa com um revólver na cintura, *in verbis*:

[...] *Que*, ontem por volta das 22:30h durante patrulhamento de rotina nos deparamos com um casal que se encontravam próximos a um aglomerado do Bairro Júlio Maria, que ao perceberem nossa aproximação para abordagem o homem empreendeu fuga, não sendo mais localizado, sendo a moça, identificada como a adolescente de prenome *Judith* abordada; *Que*, nada de ilícito foi arrecadado em seu poder; *Que*, a adolescente negou conhecer o homem que estava em sua companhia e que evadiu; *Que*, a adolescente estava em poder de um celular que continha sua foto exibindo um revólver; *Que*, questionada, relatou que a arma pertencia a traficantes, indicando o local onde possivelmente estariam; ***Que, deslocamos para o endereço indicado, Rua Anselmo do Nascimento, 160 - Bairro Minas Caixa; Que***, segundo as informações da adolescente *Judith*, o local era frequentado somente por integrantes da quadrilha e mulheres que apoiavam o tráfico de drogas; ***QUE, no portão do citado imóvel se encontrava o imputável de prenome WESLEY e presenciamos o momento que WESLEY sacou de sua cintura o revólver marca ROSSI, calibre .38, municiado, jogando ao solo e evadindo para dentro do imóvel***, vindo a se esconder na casa vizinha, onde foi abordado e detido; *Que*, durante a fuga o Wesley dispensou ainda no primeiro imóvel parte da droga arrecadada, ou seja, 8 “pinos” contendo substância semelhante a cocaína; [...] *Que*, em revista foi localizado por outras Guarnições que atuaram em apoio mais entorpecentes e objetos utilizados na prática do tráfico de drogas, não podendo o declarante precisar o exato local em que os entorpecentes foram arrecadados; [...] (fls. 14-15)

Portanto, a prisão do paciente e o confisco da droga *não podem ser considerados independentes* da apreensão ilegal do celular *sob o argumento* de que a manifestação da adolescente teria sido espontânea e voluntária, nem pela justificativa de que “a condenação foi estribada nos depoimentos prestados em Juízo e nas provas colhidas por ocasião da prisão em flagrante”, *mas pelo fato* de que qualquer policial que estivesse na *Rua Anselmo do Nascimento, 160* teria *surpreendido o paciente “no portão do citado imóvel” no momento em que ele – se deparando com os policiais – portava em sua cintura “o revólver marca ROSSI, calibre .38, municiado”, o qual foi jogado ao solo antes de iniciada a sua evasão para dentro do imóvel.*

Esse fato, por si, legitima a ação policial, motivada que foi em *prévia análise dos requisitos autorizadores da medida*, ante a *constatação de situação de flagrância anterior ao ingresso*, afinal o paciente estava armado no portão da residência, a vista de todos que passavam na rua.

No caso, a ilegalidade da apreensão do celular da adolescente, cuja finalidade era investigar o homem (de identidade desconhecida) que se evadiu ao avistar a patrulha da PM, conquanto relacionada ao fato de a guarnição da polícia ter ido ao endereço do paciente, não perdura a ponto de invalidar a prisão deste, que decorreu, portanto, de fato independente, qual seja, o de ter sido flagrado armado no portão da sua casa, autorizando o ingresso da força policial por evidente justa causa.

Nesses termos, não vejo como reconhecer a apontada nulidade.

À vista de todo o exposto, *denego a ordem*, acompanhando os termos do voto da relatora.

HABEAS CORPUS N. 383.102-PR (2016/0331363-5)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Samir Mattar Assad e outros

Advogado: Samir Mattar Assad e outro(s) - PR039461

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Eduardo Andre Gaievski (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Estupro de vulnerável. Art. 217-A do CP. Decreto condenatório. Regime fechado. Determinação de transferência do réu de centro de reintegração social dirigido pela APAC para estabelecimento prisional estadual convencional.

1. *O direito penal não é instrumento de vingança, seja individual seja social; nem a Justiça é o meio de efetivá-la. Não é de aceitar-se o entendimento de Van Bemelen de que: _Na realidade a justiça não é mais que a antiga vingança impessoal coberta de um verniz filosófico. Raspai a justiça e achareis a vingança (Tourinho Neto).*

2. *As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso (Nilson Naves).*

3. No caso, o Tribunal local determinou, após dar provimento ao recurso do Ministério Público, a imediata transferência do apelado à penitenciária estadual, removendo-o da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC da comarca de Barracão/PR, onde se encontrava desde 2014. Para tanto, considerou o longo tempo de pena a cumprir, a gravidade dos crimes pelos quais foi condenado, bem como o fato de que as sanções impostas ao acusado, enquanto cumpridas na APAC, não estariam encontrando ressonância em seu caráter de retribuição, castigo e intimidação, previstos pelo sistema penal brasileiro.

4. Sob a roupagem de que o estabelecimento atual é incompatível com a situação do paciente, tomou-se a decisão sem nenhuma referência a elemento concreto a justificar a remoção. Não servindo para justificar a transferência a necessidade de serem *realizados sacrifícios pessoais pelo condenado, a fim de que este “pague” pelos delitos que cometeu na exata medida da dor causada às vítimas e suas famílias*, muito menos conjecturas sobre os riscos de fuga.

5. De acordo com a Juíza da execução de Barracão, o paciente tem excelente comportamento carcerário e a APAC tem capacidade para gerenciar a execução da pena, inclusive no que tange à prevenção de qualquer tipo de fuga. Além disso, destaca que há regras administrativas tão rigorosas quanto às impostas pela Lei de Execução Penal, que o comando da sentença condenatória é rigorosamente cumprido e que há baixo custo e alto índice de ressocialização.

6. Ordem concedida para cassar o acórdão no ponto em que determina a remoção do paciente do Centro de Reintegração Social de Barracão/PR dirigido pela APAC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Luciano Borges Santos pelo paciente, Eduardo Andre Gaievski.

Brasília (DF), 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 22.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Neste *habeas corpus*, os impetrantes apontam a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da remoção de *Eduardo Andre Gaievski*, determinada no julgamento da Apelação n. 1522359-3, da unidade da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC em Barracão/PR, para estabelecimento de reclusão tradicional.

Pontuam que o Tribunal estadual desconsiderou a situação prisional do paciente já consolidada naquela unidade, bem como a decisão anterior da Quarta Turma do Tribunal de Justiça do Paraná no HC n. 1.321.453-8.

Mencionam que a Corte local já apreciou mais de treze apelações e *em todas manteve a condenação e não determinou a transferência da unidade de Barracão* e que, *nesta última condenação, simplesmente determina a transferência, alegando que a APAC de Barracão não é compatível com o regime aplicado, por ser unidade prisional mais branda* (fl. 6).

Argumentam, em síntese, que aquela unidade mantida pela APAC é instrumento de execução penal, conforme o art. 29 da Resolução n. 93, de 12.8.2013, do TJ/PR, inclusive para cumprimento da pena em regime fechado.

Requerem, em caráter liminar, seja expedida ordem para impedir a remoção do paciente ou para determinar seu retorno à unidade de Barracão.

Mediante a decisão de fls. 172/175, deferi medida liminar a fim de suspender, até o julgamento final deste *writ*, os efeitos do acórdão impugnado no ponto específico.

Informações foram prestadas e documentos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 181/287, 290/305 e 331/405).

Opinou o Ministério Público Federal conforme esta ementa (fl. 689):

Habeas corpus substitutivo. Não cabimento. Estupro de vulnerável. Artigo 217-A, Código Penal. Decreto condenatório. Regime fechado. Transferência do réu para estabelecimento prisional compatível. Possibilidade.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Não prospera a alegação desenvolvida pelos Impetrantes de constrangimento decorrente da transferência do réu/paciente para estabelecimento prisional compatível com o regime fechado, dada a quantidade da pena e a gravidade dos fatos delituosos.

3. Parecer pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): O paciente estava a cumprir pena no Centro de Reintegração Social de Barracão/PR dirigido pela APAC desde 10.11.2014, conforme decisão do Juízo de Curitiba/PR. Houve remoção ao Juízo de Guarapuava em 15.11.2014. A seguir, em 19.12.2014, sobreveio decisão do Tribunal de Justiça paranaense, determinando o retorno do paciente ao Centro localizado em Barracão/PR. E, recentemente, em acórdão proferido no dia 8.12.2016, a Corte estadual, ao dar provimento ao apelo do Ministério Público local, determinou a imediata transferência do apelado condenado à Penitenciária estadual, *compatível ao meio carcerário cominado* no acórdão, *removendo-o da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados [APAC] da Comarca de Barracão* (fl. 243).

É em razão de tal determinação que foi ajuizado o presente *writ*.

Todos sabem que a APAC (entidade civil de Direito Privado) opera como auxiliar dos Poderes Judiciário e Executivo, respectivamente, na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto. A principal diferença entre a APAC e o sistema prisional comum é que, na APAC, os próprios presos são corresponsáveis pela sua recuperação e têm assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade.

Bom, no caso, estas são as informações transmitidas pela Relatora no Tribunal local (fls. 331/405 – grifo nosso)

Trata-se de decisão proferida pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Criminal n. 1.522.359-3 (NPU 170-62.2013.8.16.0141), que deu provimento ao recurso apresentado pelo Ministério Público estadual, para o fim de “condenar o acusado pela prática do ilícito descrito no artigo 217-A do Código Penal, por duas vezes, impondo-lhe a pena definitiva de 11 (onze) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado” [cópia do acórdão em anexo].

Para além da condenação, o órgão colegiado também determinou “a imediata transferência do condenado à Penitenciária Estadual compatível ao meio carcerário cominado neste acórdão, removendo-o da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados [APAC] da Comarca de Barracão”. Esta deliberação específica ora é atacada pelos impetrantes pela via do *Habeas Corpus*.

*Sobre os fundamentos que conduziram tal decisão, convém elucidar que, com base no novo édito repressivo que se proferia e não ignorando a situação processual executória do paciente, esta Corte compreendeu que a Associação de Proteção e Assistência dos Condenados (APAC) da Comarca de Barracão não se enquadra como estabelecimento compatível com a sanção cominada ao Sr. **Eduardo André Gaievski**.*

Explica-se. A Apelação Criminal de relatoria desta Magistrada *constituiu a décima terceira condenação* proferida em desfavor do recorrente pela prática de crimes sexuais¹.

Conforme consignado na deliberação combatida, *os reproches impostos ao paciente já somam mais de 100 (cem) anos de reclusão*.

Por outro lado, a Associação de Proteção e Assistência dos Condenados da Comarca de Barracão *mostra-se como estabelecimento penal de segurança mínima, que, apesar de contar com prestígio popular e certa taxa de sucesso em seus métodos de ressocialização, não se mostra como alternativa plausível para servir como estabelecimento prisional ao paciente*.

Destaca-se que *esta conclusão não foi exclusiva do órgão colegiado, porquanto, como ressaltado no acórdão combatido, o Ministério Público da Comarca de Barracão [conhecedor das particularidades do local] já havia manifestado discordância com a permanência do Sr. **Eduardo** na APAC daquele município, o que se deu em 19 de novembro de 2014. Retira-se do mov. 62.1 dos autos eletrônicos n. 8.640-28.2014.8.16.0083:*

[...]

Portanto, *além de o órgão colegiado ter motivado a decisão no não atendimento dos fins da pena, existe também fundamentação concernente à falta de segurança da instituição, dada a periculosidade concreta do acusado [repise-se, condenado por treze vezes], não olvidando, ainda, o fato daquela Comarca fazer fronteira seca com país vizinho (Argentina).*

Importante destacar, noutra senda, que a defesa do Sr. *Eduardo André Gaievski* apresentou perante esta Corte Estadual as mesmas insurgências levadas a Vossa Excelência, na forma de Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados pelo órgão fracionário em julgamento realizado no dia 15 de dezembro de 2016 [cópia do acórdão em anexo].

Naquela oportunidade, esta Quinta Câmara Criminal pronunciou sobre a aventada contrariedade da deliberação de transferência prisional do acusado com os julgamentos prévios da Carta Testemunhável n. 1.447.781-9 e do *Habeas Corpus* n. 1.321.453-8:

[...]

Por intermédio do mesmo aresto foram rejeitadas as demais teses arguidas nos aclaratórios [incompetência para o julgamento do apelo e utilização, no acórdão condenatório, de informações que não se encontravam encartadas aos autos].

Eram estas, Senhor Ministro, as breves considerações reputadas relevantes para instruir a Superior Instância no julgamento do writ, demonstrando a Vossa Excelência que o caso concreto possui contornos extremamente complexos.

Mencionado nas informações o acórdão dos embargos de declaração, convém também sua leitura, nos pontos que ora interessam (fls. 251/253):

Em verdade, o acórdão combatido em nenhum momento entrou em contradição com os referidos pronunciamentos colegiados ao determinar que o cumprimento da pena imposta ao paciente se dê em estabelecimento prisional diverso da APAC.

Primeiramente, quanto ao *Habeas Corpus* oriundo da 4ª Câmara Criminal desta Corte, de Relatoria do Excelentíssimo Desembargador Carvílio da Silveira Filho (n. 1.447.781-9), cumpre esclarecer que teve como ato impetrado ordem oriunda da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, que deliberou a transferência prisional do Sr. *Eduardo Gaievski*.

Ocorre que o *mandamus* foi concedido naquela oportunidade pelo órgão colegiado da 4ª Câmara Criminal, pois tratava-se de ato administrativo sobre matéria que necessariamente exigia interferência de autoridade judicial.

Aquela eminente Câmara Criminal, com acerto, compreendeu não ser possível a modificação de decisão judicial prévia pelo Poder Executivo.

Em momento algum aquele aresto determinou que a competência para execução penal seria [de forma imutável, conforme pretende fazer crer o embargante] da Comarca de Barracão. Apenas houve por bem reestabelecer o *status quo* ante da ilegal deliberação oriunda do Governo Estadual.

No que toca à Carta Testemunhável n. 1.447.781-9, oriunda desta 5ª Câmara Criminal e de Relatoria do Excelentíssimo Desembargador José Laurindo de Souza Netto, também não sucede a conclamada contradição.

Isto porque o mencionado aresto [que julgou, conjuntamente, agravo em execução interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná e não recebido pela Magistrada atuante na Comarca de Barracão] foi proferido em momento diverso, enquanto não se tinha conhecimento de todas as condenações que agora pesam em desfavor do recorrente [as quais foram minuciosamente avaliadas na decisão combatida].

*À época, os recursos de apelação interpostos pelo Sr. **Eduardo Gaievski** ainda pendiam de apreciação por esta Corte, tratando-se, por consequência, seu encarceramento, de prisão provisória.*

Tanto é que, até o momento atual, não foram unificadas as penas cominadas ao réu em primeiro e segundo grau de jurisdição, apesar de já existir parecer do Ministério Público sobre a matéria, datado de 26 de junho p. passado (mov. 220.1 do procedimento eletrônico n. 8640-28.2014.8.16.0083).

O acórdão combatido, por outro lado, veio a estabelecer pena em desfavor do sentenciado [leia-se: recolhimento diverso da prisão preventiva] e *instituiu para o correspondente cumprimento estabelecimento penal compatível ao regime fechado e à gravidade concreta dos crimes por ele praticados. De se anotar, ademais, que se trata de decisão colegiada, que, por evidente, fora submetida ao duplo grau de jurisdição.*

Não há, portanto, qualquer vício no julgado hostilizado, vez que, segundo ensina a doutrina, a contradição aferível por meio dos embargos declaratórios deve ser aquela que ocorre entre trechos de uma mesma decisão – e não entre decisões diversas, proferidas por órgãos julgadores diferentes –.

[...]

In casu, não se afigura a contradição apontada, na medida em que o órgão colegiado fez-se claro ao concluir pela necessidade de o réu cumprir a reprimenda corporal em estabelecimento criminal tradicional, expondo, de forma fulgente, os motivos pelos quais considera a APAC insubsistente para tal fim.

E nem se diga que foi ignorada a Resolução n. 93/2013 do colendo Órgão Especial, uma vez que *o acórdão foi expresso ao estabelecer que a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados não era capaz de imprimir os objetivos da sanção privativa de liberdade na hipótese concreta – e não de forma genérica –.*

Dito isto, impende a rejeição da tese.

Os fundamentos que levaram o Tribunal paranaense a determinar a remoção do paciente foram assim expostos no acórdão da apelação (fls. 238/242):

[...]

Registre-se que a sanção deverá ser cumprida em Penitenciária Estadual compatível ao meio carcerário imposto, notadamente porque a gravidade

concreta dos fatos pelos quais o Sr. *Eduardo* está sendo condenado, somado à existência de outros 12 (doze) prévios éditos repressivos por crimes sexuais proferidos em seu desfavor – tendo vários deles sido confirmados por este segundo grau de jurisdição⁶ – demonstram a incompatibilidade de seu recolhimento com o estabelecimento da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados [APAC] da Comarca de Barracão, donde se encontra atualmente.

Sobre este particular, aliás, convém destacar, inicialmente, que o próprio Ministério Público da Comarca de Barracão já registrou este mesmo posicionamento nos autos n. 8.640-28.2014.8.16.0083, de execução de pena do Sr. *Eduardo* (mov. 62.1, *verbis*):

[...] este Promotor de Justiça tem a informar que *é da essência das APAC's (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado) a ausência de segurança convencional*, tais como agentes penitenciários e policiais militares, baseando-a a organização e disciplina por meio dos próprios condenados, nominados como recuperandos.

Destaco ainda que embora haja discricção de crimes entre os recuperandos, *basicamente os condenados possuem penas não muito elevadas*, de modo a possibilitar que ingressem no regime fechado e semiaberto, ofertando-se diversos cursos e aulas para fins de remição de pena. No caso em apreço, embora não seja mera ilação, o réu *Eduardo* possivelmente cumulará dezenas de anos de condenação após unificação de penas em relação a todas as ações penais a que responde.

Outrossim, destaca-se que além da ausência de segurança no local, *a APAC dista menos de 2 quilômetros da fronteira com a Argentina, sendo fronteira seca, bastando cruzar uma calçada para o ingresso naquele país.*

Ainda, há possibilidade concreta de tratamento privilegiado do réu Eduardo na APAC, em total afronta à isonomia constitucional, vez que no período de cinco dias em que esteve preso no local chegou ao conhecimento do Ministério Público que houve visita ao mesmo do atual prefeito de Realeza, fora dos dias e horários dispostos na disciplina da APAC.

Não é demais frisar também o *grande envolvimento dos funcionários da direção da APAC com o referido réu no período, vez que houve 'choro', 'lágrimas', da diretora e da gerência da APAC com a transferência do mesmo para Guarapuava*, havida no último sábado pela manhã (15.11.2014). Basta observar estes sinais para se concluir que *a permanência do mesmo no local este seria tratado de forma privilegiada.*

Lembro, ainda, que o réu *Eduardo* fora preso em agosto de 2013, em Foz do Iguaçu, após expedição de mandado de prisão pelo juízo de Realeza/PR, ocasião em que o mesmo permaneceu mais de uma semana foragido.

Por fim, em março deste ano a Ministra Gleise Hoffmann esteve fazendo visita à APAC, no qual teceu grandes elogios à instituição. Nota-se que neste período o réu já se encontrava recluso.

Ante o exposto, informo que a APAC atende aos regimes fechado e semiaberto, bem como as condições do local não oferecem segurança para o cumprimento de pena do mesmo, seja pela estrutura física, seja pelo corpo de funcionários, seja ainda pela sua localização geográfica, condições estas que possibilitariam risco concreto de fuga do mesmo para o país vizinho (grifou-se).

Como já antecipado, a presente condenação afigura-se como sendo a décima terceira proferida em desfavor do recorrente pela prática de crimes sexuais.

Evidente que tamanhos reproches [que já ultrapassam, ao total, 100 (cem) anos de reclusão] não se mostram compatíveis com estabelecimento de segurança mínima e onde a privação de liberdade é abrandada, pois vêm em desatendimento aos próprios fins da pena.

Conforme ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a pena é “a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção de novos crimes. [...] Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir as características expostas: castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização” (*in* Manual de Direito Penal, 9ª edição. São Paulo, Editora RT, 2013. p. 400).

No caso, é evidente que as sanções impostas ao acusado, enquanto cumpridas na APAC de Barracão, não vêm encontrando ressonância em seu caráter de retribuição, castigo e intimidação, previstos pelo sistema penal brasileiro.

Ora, a reprimenda criminal, por sua própria natureza, pressupõe sejam realizados sacrifícios pessoais pelo condenado, a fim de que este ‘pague’ pelos delitos que cometeu na exata medida da dor causada às vítimas e suas famílias.

Na hipótese em julgamento, pode-se dizer inclusive que o Sr. Eduardo mostrou-se ‘contente’ com sua estadia no atual estabelecimento, conforme ele mesmo registrou, durante a gravação de documentário sobre a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados de Barracão, que ‘deseja ajudar na fundação de novas APACs’⁷.

Tal registro audiovisual demonstra inexistir qualquer intimidação pessoal do réu causada pela instituição, ou mesmo que seu cumprimento de pena tenha conotação de castigo para ele. Pelo contrário, o apenado mostrou, ao contrassenso de outras situações análogas, satisfação de estar no local [em detrimento de outras prisões] e inclusive deseja fundar estabelecimentos similares.

Não se questiona aqui a efetividade e o sucesso dos métodos da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados aplicados às penas mais brandas

[especialmente aquelas pertencentes ao regime semiaberto], contudo, mostra-se leviano recomendar, de forma genérica, a utilização do local para toda e qualquer situação penal.

Em verdade, o caso do Sr. *Eduardo André Gaievski* mostra-se como exceção ao modelo APAC, pois, rememore-se, a gravidade concreta dos múltiplos ilícitos por ele cometidos recomenda uma resposta estatal mais firme.

Destarte, a fim de que a pena ora imposta ao Sr. *Eduardo* [repise-se, sua décima terceira condenação] encontre seus devidos fins de retribuição, mostra-se essencial seja ela cumprida em estabelecimento de reclusão tradicional.

Promova-se, pois, *in continenti*, à transferência prisional.

As expressões do julgado que mais me chamaram a atenção foram as que denotam que o conceito de Justiça está próximo do de vingança; que a pena é o troco por algo prejudicial que foi sofrido por alguém. Destaco, por exemplo, estes trechos:

[...] *no caso, é evidente que as sanções impostas ao acusado, enquanto cumpridas na APAC de Barracão, não vêm encontrando ressonância em seu caráter de retribuição, castigo e intimidação, previstos pelo sistema penal brasileiro.*

[...] *a reprimenda criminal, por sua própria natureza, pressupõe sejam realizados sacrifícios pessoais pelo condenado, a fim de que este 'pague' pelos delitos que cometeu na exata medida da dor causada às vítimas e suas famílias.*

Ocorre que *o direito penal não é instrumento de vingança, seja individual seja social; nem a Justiça é o meio de efetivá-la. Não é de aceitar-se o entendimento de Van Bemelen de que: _Na realidade a justiça não é mais que a antiga vingança impessoal coberta de um verniz filosófico. Raspai a justiça e achareis a vingança.* Transcrevo essas palavras de um recurso especial apreciado aqui no Superior Tribunal de Justiça, interposto contra acórdão da Relatoria do Desembargador Federal Tourinho Neto (Apelação n. 2003.36.00.008505-4). Ali, S. Exa. faz ainda ponderações a respeito da finalidade da pena que *é, também, fazer com que o condenado volte ao convívio social sem sequelas que o impeçam de ter uma vida normal. Não é que se queira a lei como a serpente que só pica ao que está descalço (la ley es como la serpiente; solo pica al que está descalzo). O direito penal não pode ser um direito de cólera [...].*

De acordo com precedente desta Turma, *as penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso* (PEExt no HC n. 46.804/SC, Ministro Nilson Naves, DJe 28.4.2008).

Além disso, como também afirmou o Ministro Nilson Naves, *se se lhe nega o caráter de correção, de readaptação do condenado, a pena estatal privativa de liberdade se desfigura, deslegitima-se até, e ao Estado, então, faltariam meios que a justificassem legítima e legalmente* (HC n. 73.020/PB, relator para o acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 15.9.2008).

E, conforme delinea o art. 1º da Lei de Execução Penal, a execução *tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*. Curvou-se a lei – de acordo com a respectiva Exposição de Motivos –, *sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, [...] ao princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade*.

Na espécie em análise, não questiono (nem são relevantes no momento) os motivos pelos quais o ora paciente foi, originalmente, transferido para a APAC de Barracão, mas as razões da atual determinação do Tribunal estadual. Sob a roupagem de que o estabelecimento atual é incompatível com a gravidade dos delitos praticados e com a pena imposta ao paciente, tomou-se a decisão sem nenhuma referência a elemento concreto a justificar a remoção. Sem contar que nem sequer não foi posta em dúvida a autorização do Estado do Paraná para a adoção daquele modelo de cumprimento de pena em regime fechado.

A propósito da execução provisória do paciente, convém a leitura das informações da Juíza *a quo*, a qual destaca o excelente comportamento dele e a capacidade da APAC para gerenciar a execução da pena, inclusive no que tange à prevenção de qualquer tipo de fuga (fls. 290/304 – grifo nosso):

Neste Juízo, há os autos n. 8640-28-2014.8.16.0083, de execução da pena. tratando-se dos autos principais n. 2536-74.2013.8.16.0141. O paciente cumpre pena perante este Juízo de Execução da Pena de Barracão/PR, por força de duas decisões do egrégio Tribunal de Justiça paranaense:

1) *Habeas Corpus* n. 1.321.453-8. da Segunda Vara de Execuções Penais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, que assim decidiu: “Paciente condenado a 33 anos e 1 mês de reclusão em regime fechado pela prática dos crimes contra a dignidade sexual - ato administrativo que não observou as formalidades legais - competência do Juízo da execução da pena para remoção do condenado a outra Comarca ou Presídio - Princípio da Separação dos Poderes - Necessidade de obediência ao devido processo legal - Ausência de oitiva do paciente - Violação do princípio do contraditório e ampla defesa - Confirmação da liminar que determinou a imediata remoção do paciente

para penitenciária da Comarca de Barracão, conforme determinado na decisão judicial - ordem concedida" (destaquei).

2) Carta Testemunhável n. 1447781-9, de 28.4.2016: "Despacho que reconheceu Barracão como Juízo de Execução e Decidiu pela permanência do réu - presença de interesse recursal - interesse do MP em fazer valer a decisão de Realeza que determinou a remoção do preso para Francisco Beltrão - Provimento que se impõe necessidade de conhecimento do recurso de agravo - possibilidade de julgamento - presença de todos os elementos - inteligência do artigo 644 do CPP - Reconhecimento de Barracão como o Juízo da execução Argumentos da promotoria que não se sustentam: fuga, falta de segurança e pena elevada. Carta testemunhável provida. Agravo em Execução desprovido" (destaquei).

Da Carta Testemunhável, extraio: "Ademais, restou observado que o apertado tem demonstrado bom comportamento e, por isso, feito jus a permanecer naquele estabelecimento prisional, tanto que foi liberado para ir no enterro de sua sogra sem qualquer tipo de transtorno, além de ter saído da unidade por diversas vezes, para prestar depoimento em Realeza e Francisco Beltrão. Fazer prevalecer a decisão do juízo condenatório significa afrontar os dispositivos legais que preveem a competência do juízo da execução para decidir sobre eventual remoção do preso. Confira-se: Ad. 66. Compete ao juiz cia execução: (...) 111 - decidir sobre: O incidentes da execução: g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86 desta Lei (destaquei).

Há, portanto, duas decisões do egrégio Tribunal de Justiça paranaense já decidindo, de forma pacífica, que este Juízo de Execução da Pena de Barracão/FR é o competente para o cumprimento de pena. Diante disso, houve a autuação e distribuição dos autos 8640-28-2014.8.160083. que ora regem a execução da pena do paciente *Eduardo André Gaievski*.

A - O processo único de execução da pena

A disciplina atual, visando celeridade e organização, no cumprimento de pena, determina a existência de um único processo de execução para cada sentenciado. Observe-se: [...]

Nessa disciplina, figura o Juízo de Execução da Pena de Barracão, portanto, como Juízo competente para a execução das penas impostas ao paciente *Eduardo André Gaievski*. A condenação promovida pelo y. acórdão (apelação criminal n. 1.522.359-3) é nova, eis que o douto Juízo de primeiro grau, na apreciação dos fatos em juízo de conhecimento, absolveu o paciente. Ao condenar o paciente, no seio da apelação criminal n. 1.522.359-3, o egrégio TJPR dá vez a uma nova execução que, extraída a carta de guia, conforme a Resolução CNJ 113/2010 c/c Instrução Normativa Conjunta n. 2/2013 do PR, será encaminhada ao juízo da execução da pena.

B - O comportamento do paciente

O paciente tem excelente comportamento carcerário, contribuindo para o cumprimento da pena dele e dos demais recuperandos, não havendo qualquer incidente interno ou externo que desabone a permanência do paciente no Centro de Reintegração Social de Barracão, eis que cumpre rigorosamente com a disciplina e com as exigências do método APAC.

Igualmente, diante da proximidade com sua família, recebe visitas todos domingo, no período permitido pela direção do estabelecimento de cumprimento de pena.

C - A capacidade da APAC para gerenciar a execução da pena

Sou Juíza desde os 23 anos de idade. Hoje, com 38 anos, afirmo, com segurança, e sem novidade, que, durante esse tempo de carreira, constatei a total falência do sistema penitenciário estadual.

A desumanidade com que os cidadãos brasileiros presos são tratados choca. A desumanidade com que as famílias desses cidadãos brasileiros presos são tratadas espanta.

Considerando o contexto da execução da pena, hoje, bem como os conhecimentos técnicos e específicos que adquiri a partir de 2010 (quando conheci o método APAC de execução penal), afirmo, com segurança, que o Estado não dispõe do conhecimento técnico necessário para gerenciar a execução penal. A grande prova são as inúmeras rebeliões vivenciadas desde o início de 2017. Quanto ao Estado do Paraná, desde 2014 há episódios lamentáveis, em que cidadãos brasileiros custodiados, sob a égide do Estado do Paraná, foram mortos e expostos a todos os tipos de tortura e tratamento desumano.

Isso não é sistema penitenciário. Isso é um holocausto institucionalizado.

Só em 2014, no Estado do Paraná, foram mais de 20 rebeliões [...].

A forma desregrada de gerenciar as atuais Penitenciárias (gigantescos monumentos, que amontoam cidadãos brasileiros presos) surpreende negativamente inclusive pelos custos: cada preso custa, para o Estado paranaense, 4 salários mínimos. Há professores que não recebem esse valor mensalmente, eis que o piso salarial é de R\$ 1.699,95 (fonte <http://noticia.terra.com.br/educacao/salarios-professores/>). O altíssimo valor empregado em cada preso (R\$ 2.896,00) somente se justificaria se o preso voltasse bem para a sociedade. Não é o que se comprova. Hoje, de cada 100 presos que voltam para a sociedade, 86 cometem novos crimes. A estatística permite afirmar, com segurança, que o Estado do Paraná, hoje, emprega R\$ 2.896,00 por preso e emprega mal esses valores, porque a ressocialização não chega a 14%. As penitenciárias, hoje, constituem um grande perigo para toda a sociedade: preparam os cidadãos brasileiros para a prática de novos crimes, para a prática de crimes piores. São um verdadeiro risco para a nossa sociedade.

As palavras do então Procurador de Justiça de Minas Gerais, *Tomaz de Aquino Resende*, são precisas: “o sistema de execução penal brasileiro está falido. Ele chega a ser, no meu ponto de vista, criminoso. Gasta-se uma fábula de recursos, do erário, do contribuinte para piorar as pessoas” (<https://www.youtube.com/watch?v=PbLCAU76E4A>).

Por mais que haja boa vontade (e há) no gerenciamento da execução da pena, os resultados demonstram que o Estado está fracassando na administração da execução penal e é impressionante constatar que há reiteração dos erros estatais, investindo em um modelo falido. Os altos custos e os reduzidos Índices de ressocialização apontam para a necessidade de uma mudança no gerenciamento das penitenciárias. Conforme o conhecido Juiz brasileiro, *Leoberto Brancher*, em entrevista à AMB Informa, “Nosso sistema de controle penal hoje é irracional, disfuncional, perdeu o sentido. Mesmo assim, gastamos fortunas nisso”.

Em meio a todo esse cenário - conhecido pelos Juizes criminais de há tempo - assisti a um DVD que retratava um cenário de pena jamais conhecido neste Estado do Paraná: disciplina, responsabilidade, rigor no cumprimento de todas as atividades propostas, dignidade. Era um DVD que divulgava um método já conhecido no Brasil, no Estado de São Paulo, desde 1972, com excelentes resultados: o método APAC. Cuida-se de um método de execução da pena que aplica, como nenhum outro, integralmente, todas as disposições da Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. O cumprimento da pena pelo método APAC é o único que dá resultados comprovados estatisticamente; é o único com custo extremamente baixo para o Estado do Paraná. É o único que cumpre, rigorosamente, o comando da sentença criminal condenatória.

É muito mais rigoroso do que o convencional. Há regras administrativas (do método APAC), tão rigorosas quanto às impostas pela LEP. O comando da sentença condenatória é rigorosamente cumprido: 8 anos de perda de liberdade; não 8 anos de perda de dignidade; não 8 anos de perda de convívio familiar. Quando iniciamos os trabalhos com a APAC de Barracão, dois presos solicitaram o retorno à Penitenciária, considerada a rígida disciplina exigida no cumprimento de pena na APAC.

O cumprimento da pena é realizado com todo o rigor previsto na sentença criminal condenatória. O acompanhamento de todos os presos é realizado, diuturnamente, pelos funcionários contratados pela APAC. O trabalho apresenta pleno êxito e, em mais de 4 anos de efetiva aplicação, já houve a progressão ao regime aberto de 139 presos.

D - A estrutura criada pelo próprio Estado do Paraná

A APAC de Barracão gerencia a aplicação do método APAC mediante convênio formal firmado com o Estado do Paraná, em 26.9.2012, com duas finalidades principais: 1) aumentar o índice de ressocialização; 2) diminuir os custos de aplicação da pena. Os resultados obtidos são os melhores possíveis: 1) o custo por preso não chega a 1 salário mínimo e meio; 2) o Índice de ressocialização é de mais

de 90%: c) os empresários locais aceitaram a proposta, havendo crescente Índice de solicitação de presos para trabalho em empresas da cidade; d) a população aceitou a nova proposta de de execução da pena e apoia essa iniciativa na Comarca de Barracão desde o início de nossos trabalhos, havendo inúmeros voluntários locais que atuam nas atividades previamente definidas.

A APAC gerencia a aplicação do método no Centro de Reintegração Social de Barracão (CRESB), unidade do sistema penitenciário estadual O CRESB funciona, hoje, exatamente onde funcionava a Delegacia de Polícia Civil de Barracão. Os presos do regime fechado permanecem exatamente onde eram as celas dos presos provisórios. A estrutura da unidade CRESB, portanto, aproveitou a própria estrutura já construída da Delegacia de Polícia Civil de Barracão. Trata-se, exatamente, da estrutura edificada pelo Estado do Paraná para as celas da Delegacia de Polícia Civil. É evidente que a estrutura é preparada para evitar fugas.

Uma associação preparada para gerenciar a aplicação de um método para o cumprimento de pena demanda técnicas e habilidades para manter presos custodiados. Nesse sentido, *o CRESB é instituição preparada para prevenir qualquer possibilidade de fuga. O CRESB está adequadamente construído para a custódia de presos no regime fechado e semiaberto. Há concreto armado e grades por todos os lados, de modo que os presos que ali cumprem pena não encontram nenhuma possibilidade de fuga.*

De outro lado, o risco de fuga é permanente no sistema convencional, apesar do exagerado aparato de policiais, agentes penitenciários, e gigantescos edifícios, conforme destaque: [...]

A APAC, hoje, trabalha com uma única vocação: a proteção de nossa sociedade, como a única associação especializada em execução penal, que, hoje, gerencia a execução da pena de forma eficaz, com baixo custo e alto índice de ressocialização.

Conforme o Juiz brasileiro *Leoberto Brancher*, referindo-se à Justiça Restaurativa, em conclusão que se aplica, inteiramente aqui: “A nossa necessidade é de promover segurança, paz e bem-estar social. Se a gente tiver estratégias mais eficientes, menos violentas e mais resolutivas, elas merecem ser testadas”. [...]

Diante do exposto e das considerações feitas pela Juíza Branca Bernardi, não me parece que o acórdão atacado seja *incensurável* – como opinou o Subprocurador-Geral da República Franklin Rodrigues da Costa.

Assim, ratificando a liminar deferida, voto pela *concessão da ordem* para cassar o acórdão no ponto em que determina a remoção do paciente do Centro de Reintegração Social de Barracão/PR dirigido pela APAC.

HABEAS CORPUS N. 388.037-GO (2017/0028428-0)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Moises Agostinho Baloi e outro

Advogado: Moises Agostinho Baloi e outro(s) - GO032445

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Nelson Amaral Siqueira

EMENTA

Habeas corpus. Roubo qualificado e associação criminosa. Prisão preventiva. Caso peculiar do paciente. *Periculum libertatis* não comprovado. Medidas cautelares alternativas. Suficiência.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o *periculum libertatis*.

2. Não obstante a aparente gravidade dos fatos, diante da apreensão de grande quantidade de semoventes roubados, inclusive com restrição da liberdade das vítimas, trata-se de hipótese em que o relatório da autoridade policial, o decreto preventivo e a denúncia limitam-se a afirmar que o paciente teria emitido ilegalmente guias de transporte e doses de vacina para legalizar o gado roubado – circunstâncias que não inviabilizam as narrativas contidas neste *writ*, no sentido de que um corréu, sobrinho distante do paciente, teria se valido de sua inscrição para obter as vacinas e emitir as guias de transporte dos animais em seu nome.

3. De se notar que o paciente não foi preso em flagrante, tampouco estava dentre os afetados pela decisão de prisão temporária. Ao que consta, somente pelo fato de ter-se apresentado espontaneamente à autoridade policial, ocasião em que declarou os mesmos fatos que repetiu neste *habeas corpus*, é que foi incluído à decisão de prisão preventiva, quando não há certeza nem mesmo de que o paciente, com efeito, estivesse no local dos crimes, na data fatídica.

4. Em que pese estejamos diante de fatos graves – que, *a priori*, causam estupor e geram o anseio por uma futura condenação –, certo é que tais circunstâncias, por si sós, não são bastantes para tornar válida a medida cautelar extrema do paciente, quando nos deparamos com a excepcionalidade da prisão preventiva, com a presunção de não culpabilidade e com a permissão legal de imposição de medida(s) alternativa(s) consoante dispõe o art. 319 da Lei Adjetiva Penal.

5. Considerando a gravidade do caso em lide, bem como diante da dúvida quanto à participação do paciente em delito que culminou na apreensão de grande quantidade de semoventes roubados, inclusive com restrição da liberdade de vítimas, compreendo que, em que pese não se justifique a segregação da liberdade provisória do indivíduo – medida de última *ratio* –, trata-se de hipótese em que cabível a imposição de outras medidas cautelares, a fim de se garantir a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

6. Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sob a imposição das seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento periódico em Juízo; b) proibição de manter contato com os corrêus; c) proibição de ausentar-se da comarca, sem autorização judicial; d) recolhimento domiciliar no período noturno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 30 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Nelson Amaral Siqueira*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta dos autos que o paciente e outros nove corréus tiveram sua prisão preventiva decretada em razão da suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, I, II e V, e 288, parágrafo único, do Código Penal, porque, mediante emprego de arma de fogo, teriam restringido a liberdade das vítimas Lucimar Brito da Cruz e Valdivina Silvério e subtraído 72 cabeças de gado, pertencentes a Bruno de Melo Pereira, bem como 1 aparelho celular da marca Nokia, 1 aparelho celular da marca Motorola, 2 aparelhos celulares da marca LG, 1 forno de microondas da marca Eletrolux, 1 televisor da marca Panasonic, 1 vídeo *game*, diversos enxovais de cama, mesa e banho, 1 correntinha com pingente de crucifixo de ouro, diversos perfumes, bonés, roupas, 1 pneu estepe e 1 botijão de gás, de propriedade das vítimas Lucimar de Brito e Valdivina Silvério.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 138):

Habeas corpus. Artigos 157, § 2º, incisos I, II e V, 288, parágrafo único, todos do Código Penal. Negativa de autoria. Ausência de fundamentação para a constrição preventiva. Aplicação de medidas cautelares. Predicados pessoais. Princípio da presunção de inocência. 1 - Incabível examinar, na via estreita do *writ*, tese relativa à negativa de autoria, por demandar dilação probatória. 2 - A gravidade concreta das supostas condutas, demonstrada principalmente pelo *modus operandi*, enseja o decreto preventivo para a garantia da ordem pública, mostrando-se inviável a revogação da medida extrema fundamentadamente imposta e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. 3 - Os bons predicados pessoais e o princípio da presunção de não-culpabilidade, quando presentes os requisitos da prisão preventiva, não impõem a concessão de liberdade. 4 - Ordem parcialmente conhecida e denegada.

Na presente impetração (e-STJ fls. 1/21), alega-se a ausência dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, que seria desnecessária.

Asseveram os impetrantes que o paciente apresentou-se espontaneamente à autoridade policial e, ainda que indiciado na Comarca de Itapuranga (Processo n. 201601848964), “em nenhum momento obsteu instrução processual, tendo o referido processo sido desmembrado e encaminhada Carta Precatória Criminal para Interrogatório para Comarca de Itaguaru-Goiás, processo n.

201603065088, havendo sido realizada audiência e devolvida Carta Precatória para a Comarca de Origem” (e-STJ fl. 12).

Salientam que “a gravidade ou não de um crime por si só não pode impedir a Liberdade Provisória de alguém, vez que mesmo um crime equiparado a crime hediondo, ser insuscetível de fiança, conforme o art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/1990, isso não implica na vedação à concessão de Liberdade Provisória, vez que a Constituição Federal, no art. 5º, inc XLIII, não contempla esta proibição” (e-STJ fl. 12).

De outro vértice, aduzem que há irregularidade na capitulação legal imputada ao paciente, na medida em que sua conduta na senda criminosa foi a de “locar a chácara para José Carlos guardar o gado, a conduta deste não é prevista no artigo 157 do CP, mas [no art.] 180 do Diploma Repressor” (e-STJ fl. 16).

Diante disso, pleiteiam, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente decretada nos autos do Processo n. 201502041639, que tramita em Padre Bernardo (GO), “sendo perfeitamente cabíveis e suficientes as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal” (e-STJ fl. 17).

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 172/174).

Prestadas informações pelo Juízo de primeiro grau e pela autoridade apontada como coatora, opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento da impetração (e-STJ fls. 180/184, 186 e 201/203, respectivamente).

Por meio de consulta realizada em 16.3.2017 no sítio eletrônico do Tribunal de origem, constatou-se que, no Processo n. 204163-34.2015.8.09.0116 (201502041639), que tramita perante o Juízo de Direito da Comarca de Padre Bernardo (GO), ainda não foi prolatada sentença que desse fim ao primeiro grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Cuida-se de verificar a existência ou não de fundamentação para a manutenção da segregação cautelar do paciente.

Insta consignar, preliminarmente, que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Decorre de comando constitucional expresso que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, inciso LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

Consta dos autos que, no decorrer de 2015, os denunciados, incluindo o ora paciente *Nelson Amaral Siqueira*, teriam constituído associação criminosa armada, de forma estável e permanente, com o objetivo de roubar e vender gados roubados no Estado de Goiás.

De acordo com o inquérito policial, no dia 14.4.2015, Jones Pereira e Sérgio Justino, agindo em unidade de desígnios e com auxílio dos demais investigados, dentre eles *Nelson Amaral Siqueira*, dirigiram-se à Fazenda “Barrinha”, situada na Zona Rural do Município de Padre Bernardo (GO), de propriedade de Bruno de Melo Pereira, e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas Lucimar de Brito e Valdivina Silvério, subtraíram 72 cabeças de gado, pertencentes a Bruno de Melo Pereira, bem como 1 aparelho celular da marca Nokia, 1 aparelho celular da marca Motorola, 2 aparelhos celulares da marca LG, 1 forno de microondas da marca Eletrolux, 1 televisor da marca Panasonic, 1 vídeo *game*, diversos enxovais de cama, mesa e banho, 1 correntinha com pingente de crucifixo de ouro, diversos perfumes, bonés, roupas, 1 pneu estepe e 1 botijão de gás, de propriedade das vítimas Lucimar de Brito e Valdivina Silvério.

No Relatório Final, exarado pela autoridade policial de Padre Bernardo (GO), consta o seguinte (e-STJ fls. 44/47):

A pessoa de José Carlos, era responsável por alugar os pastos onde os gados roubados ficariam, cabendo a pessoa de Nelson a tarefa de emissão ilegal de Guias de Transporte e de doses de Vacina para legalizar o estoque de gado da quadrilha na autodefesa.

No dia fatídico, as pessoas de Francisco e Jair estavam em uma Hilux Preta e a pessoa de Lucas em um veículo Fiat Strada cinza. Em tal ação fora utilizado dois caminhões azuis de propriedade de Lucas - sendo que um fora conduzido por Luiz Carlos e o outro por Joaquim Evangelista - e um caminhão amarelo de propriedade de Jair, tendo sido conduzido pela pessoa de Jonatham.

Destarte, a caminhonete Hilux (integrada pelas pessoas de Francisco e Jair) e o Fiat Strada (integrada pela pessoa de Lucas) foram indicando o caminho até a Fazenda Barrinha, sendo que nessa Fazenda as pessoas de Jones e Sérgio já haviam rendido os caseiros Lucimar e sua esposa, bem como já separado os gados que seriam furtados nessa ação criminosa.

Em sequência, foram todos os gados encarretados e toda comitiva seguiu para a cidade de Itaguaí, com exceção das pessoas de Jones e Sérgio, que ainda ficaram fazenda, restringindo a liberdade da vítima, só tendo liberado as mesmas quando o gado já se encontrava descarretado e guardado. [...]

É de se registrar que, nesse procedimento, essa autoridade representou pela prisão temporária das pessoas de Lucas, Francisco, Jones, Luiz Carlos, Patrícia e Jair, todos que eram suspeitos de terem participados no crime em testilha. Ocorre que, antes mesmo do deferimento de tal representação, as pessoas de Joaquim, José Carlos e Luiz Carlos foram presos em flagrante quando roubavam uma outra fazenda localizada no Município de Itapuranga, sendo que as pessoas de Lucas, Francisco e outros conseguiram se evadir. [...]

Devido à captura das pessoas autuadas em flagrante foi possível descobrir o local onde os gados roubados eram colocados, sendo que, após a tomada dessa Fazenda, todas as vítimas que tiveram animais roubados foram chamadas para reconhecimento, sendo que as pessoas de Bruno e seus caseiros reconheceram como de sua propriedade animais de um total de 72. Quantos aos demais objetos roubados, os mesmos não foram localizados até o presente momento. [...]

Consoante fora narrado acima, todos indivíduos envolvidos no roubo em análise integram uma associação criminosa responsável por inúmeros crimes dessa natureza em nosso Estado, dispondo os mesmos de uma estrutura organizada para o cometimento desses delitos. Assim, é grande a possibilidade de que alguns de seus integrantes, se em liberdade, continuem a praticarem esses crimes.

É de se destacar ainda que, quando da interceptação policial, os chamados “cabeças” da quadrilha conseguiram se evadirem, sendo que, até o momento, os mesmos não foram localizados e interrogados. Apesar de tal ação criminosa já ter sido desvendada, a prisão de tais foragidos se justifica por haver indícios concretos de que tais indivíduos continuem a praticar tais crimes e como forma de assegurar a aplicação da lei penal.

Assim, represento pela prisão preventiva das seguintes pessoas, todos foragidos da justiça e autores de diversos crimes dessa espécie nesse Estado, sendo os mesmos considerados os líderes dessa quadrilha:

- *Lucas Rodrigues da Silva*, [...]

- *Francisco Cleiber da Silva*, [...] (grifos impostos)

A denúncia, oferecida em 31.3.2016, nada além do descrito no Relatório da autoridade policial, trouxe a respeito do ora paciente (e-STJ fls. 64/70).

Em seguida, ao receber a inicial acusatória, estes foram os fundamentos invocados pelo Juízo de Direito da Comarca de Padre Bernardo (GO) para a manutenção da segregação cautelar do paciente (e-STJ fls. 32/33):

No caso vertente, avaliando os elementos de convicção coligidos até o momento, verifico a presença dos pressupostos motivadores da custódia preventiva dos acusados, notadamente por haver indícios de que teriam cometido, em tese, o crime ora investigado.

Ademais, verifico que, **no caso, o crime em apuração nos presentes autos é de natureza grave e admite a cautela preventiva, considerando que foi praticado mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição de liberdade das vítimas, as quais ficaram por um longo período nas mãos dos assaltantes, enquanto estes retiravam pertences das vítimas e apartavam o gado no pasto.**

Outrossim, saliente-se que o crime em tela, como dito, é de natureza grave e traz insegurança a população, além de prejudicar a ordem pública, motivo pelo qual a segregação cautelar da liberdade dos acusados se mostra, ao menos nesse momento, fundamental para a escoreita e plena continuidade da instrução processual.

Portanto, é certo que a prisão dos acusados facilitará e viabilizará a elucidação dos fatos, sendo, portanto, necessária.

Saliento, ainda, que **os acusados, conforme apurado, vem cometendo esse tipo de crime no Estado de Goiás, em diversos locais, conforme se infere do relatório realizado pela autoridade policial às fls. 96-101 e da denúncia de fls. 02-08, o que demonstra que sua soltura colocará em risco a instrução processual e, de igual forma, a ordem pública.**

Ante o exposto, **nos termos dos arts. 311 e 312, do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva dos acusados** Francisco Cleber da Silva, Joaquim Evangelista Junqueira, Jones Pereira da Silva, Jose Carlos da Silva, Lucas Rodrigues da Silva, Luiz Carlos Ribeiro, Sergio Justino de Abreu, Jair Rodrigues do Nascimento, Jhonatan Rodrigues Carneiro e **Nelson Amaral Siqueira**. (negritos acrescidos)

Não se descarta que a prisão preventiva do acusado é fruto de investigação, com o auxílio de interceptações telefônicas e trabalho de campo, que culminou na apreensão de grande quantidade de semoventes roubados, inclusive com restrição da liberdade de vítimas.

Todavia, como já se adiantou no início deste voto, para que alguém se submeta à segregação cautelar, é cogente que, sob as balizas da legislação processual penal, valha-se o julgador de fundamentação concreta, o que afasta o rogo de proteção social pela mera gravidade abstrata do delito ou a invocação a afirmações carentes de suporte em circunstâncias pessoais do acusado ou em *modus operandi* excepcionais.

In casu, não obstante a aparente gravidade dos fatos, quer-me parecer de nenhuma sustentabilidade os fundamentos locais para a prisão cautelar do paciente.

A mera afirmação a respeito de *Nelson*, no relatório policial, diz respeito ao fato de caber a ele “a tarefa de emissão ilegal de Guias de Transporte e de doses de vacina para legalizar o estoque de gado da quadilha na autodefesa” (e-STJ fl. 44). Por sua vez, expôs o *Parquet*, na denúncia, apenas que “*Nelson* fornecia sua inscrição junto à Agrodefesa para ‘legalização’ das reses furtadas”, bem como que “*Jose Carlos* retirava guias de transporte e de vacinação do gado pela inscrição do denunciado *Nelson*” (e-STJ fl. 68).

Tais afirmações não inviabilizam de modo algum as narrativas constantes deste *habeas corpus*, no sentido de que José Carlos, sobrinho “em segundo grau” do paciente, a quem cabia o aluguel dos pastos onde os gados ficavam, ter-se valido de sua inscrição para obter as vacinas e emitir guia de transporte dos animais em seu nome, a fim de “legalizá-los”.

Note-se que o paciente não foi preso em flagrante na Fazenda “Barrinha”, em Padre Bernardo. Tampouco estava dentre aqueles que estariam envolvidos no roubo de carga e compunham a decisão que decretou a prisão temporária. Não há certeza, portanto, de que o paciente, com efeito, esteve no local dos crimes, na data fatídica.

Ao que nos parece, somente pelo fato de ter-se apresentado espontaneamente à autoridade policial e ter declarado os fatos que repetiu neste *writ* (e-STJ fls. 51/58), é que o paciente foi incluído à decisão de prisão preventiva e, sucessivamente, à denúncia, sem que houvesse sido demonstrado em que consistiria, no seu caso específico, o *periculum libertatis* que validaria a segregação cautelar.

Tal a circunstância, embora tenha-se apreendido grande quantidade de semoventes e tenha-se constatado que vítimas foram privadas de liberdade para a concretização do roubo, mediante o uso de arma de fogo – dados que, *a priori*,

causam estupor e geram o anseio por uma futura condenação –, certo é que, por si só, não são tais fatos bastantes para tornar válida a medida cautelar extrema do paciente, quando nos deparamos com a excepcionalidade da prisão preventiva, com a presunção de não culpabilidade e com a permissão legal de imposição de medida(s) alternativa(s) consoante dispõe o art. 319 da Lei Adjetiva Penal.

Em hipóteses semelhantes, assim se posicionou esta Corte Superior:

Habeas corpus. Roubo circunstanciado, formação de quadrilha e corrupção de menor. Prisão preventiva. Situação peculiar quanto ao paciente. Imprescindibilidade da custódia cautelar não demonstrada. Medidas cautelares alternativas. Suficiência. Ordem concedida.

1. *Hipótese em que a situação do paciente é peculiar, haja vista que o decreto prisional e a denúncia limitam-se a afirmar que ele havia comparecido à residência da vítima dias antes do delito. Entendem que tal visita se deu para "sondar o local e verificar a existência ou não das joias". Contudo, não se fez referência à direta participação do paciente nos crimes de roubo e corrupção de menor, o que torna duvidosa a imprescindibilidade de sua custódia cautelar.*

2. *Considerando a fundamentação adotada no decreto prisional, e tendo em vista o caráter da prisão provisória, de ultima ratio, é suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas.*

3. *Habeas corpus concedido a fim de revogar a prisão preventiva do paciente, que deve ser solto, se por outro motivo não estiver preso, mediante a aplicação das seguintes medidas cautelares alternativas, a serem detalhadas pelo juízo de primeiro grau: a) comparecimento periódico em juízo; b) proibição de manter contato com os corrêus; c) recolhimento domiciliar no período noturno.*

(HC 332.873/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 10.12.2015, grifei.)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Análise do mérito. Princípio da oficialidade. Prisão cautelar. Roubo qualificado. Fundamentação inidônea. Gravidade abstrata do delito. Paciente primário, portador de bons antecedentes. Constrangimento ilegal. Revogação do decreto prisional. Medidas cautelares. Necessidade e adequação. Ordem concedida de ofício.

[...] 2. O decreto prisional carece de fundamentação idônea. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da

autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No particular, a decisão singular não apontou dados concretos da conduta do paciente, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da sua liberdade. Ademais, *há fundadas dúvidas sobre a participação do paciente na prática delitiva. Por fim, o paciente é primário, portador de bons antecedentes, policial militar com conduta ilibada e possui residência fixa, mostrando-se adequada e proporcional a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Constrangimento ilegal configurado.* Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares insculpidas no art. 319, I e IX, do Código de Processo Penal.

(HC 358.077/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22.11.2016, DJe 1º.12.2016, grifei).

Tal o contexto, considerando a gravidade do caso em lide, bem como diante da dúvida quanto à participação do paciente em delito que culminou na apreensão de grande quantidade de semoventes roubados, inclusive com restrição da liberdade de vítimas, compreendo que, em que pese não se justifique a segregação da liberdade provisória do indivíduo – medida de última *ratio* –, trata-se de hipótese em que cabível a imposição de outras medidas cautelares, a fim de se garantir a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Ante o exposto, *concedo a ordem de habeas corpus*, para determinar a soltura de *Nelson Amaral Siqueira*, se por outro motivo não estiver preso, sob a imposição das seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento periódico em Juízo; b) proibição de manter contato com os corrêus; c) proibição de ausentar-se da comarca, sem autorização judicial; d) recolhimento domiciliar no período noturno, aos ditames do art. 319, incisos I, III, IV e V, do Código de Processo Penal. Fica assegurada ao Juízo singular a decretação de nova custódia, caso demonstrada sua necessidade, bem como a eventual fixação de outras medidas cautelares constantes do referido art. 319, com base em fundamentação concreta.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz: Peço vênias para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Nefi Cordeiro, porque vi que esse é um caso de maior gravidade e como se trata de organização criminosa com relato de vários roubos à mão armada, com ínsita complexidade das atividades do grupo, não se exige na jurisprudência da Corte uma precisa indicação da participação de cada um.

Denego a ordem.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Senhor Presidente, com a vênias do Ministro Antonio Saldanha, divirjo.

Estou lendo novamente o decreto de prisão, e ele não faz distinção. O juiz incluiu todos como autores desse crime em Goiás, em diversos locais, conforme relatório da autoridade policial e da denúncia. Já no parágrafo seguinte, então, decreta a prisão de todos, demonstrando que entende que todos eles teriam indícios de estarem atuando em reiterada prática desse tipo de crime.

Mas, normalmente, não temos exigido que se indiquem no decreto de prisão quais as provas que o juiz admite para a sua conclusão.

Acrescento – não está efetivamente na decisão – que ele realmente tem anotações criminais, que o Ministro Antonio Saldanha Palheiro bem indicou, às fl. 26/27, por roubo e associação criminosa, por participar de quadrilha especializada em roubo de gado, atuando na emissão ilegal de guias de transporte de doses de vacina para legalizar os semoventes roubados.

Então, vejo fundamentação suficiente e, com a vênias do Ministro Relator, denego a ordem de *habeas corpus*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 63.031-PA (2015/0205598-4)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Ulisses Marcelo de Melo

Advogados: Rebecca Suzanne Robertson Paranagua Fraga e outro(s) -
DF041320

Caroline Matos - SP316677

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Crime de usurpação mineral. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Ausência de observância das exigências contidas em título autorizativo. Descrição. Matéria-prima. Exploração de minérios. Recurso não provido.

1. A exploração de recursos minerais constitui atividade econômica de fundamental importância e, à evidência, não é um fenômeno contemporâneo. Entretanto, além do aspecto econômico – que subjaz à própria razão de ser da Lei n. 8.176/1991 –, existe uma outra faceta, não menos relevante, que é o próprio meio ambiente. Nele, os impactos ocasionados pela exploração descontrolada têm ganhado cada vez mais notoriedade, seja pela consciência crescente da sociedade quanto à importância de sua preservação, seja pela significativa tutela conferida pela Constituição Federal ao meio ambiente.

2. O meio ambiente deve ser compreendido da maneira mais abrangente possível, devendo ser integrado por componentes físicos, químicos, biológicos e sociais. Seu desequilíbrio é capaz de causar efeitos nocivos, em um prazo curto ou longo, sobre todos os seres vivos. Por isso, as leis que tutelam o meio ambiente, em regra, devem ser interpretadas de maneira interligada, como um microssistema harmonizado com outros diplomas de proteção transindividual. Assim, a despeito do conteúdo econômico objeto de de proteção pela Lei n. 8.176/1991, é necessário que sua interpretação seja associada com todo o microssistema de tutela ambiental.

3. O crime de usurpação mineral se caracteriza como espécie de delito perpetrado contra o patrimônio público, cujo foco central está no prejuízo resultante da indevida ou irregular extração mineral. Os recursos minerais são bens da União e somente ela possui competência para regular a sua exploração, estabelecendo critérios mínimos que impliquem menos agressão ao meio ambiente.

4. Em atenção ao disposto no art. 22, XII, da CF, foram editadas diversas leis federais que estabelecem, *inter alia*, requisitos e exigências prévias a serem cumpridos pelo minerador, *v.g.*, a obtenção de licença ambiental e a demonstração de capacidade técnica e econômica, visando, com isso, promover o acesso equilibrado aos recursos minerais. De extrema importância, pois, que a lavra ocorra em perfeita consonância com as normas que regulam a matéria, impondo-se interpretar sob tal viés a previsão contida no art. 2º da Lei n. 8.176/1991, que torna obrigatório ao agente a necessidade de autorização legal ou a observância das obrigações determinadas pelo título autorizativo.

5. A denúncia descreve, *quantum satis*, que a empresa exploradora estaria funcionando sem a observância das obrigações impostas na licença de operação, pouco importando se o título autorizativo era federal ou estadual. A leitura feita dos diversos dispositivos de tutela ambiental deve colmatar-se de maneira integrada e não de forma esparsa, de sorte que qualquer título autorizativo, cujas exigências não hajam sido cumpridas, permite a adequação típica apta a deflagrar o processo penal.

6. É prescindível que a denúncia aponte, objetivamente, qual ou quais matéria(s)-prima(s) estaria(m) sendo explorada(s) irregularmente, uma vez que não há essa imposição no tipo contido no art. 2º da Lei n. 8.176/1991. O que importa é ficar evidenciada, na descrição fática contida na denúncia, a ocorrência de exploração mineral irregular.

7. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). Rodrigo Felberg, pela parte recorrente: Ulisses Marcelo de Melo.

Brasília (DF), 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 22.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Ulisses Marcelo de Melo* interpõe recurso em *habeas corpus* contra acórdão proferido pelo *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, que denegou a ordem lá impetrada (HC n. 0008249-81.2014.4.01.0000/PA), na qual pretendia o trancamento em parte do processo deflagrado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 55 da Lei n. 9.605/1998 e 2º da Lei n. 8.176/1991.

Em suas razões, alega a defesa a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a *denúncia oferecida é manifestamente inepta, no que tange à acusação da prática do crime de usurpação mineral*, por dois motivos (fls. 196-197):

1º “imputou ao recorrente crime federal do art. 2º da Lei n. 8.176/1991, com fundamento específico no descumprimento de condicionantes constantes de Licença Estadual Ambiental, o que, mesmo em tese, do ponto de vista meramente hipotético, sem adentrar no mérito da conduta, não se mostra licitamente viável”; e

2º “a denúncia é omissa quanto à narrativa das elementares que perfazem o tipo do artigo 2º da Lei n. 8.176/1991, uma vez que não explicita qual matéria-prima estaria o denunciado explorando sem autorização e também não esclarecendo se tal matéria-prima pertence à União, conforme exigem o artigo 41 do CPP e o art. 5º, incs. LIV e LV da Constituição Federal”.

Sustenta que a denúncia “narra, exclusivamente, o suposto descumprimento, no prazo legal, das condicionantes descritas exclusivamente na Licença de Operação Ambiental Estadual n. 2.711/2008, obtida em 12.12.2008, concedida pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Pará (SEMA/PA)” (fl. 200) e que o mero descumprimento de condicionantes da Licença Estadual Ambiental não tem o condão de, por si só, caracterizar o delito previsto no art. 2º da Lei n. 8.176/1991, notadamente porque o título autorizativo de que trata a lei deve ser federal, ou seja, “para que possa haver ação penal regular com base em suposta conduta violadora do tipo penal citado, a denúncia deveria, obrigatoriamente, ter narrado que o agente explorou determinada matéria-prima da União, que esta matéria-prima, especificamente, pertence à União” (fl. 202).

Por fim, salienta que, remanescendo apenas o crime previsto no art. 55 da Lei n. 9.605/1998, haveria a possibilidade de oferecer transação penal em favor do recorrente, razão pela qual requer “o afastamento da imputação do crime federal previsto no art. 2º da Lei n. 8.176/1991, uma vez que ilegal a subsunção típica pelo descumprimento das condicionantes da Licença de Operação Ambiental Estadual, única descrição fática externada na denúncia” (fl. 213).

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Carlos Frederico Santos, manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 264-273).

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização e alegações essenciais do recorrente

Segundo apurado pelas investigações que culminaram no oferecimento de denúncia, a empresa Serabi Mineração Ltda., que seria administrada pelo recorrente, *estaria extraindo recursos minerais em desacordo com o licenciamento obtido* (Licença de Operação n. 2.711/2008, expedida pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Pará, com validade para atividade de extração e beneficiamento de ouro e minerais metálicos associados – fl. 40).

Em decorrência disso, ao recorrente foram imputados os delitos previstos nos arts. 55 da Lei n. 9.605/1998 e 2º da Lei n. 8.176/1991 (usurpação mineral), encontrando os fatos, no que interessa, descritos na denúncia nestes termos (fls. 23-28):

A denunciada *Serabi Mineração Ltda.*, administrada pelo denunciado Ulisses Marcelo de Melo, foi fiscalizada pelo IBAMA, no dia 01 de junho de 2010, para verificação do cumprimento das condicionantes descritas na Licença de Operação n. 2.711/2008 [...], obtida em 12.12.2008 junto à SEMA/PA.

A equipe de fiscalização do IBAMA *constatou descumprimento de condicionantes presentes na referida LO, o que não caracteriza mera irregularidade formal, mas coloca em risco toda biota do local de extração.*

Assim, o Cadastro Ambiental Rural deveria ser apresentado 60 dias após a expedição da licença, o qual serviria como mapeamento e registro das obrigações ambientais, regularização, ordenamento e planejamento ambiental das

propriedades rurais. No entanto, foi apresentado em 30 de março de 2010, ou seja, com um ano de atraso. De igual forma, o monitoramento de fauna foi apresentado após um ano e três meses do licenciamento.

Diante disso, a denunciada *Serabi Mineralção Ltda* foi autuada sob o Auto de Infração n. 460045-D [...], por “executar pesquisa, lavra ou extração de minerais em desacordo com a licença da autoridade competente”, bem como teve o empreendimento embargado sob o Termo de Embargo e Interdição n. 604404-C (fls. 3).

Imputa-se a autoria do delito à pessoa jurídica *Serabi Mineração Ltda.*, que procedeu à extração de minérios em desacordo com o licenciamento obtido, *bem como ao sócio administrador da empresa Ulisses Marcelo de Melo. Embora conste como envolvido na infração o Sr. Simon James Edward APPS, apontado como gerente da empresa, o denunciado Ulisses Marcelo de Melo é o seu responsável, conforme consulta anexa do quadro societário do empreendimento, recaindo sobre ele a responsabilidade pelo descumprimento das condicionantes da referida LO.*

A materialidade do delito se extrai da documentação apresentada pelo IBAMA, com a cópia da Licença de Operação concedida à denunciada Serabi Mineração Ltda., contendo as condicionantes no anverso, e relatório da fiscalização, em que verificou-se o não atendimento das condicionantes por parte desta.

[...]

Já em relação, ao segundo denunciado, *administrador da empresa, deve sofrer a mesma imputação criminal daquela (art. 55 da Lei n. 9.605/1998), já que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, devendo quem, de qualquer forma, concorrer para as práticas dos crimes previsto (sic) na Lei Ambiental, incidir nas penas a estes cominadas.*

Além do que, sendo administrador do negócio à época dos fatos, conforme extrato do SICAFI, possuía total controle de suas atividades, tendo consciência dos ilícitos penais praticados e podendo/devendo agir para evitar o seu cometimento, nos moldes definidos no art. 2º da mencionada lei.

[...]

Da mesma forma, *a conduta do segundo acusado amolda-se ao crime estatuído no art. 2º da Lei n. 8.176/1991, senão vejamos:*

[...]

Com efeito, o tipo penal transcrito acima constitui delito contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, posto que além do dano ambiental, o denunciado, ao retirar minério de área de domínio público, explora matéria-prima pertencente à União, sem a devida autorização legal, causando dano patrimonial.

In casu, não há conflito aparente de normas penais, pois o crime previsto no art. 55 da Lei n. 9.508/1998 e o art. 2º da Lei n. 8.176/1991 tutelam bens jurídicos diversos. Este tutela a ordem econômica - definindo crime contra o patrimônio na modalidade

usurpação, enquanto o aquele tutela a preservação ao meio ambiente. Portanto é patente a incoerência de derrogação do art. 2º, caput, da Lei n. 8.176/1991, pelo art. 55 da Lei n. 9.605/1998, sendo certo a ocorrência de concurso formal entre os delitos, porque com uma única ação foram ofendidos bens jurídicos diversos (destaquei).

Inconformado com a deflagração do processo penal, nos termos em que foram expostos, e com a decisão proferida pelo Tribunal de origem que denegou o *habeas corpus* lá impetrado – no qual se insurgia contra possíveis vícios formais da denúncia –, socorre-se o recorrente do presente recurso, no qual reitera o desejo de que *o processo, somente em relação ao delito de usurpação mineral, seja extinto, viabilizando-se, com isso, a realização de transação penal pelo delito do art. 55 da Lei n. 9.605/1998.*

Centram-se os argumentos expendidos no recurso em *habeas corpus*, fundamentalmente, na *inexistência de descumprimento de condicionantes constantes de autorização federal, mas somente de licença estadual, e na falta de indicação, pela denúncia, de qual matéria-prima seria explorada sem autorização*, o que não permite nem sequer saber se pertenceria à União, nos termos exigidos pelo tipo previsto no art. 2º da Lei n. 8.176/1991.

II. Excepcionalidade do trancamento do processo

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, na linha do que dispõe o art. 395 do CPP, o trancamento do processo, por ser medida excepcional, somente é possível quando evidenciada, *ictu oculi*, a absoluta deficiência da peça acusatória ou a ausência incontestada de provas (da materialidade do crime e de indícios de autoria), bem como a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade.

III. Aptidão da denúncia

Não se olvide que a exploração de recursos minerais constitui atividade econômica de fundamental importância e, à evidência, não é um fenômeno contemporâneo. Entretanto, além do aspecto econômico – que devo ressaltar, subjaz à própria razão de ser da Lei n. 8.176/1991 –, existe outra faceta, não menos relevante, que é o próprio meio ambiente. Com efeito, os impactos ocasionados pela exploração descontrolada (destituída de uma fiscalização efetiva dos órgãos de controle) têm ganhado cada vez mais notoriedade, seja pela consciência crescente da sociedade quanto à importância da preservação

do meio ambiente equilibrado, seja pela expressa previsão constitucional de que “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*” (art. 225).

Aliás, a Constituição Federal concedeu tutela especial ao meio ambiente, de modo que, pelo próprio significado polissêmico a que o termo (meio ambiente) nos remete, deve-se compreendê-lo da maneira mais abrangente possível, devendo ser integrado harmonicamente por componentes físicos, químicos, biológicos e sociais. Seu desequilíbrio é capaz de causar efeitos nocivos (diretos ou indiretos), em um prazo curto ou longo, sobre todos os seres vivos. Como assinala Luiz Regis Prado, *a preservação do meio ambiente é fundamental para a qualidade de vida. Não se pode falar em qualidade de vida dissociada da adequada conservação do meio ambiente (Direito penal ambiental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25)*

Por isso, as leis esparsas que tutelam o meio ambiente, em regra, devem ser interpretadas de maneira interligada, como um microsistema, que, além disso, também deve ser harmonizado com outros diplomas de proteção transindividual. Sob esse prisma, insere-se a Lei n. 8.176/1991, cujo conteúdo predominantemente econômico – o que não lhe subtrai a necessidade de harmonização com todo o microsistema de tutela ambiental – define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis com expressa tipificação da conduta do agente que produz bens ou *explora matéria-prima pertencente à União sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas no título autorizativo*. É, especificamente quanto a essa imputação prevista no art. 2º, que se volta o recorrente – e não contra a integralidade da denúncia que também lhe atribui a prática do crime previsto no art. 55 da Lei n. 9.605/1998 –, cuja redação literal do dispositivo é deste teor:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou *explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo*.

O crime de usurpação mineral se caracteriza como espécie de delito perpetrado contra o patrimônio público, cujo foco central está no prejuízo resultante da indevida ou irregular extração mineral. Nesse particular, convém realçar que os recursos minerais são bens da União, conforme art. 20, IX, da CF, e somente ela possui competência para regular a sua exploração, consoante

dispõe o art. 22, XII, da CF, sempre impelida pelos princípios e pelas regras que compõem o microsistema de tutela ambiental, de modo que não descure em estabelecer critérios mínimos que impliquem menos agressão ao meio ambiente.

Deveras, em atenção ao disposto no art. 22, XII, da CF, foram editadas diversas leis federais esparsas que estabelecem, *inter alia*, requisitos e exigências prévias a serem cumpridos pelo minerador como, *v.g.*, a obtenção de licença ambiental e a demonstração de capacidade técnica e econômica, visando, com isso, que o potencial explorador atenda as funções sociais e o interesse público de sua atividade, notadamente pelo caráter transindividual inerente à exploração (acesso equilibrado aos recursos minerais e interesse de toda a coletividade na extração dos minérios, dado seu valor estratégico).

Assim, é de extrema importância a ocorrência da lavra em perfeita consonância com as normas que regulam a matéria, impondo-se interpretar sob tal viés a previsão contida no art. 2º da Lei n. 8.176/1991, que torna obrigatório ao agente a necessidade de autorização legal ou a observância das obrigações determinadas pelo título autorizativo. Nesse particular, *a denúncia descreve, quantum satis, que a empresa exploradora estaria funcionando sem a observância das obrigações impostas na licença de operação, pouco importando se o título autorizativo era federal ou estadual.*

A leitura feita dos diversos dispositivos de tutela ambiental deve colmatar-se, como exposto alhures, de maneira integrada, e não de forma esparsa, como pretende o recorrente, de sorte que o descumprimento de exigência legal não se fixe no ente federativo que porventura tenha deferido a licença, mas na efetiva observância das determinações nela contida.

Sob diversa angulação, não observo ser imperativo que a denúncia aponte, objetivamente, qual ou quais matéria(s)-prima(s) estaria(m) sendo explorada(s) irregularmente, uma vez que não há, na descrição típica, essa imposição. No caso, a denúncia deixa evidenciada que a empresa era especializada na exploração mineral. Aliás, chega a afirmar que ela “procedeu a extração de minérios em desacordo com o licenciamento obtido” (fl. 24) e que o recorrente, além do dano ambiental, estaria retirando “minério de área de domínio público” (fl. 26). Esse dado é suficiente para esclarecer que se tratava de bem pertencente à União. Em verdade, não há que se olvidar a propriedade da União quanto a todos os recursos minerais do subsolo, sejam aproveitáveis ou não, e, acrescente-se, comercializáveis ou não, conforme previsão constitucional.

Diante disso, entendo que a inicial acusatória descreve suficientemente a imputação quando atribui ao recorrente as condutas de extrair recursos minerais sem a competente autorização (Lei n. 9.605/1998, art. 55) e de usurpar matéria-prima na modalidade exploração (Lei n. 8.176/1991, art. 2º), em atenção ao disposto no art. 41 do CPP (*RHC n. 50.160/MG*, Rel. p/ acórdão Ministro *Rogério Schietti*, DJe 25.2.2015).

IV. Dispositivo

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

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 68.500-RS (2016/0058068-7)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Recorrente: Andrea Langer Fraga (Preso)

Advogado: Maristela Celeste de Araújo Rodrigues - RS057472

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Extorsão qualificada, receptação, uso de documento falso e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Prisão preventiva. Gravidade concreta dos crimes. Filho de 5 anos de idade, com autismo e distúrbio comportamental. Necessidade de terapia ocupacional semanal. Situação excepcional. Princípio da dignidade da pessoa humana. Constrangimento ilegal reconhecido.

1. A recorrente é mãe de criança com 5 anos de idade, com diagnóstico de autismo, apresentando estereotipia, agitação psicomotora e distúrbio comportamental, com necessidade de terapia ocupacional semanal, que necessita dos seus cuidados exclusivos.

2. Caso em que o pai da criança, já separado da recorrente, também se encontra preso, tendo o menor sido entregue aos cuidados

de sua avó materna, que, no entanto, sofreu um AVC (acidente vascular cerebral) isquêmico em janeiro de 2015 e, por mais que já tenha recebido alta hospitalar, encontra-se com sequelas e limitação de deambulação.

3. A teor do art. 227 da Constituição da República, a convivência materna é direito fundamental do filho da recorrente. Também o ECA e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto n. 99.710/1990, garantem que a criança seja criada e educada no seio da família.

4. O Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) passou a estabelecer um conjunto de ações prioritárias a serem observadas no período que abrange os primeiros 6 anos da vida da criança, com o fim de assegurar a máxima efetividade do princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto nos diplomas anteriores.

5. Não obstante a gravidade da imputação, a prisão domiciliar há de ser deferida por razões humanitárias, diante das peculiaridades do caso concreto.

6. Recurso ordinário a que se dá provimento, para substituir a prisão preventiva pela domiciliar, mediante monitoração eletrônica, aos ditames do art. 318, III, c/c o art. 319, IX, ambos do CPP, devendo o Juízo singular responsabilizar-se pela fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que eventual desobediência às condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 9.2.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Foi o presente recurso ordinário interposto por *Andrea Langer Fraga* – presa preventivamente pela suposta prática dos crimes de extorsão qualificada, receptação, uso de documento falso e adulteração de sinal identificador de veículo automotor – contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na ação originária, o impetrante alegou, em síntese, “a presença dos pressupostos autorizadores da prisão domiciliar à paciente, consoante art. 317 e 318, inc. III, do Código de Processo Penal. Alegou que o filho da flagrada, com quatro anos de idade, é portador de autismo e que a responsável pelos seus cuidados, avó da criança, sofreu um acidente vascular cerebral, incapacitando-a de prosseguir com sua função. Apontou a existência de condições pessoais favoráveis à agente. Requereu a concessão da liberdade e, subsidiariamente, a concessão da prisão domiciliar” (e-STJ fl. 44).

A Corte estadual, contudo, denegou a ordem em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 42/43):

Habeas corpus. Extorsão qualificada. Receptação. Uso de documento falso. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Resistência. Desobediência. Prisão preventiva. Requisitos. Ausência de hipótese de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. *Requisitos da Prisão Preventiva*. O decreto de prisão cautelar, além de bem fundamentado, está devidamente apoiado em valor protegido pela ordem constitucional em igualdade de relevância com o valor liberdade individual – a tutela da ordem pública.

2. *Prisão Domiciliar*. Não prospera o pleito de prisão domiciliar substitutiva da segregação cautelar preventiva. Além de não se verificar a imperiosidade da medida de caráter extraordinário para fins de amparo e proteção dos interesses da criança, sequer foi colacionada, na íntegra, a decisão que indeferiu o pedido. Além da ausência [de] indício mínimo de prova de que terceiros não possam prestar assistência ao filho menor da paciente, segundo informações prestadas pela autoridade coatora, foi remetida a cópia dos autos à Promotoria da Infância

e Juventude a fim de investigar eventual situação de risco do infante, do que se retira, por ora, a inexistência de notícia de grave lesão aos seus direitos fundamentais. Não bastasse, a avó da criança, dita como incapaz de prestar cuidados, recebeu alta hospitalar em 19.01.2015, não havendo elementos cabais atestando a sua impossibilidade de auxiliar o neto.

3. *Excesso de Prazo na Formação da Culpa.* Ausente qualquer ilegalidade, pois não se verifica mora processual decorrente de inércia imputável ao aparato judicial ou ao órgão ministerial. Considerando que o trâmite da ação criminal se mostra regular segundo as peculiaridades da causa, de evidente gravidade e complexidade, com ação penal ajuizada em 21.10.2015 e recebida no dia seguinte, envolvendo quatro réus e inúmeros fatos delituosos, que exigiu a expedição de precatórias para citação, não se constatai'constrangimento apto a ensejar a concessão dá ordem pelo fundamento do excesso de prazo na formação da culpa.

Ordem denegada.

Nas razões do presente recurso ordinário, renovam-se as alegações originárias, razão por que se pede, liminarmente e no mérito, a revogação do decreto de custódia preventiva, a fim de que a recorrente responda ao processo em prisão domiciliar (e-STJ fls. 54/64).

Em contrarrazões, pugnou o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pelo improvimento do recurso (e-STJ fls. 100/102).

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 110/111).

Prestadas informações pelo Juízo singular, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do reclamo (e-STJ fls. 117/120 e 125/131, respectivamente).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Cuida-se de caso em que a recorrente busca o cumprimento da segregação cautelar que lhe foi imposta em prisão domiciliar.

Consta dos autos que a recorrente é mãe de criança com 5 anos de idade, com diagnóstico de autismo, apresentando estereotipia, agitação psicomotora e distúrbio comportamental, com necessidade de terapia ocupacional semanal, que necessita dos seus cuidados exclusivos.

Esclarece que o pai da criança, já separado da recorrente, também se encontra preso, tendo o menor sido entregue aos cuidados da mãe da acusada, que, no entanto, sofreu um AVC – acidente vascular cerebral – em janeiro de 2015.

A prisão preventiva foi decretada pelo Juízo singular nestes termos (e-STJ fls. 82/87):

[...] Segundo consta do relatório da ocorrência policial, no dia 02.09.2015 tomou-se conhecimento da prática do crime do extorsão mediante seqüestro da vítima Edina Alves de Oliveira, com 11 anos de idade, ocorrido por volta das 07h20min do mesmo dia. Conforme testemunhas do momento da captura da criança, quatro homens tripulando um veículo cinza, alguns vestindo camiseta da Polícia Civil, arrebatarem a vítima quando esta caminhava em direção à escola, passando então a exigir de seu pai a quantia de R\$ 300.000.00 como condição para que fosse liberada.

Diante da situação, iniciou-se o acompanhamento e orientação dos familiares da vítima pela Delegacia Especializada (OEIC) e depois de diversas ligações realizadas desde o arrebatamento e o dia 03.09.2015, Edio, pai da ofendida, realizou o pagamento de R\$ 34.700.00 para a liberação de sua filha.

Depois de acompanhar o pagamento do valor os criminosos liberaram Edina na Rua Guia Lopes, esquina com a Dr. Karl W. Schinke, em Novo Hamburgo, momento em que se efetuou a prisão de Jonas da Rosa, em prisão domiciliar, Maiquel do Calmo Ramos e Wilson R. B. Lemos, ambos foragidos do sistema prisional, e Andrea L. Fraga, os quais estavam na posse de arma de fogo, camisetas da polícia civil, chaves de um veículo Astra, placas ASL4780, com registro de roubo (OC15119/2015/100917).

Pois bem.

A existência do fato e os indícios da autoria delitiva estão comprovados segundo registro de Ocorrência Policial n. 700410/2015/312: Autos de Apreensão, Auto de Restituição, Auto de Reconhecimento de Pessoa, Auto de Constatação de Funcionalidade de Arma da Fogo, e depoimentos constantes do expediente.

O auto de prisão em flagrante imputa a prática dos tipos de extorsão mediante sequestro, posse de arma de fogo de uso permitido, receptação, uso de documento falso, adulteração de sinal veicular, posse de entorpecente e organização criminosa, em tese, afora denotar o estado de flagrância, na forma do art. 302, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, preenchendo os requisitos substanciais legalmente estatuídos.

Ademais, estão presentes os pressupostos formais: o auto de prisão em flagrante foi lavrado pela autoridade competente; foram colhidos os depoimentos do condutor, de testemunhas e dos conduzidos; foram providenciadas as notas

de culpa, no prazo legal de 24 horas; ainda, quando de seus depoimentos, foi oportunizado aos flagrados a possibilidade de comunicarem-se com familiares, bem como o direito de permanecerem em silêncio.

2. Da prisão preventiva dos flagrados e do *Willian Rafael da Silva Ramos*. [...]

Do periculum libertatis

O perigo de liberdade, por sua vez, decorre da alta periculosidade dos agentes, revelada através da gravidade concreta do delito de extorsão mediante sequestro praticado, conclusão a que se chega a partir das seguintes circunstâncias do fato:

(a) o delito foi praticado em concurso de agentes, ao menos com a colaboração de cinco pessoas, havendo fortes indícios de que se trata de organização criminosa especializada em delitos de extorsão mediante sequestro, tendo em vista que dois deles, Maiquel do Calmo Ramos e Jonas da Rosa, foram reconhecidos como autores de delito semelhante ocorrido nesta mesma comarca na data de 23 de julho do corrente ano (autos de reconhecimento pessoal de fls. 93 e 94 do APF);

(b) os criminosos mantiveram a vítima, com 11 (onze) anos de idade, por período superior a 24 (vinte e quatro) horas, em cárcere privado em um quarto sem energia elétrica e com apenas uma janela, na zona rural do Município de Taquara, sendo submetida a ameaça de que, caso a família não fornecesse o dinheiro requisitado até determinada hora do dia, a vítima seria morta, fatos estes que qualificam e agravam o delito praticado;

(c) na posse dos agentes foram apreendidas uma camiseta com o símbolo da Polícia Civil e com os dizeres Delegado de Polícia e duas com o símbolo do DENARC e Polícia Civil, o que revela o modo de agir dissimulado, fazendo-se passar por agentes públicos a fim de facilitar a captura da vítima;

(d) foram apreendidos, também, um “tijolo” de substância semelhante a maconha, contendo aproximadamente 14,4 gramas, uma pistola Taurus, calibre .380, um revólver Taurus, calibre .38. e um veículo GM/Astra, placa IXM0777 (com registro de roubo, conforme ocorrência policial n. 15119/2015/10.09.17 - fls. 36/39), fatos que, isolados, constituem delitos autônomos graves, quais seja, o tráfico ou uso de drogas, o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e a receptação;

O *periculum libertatis* deriva, também, do risco de reiteração criminosa, pois, como se verifica da certidão de antecedentes criminais, todos os flagrados são reincidentes. [...]

Em relação à Andrea Langer Fraga constam os seguintes registros: (a) Receptação – denúncia recebida (019/2.10.0004381-3); (b) Tráfico de drogas – sentença condenatória com trânsito em julgado (156/2.02.0001676-2). [...]

Por fim, a prisão se justifica pela conveniência da instrução criminal, lendo em vista o risco de que, caso liberados, os flagrados prejudiquem a identificação e localização de testemunhas, assim como a busca por documentos e outros elementos de prova fundamentais à investigação.

III. Isso posto, *homologo o presente auto de prisão em flagrante*, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, uma vez observadas as formalidades legais e constitucionais. Nos termos do art. 310, inc. II, e art. 311, c/c o art. 312, *caput*, todos do Código de Processo Penal, *decreto a prisão preventiva de Andréa Langer Fraga, Maiquel do Calmo Ramos, Jonas da Rosa, Wilson Ricardo Bairros Lemos e Willian Rafael Da Silva Ramos*, com fundamento na necessidade de se garantir a ordem pública, pela conveniência da instrução criminal, assim como para assegurar a aplicação da lei penal. [...]

Em seguida, o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de substituição do encarceramento provisório da recorrente pela prisão domiciliar deste modo (e-STJ fl. 119):

[...] O fato de possuir um filho menor de idade com necessidades especiais, por si só, não justifica a concessão do benefício pleiteado. Isso porque, a despeito do situação objetiva apresentada, cumpre saber se a requerente cumpre o requisito subjetivo, isto é, se diante do caso concreto é recomendável que permaneça em liberdade ou em prisão domiciliar. No caso, entendo que não. Primeiro, diante da gravidade do fato, exaustivamente explanado na decisão de fls. 120/122. Segundo, porque o crime de extorsão mediante seqüestro envolveu uma criança de 11 (onze) anos, com participação ativa da flagrada que, segundo a vítima, era a “mulher que esteve no local do cativo durante dois dias em que foi mantida em cárcere”, circunstância que inclusive torna questionável a capacidade da investigada em alcançar ao filho a proteção de que necessita. E terceiro, pela falta de provas cabais de que a criança não esteja recebendo, por parte dos familiares, o devido cuidado. Assim, na esteira da manifestação do Ministério Público, merece indeferimento o pedido de prisão domiciliar, pois incompatível com a gravidade do caso e a necessidade de garantia da ordem pública. [...]

Manteve a decisão do Juízo singular o Tribunal de Justiça gaúcho, que asseverou (e-STJ fl. 46):

[...] como bem destacado pelo Ilustre Procurador de Justiça, *além da ausência [de] indício mínimo de prova de que terceiros não possam prestar assistência ao filho menor da paciente*, segundo informações prestadas pela autoridade coatora, foi remetida a cópia dos autos à Promotoria da Infância e Juventude a fim de investigar eventual situação de risco do infante, do que se retira, por ora, a inexistência de notícia de grave lesão aos seus direitos fundamentais. Não bastasse, *a avó da criança, dita como incapaz de prestar cuidados, recebeu alta hospitalar em 19.01.2015, não havendo elementos cabais atestando a sua impossibilidade de auxiliar o neto* (grifei).

Ora, ao revés do que resolveu o Tribunal estadual, não se pode duvidar acerca do direito fundamental do filho da recorrente à convivência materna, a teor do *art. 227 da Constituição da República de 1988*.

Afora a Carta Magna, também o *art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente* estabelece que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família”.

Na *Convenção sobre os Direitos da Criança*, tratado internacional adotado pela Assembleia-Geral da ONU em 1989, e ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/1990, também foi estabelecido pelos Estados-parte que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família”.

Cumprir, ainda, a entrada em vigor da Lei n. 13.257/2016, no último dia 9 de março, denominada de “*Estatuto da Primeira Infância*”, estabelecendo um conjunto de ações prioritárias que devem ser observadas no “período que abrange os primeiros 6 anos completos ou 72 meses de vida da criança” (art. 2º), mediante “princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano” (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A esse propósito, a nova norma consolida a corresponsabilidade dos entes federados quanto aos direitos da criança, dispondo que “a Política Nacional Integrada para a primeira infância será formulada e implementada mediante abordagem e coordenação intersetorial que articule as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância” (art. 6º), além de ensejar modificação substancial no *Código de Processo Penal*, imprimindo nova redação ao inciso IV do art. 318 e acrescentando-lhe os incisos V e VI. Confira-se:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III - *imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*
- IV - *gestante;*

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (grifei)

Tais alterações ao CPP se coadunam com o “fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância”, conforme estabelecido no art. 14, § 1º, do Estatuto ora tratado.

Vale consignar, ainda, que, consoante nos lembrou o Ministro Rogério Schietti Cruz, Relator do HC n. 291.439/SP (DJe 11.6.2014), o verbo “poderá” constante do *caput* do art. 318 foi entendido, pela doutrina de Gustavo Badaró, como um “dever” do juiz em determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar, caso presentes os determinantes do dispositivo legal, desta forma:

[...] A Lei n. 12.403/2012 passou a prever a prisão domiciliar. Não se trata, porém, de uma modalidade autônoma de medida cautelar pessoal, mas de uma forma especial de cumprir a medida de prisão preventiva.

Trata-se de uma “substituição” da medida cautelar de prisão preventiva, como deixa claro do *caput* do art. 318 “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando [...]”.

A questão não é meramente terminológica, havendo reflexos práticos em considerar a prisão domiciliar verdadeira modalidade de prisão. Por exemplo, o tempo de prisão domiciliar será considerado para fins de detração, nos termos do art. 42 do CP, que se refere à “prisão provisória”. A prisão domiciliar é, por certo, espécie de prisão provisória.

No máximo, poder-se-ia considerar que a prisão domiciliar (CPP, arts. 317 e 318) é uma medida substitutiva da prisão preventiva, e não uma medida alternativa à prisão.

[...] As hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, inspiradas em razões humanitárias, estão previstas no art. 318 do CPP:

[...] Embora o art. 318 utilize o verbo “poderá”, é de considerar que, demonstrada a hipótese de incidência do art. 318, o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar. Trata-se de direito subjetivo do preso, independentemente de o preceito empregar o verbo “poder” a indicar inexistente poder discricionário do juiz”. Ou seja, deve-se ler o “poderá” como deverá.

Para a sua concessão, o ônus da prova incumbirá ao requerente, normalmente o investigado ou acusado que tenha a prisão preventiva decretada contra si. Todavia,

nada impede que, desde que no momento em que se decreta a prisão preventiva, o juiz determine o seu cumprimento em prisão domiciliar, caso a hipótese legal já esteja demonstrada (p. ex.: se no inquérito policial já houve cópia da certidão de nascimento ou de documento de identidade, comprovatório de que o investigado é maior de 80 anos). (Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 746-747) [...] (grifei)

Embora, ao final, tenha o Ministro Rogério Schietti afirmado que o suposto “dever” do juiz em determinar o cumprimento da prisão em regime domiciliar se presentes as condições objetivas previstas em lei “acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa”, certo é que, feita a ressalva, estamos diante de caso em que a substituição da prisão preventiva se justifica.

O pai da criança também se encontra preso, e a avó materna sofreu AVC isquêmico em janeiro de 2015 e, por mais que já tenha recebido alta hospitalar, encontra-se com sequelas e limitação de deambulação (e-STJ fls. 47/48).

Não se pode negar, outrossim, que o crime anterior praticado pela recorrente foi cometido sem violência ou grave ameaça (tráfico de drogas). Quanto ao delito de receptação, mencionado no decreto preventivo, estamos diante apenas de uma denúncia recebida.

Em circunstâncias semelhantes, esta Turma concluiu o seguinte a respeito da prisão provisória:

[...] Verifica-se que foi decretada a custódia cautelar, fundamentalmente, em razão da gravidade abstrata dos delitos, da conjecturada *participação do paciente em organização criminosa* e do clamor social. Destacou-se, por fim, o risco para a ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

Em imprópria achega, o *Colegado* a quo mencionou, ainda, o fato de o paciente ser *reincidente* e encontrar-se foragido.

Ora, há de ver que declinar, unicamente, tais dados, sem respaldo em circunstâncias colhidas da situação concreta, não se constituem elementos aptos a ensejar a prisão provisória. [...] (HC 318.504/SP, trechos do voto da Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12.5.2015, DJe 21.5.2015, grifei.)

Ressalte-se, ainda, que, em casos similares, esta Corte Superior já deferiu a prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva. Veja-se:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Revista íntima. Inconstitucionalidade. Matéria não examinada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Configuração. Fundamentação. Gravidade concreta do crime. Demonstração. *Paciente genitora de menor de 12 (doze) anos*. Condições pessoais favoráveis. *Situação excepcional*. *Princípio da proteção integral*. *Possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar*. Ordem denegada.

1. A alegação de que a revista íntima seria inconstitucional, porquanto violadora de direitos e garantias individuais, não foi examinada pelas instâncias inferiores, não podendo, assim, ser apreciada por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Por evidente que a nova redação do artigo 318, V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990), dentre outros.*

3. *Quando a presença de mulher for imprescindível a fim de prover os cuidados a filho menor de 12 (doze) anos de idade, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do carcer ad custodiam pela prisão domiciliar, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco.*

4. *Ordem concedida para substituir a custódia preventiva da paciente pela domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do Magistrado singular a fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar. (HC 355.229/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24.05.2016, DJe 13.06.2016, grifei.)*

Habeas corpus. Decisão de Desembargador relator que indeferiu pedido liminar. Súmula 691/STF. Superação. Artigos 33, *caput* e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006. *Prisão domiciliar*. *Filho menor de 6 anos*. *Peculiaridades concretas*. *Medida suficiente para a garantia da ordem pública*. *Flagrante ilegalidade*. Ordem concedida de ofício.

1. Nos termos do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

2. Tal impeditivo é ultrapassado somente em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante de modo a não escapar à pronta percepção do julgador, como na hipótese dos autos.

3. O juiz deverá substituir a prisão preventiva do acusado pela prisão domiciliar, quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade e tal medida revelar-se útil e suficiente como alternativa à prisão *ad custodiam*.

4. No caso dos autos, a paciente não ostenta registros criminais, os contornos da sua participação delitiva não estão muito bem delineados e ela comprovou ser genitora de duas crianças, uma delas de um ano.

5. Assim, a prisão domiciliar deve ser deferida, por razões humanitárias, em decorrência da doutrina da proteção integral à criança e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/1990, mesmo porque a medida cautelar revela-se adequada para a salvaguarda da ordem pública, diante das condições favoráveis que a paciente ostenta (primariedade e residência fixa) e das peculiaridades do caso, em que o juiz de primeiro grau não demonstrou ser a cautela extrema a única idônea a tutelar a ordem pública.

6. A violação da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da prisão preventiva, que também pode ser novamente aplicada pelo julgador, se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar. (HC 291.439/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22.5.2014, DJ de 11.6.2014, grifei.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Motivo torpe e emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima. *Prisão preventiva. Recorrente grávida e com dois filhos menores. Condições pessoais favoráveis. Situação excepcional. Princípio da dignidade da pessoa humana. Possibilidade de colocação da agente em prisão domiciliar. Exegese do art. 318, III, da Lei n. 12.403/2011.* Questão não discutida no aresto combatido. Supressão. Constrangimento ilegal reconhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, permitiu-se ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência e a providência revelar-se suficiente como alternativa à constrição provisória.

2. Não obstante a gravidade da imputação, a excepcionalidade da situação em que se encontra a recorrente, que está grávida e possui dois filhos menores, um deles com apenas 3 (três) anos de idade, justifica que, por razões humanitárias, pelo bem das crianças que merecem os cuidados da mãe, se permita que aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde perante o Juízo singular.

3. Os predicados pessoais favoráveis da agente – primária, sem registro de outros envolvimento criminais, com residência fixa e profissão definida –, reforçam a conclusão pela suficiência e adequação do benefício.

4. *Eventual descumprimento das condições da prisão domiciliar implicará no imediato restabelecimento da constrição preventiva.*

5. *Recurso ordinário não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de habeas corpus de ofício, para substituir a prisão preventiva da recorrente por domiciliar, nos termos do art. 318, III, do CPP, devendo o Juízo singular ficar responsável pela fiscalização do cumprimento do benefício. (RHC 49.537/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 7.10.2014, DJe 23.10.2014, grifei.)*

Assim, não obstante a gravidade da imputação, verifico a vulnerabilidade da situação em que se encontra o filho da recorrente e a necessidade de se deferir a ordem pleiteada, em homenagem à dignidade da pessoa humana, à proteção integral à criança e, também, ao estabelecido no art. 318, III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso*, para substituir a prisão preventiva de *Andrea Langer Fraga* pela domiciliar, mediante monitoração eletrônica, aos ditames do art. 318, III, c/c o art. 319, IX, ambos do Código de Processo Penal, devendo o Juízo singular responsabilizar-se pela fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que eventual desobediência às condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 81.300-SP (2017/0040499-3)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Fernando Pereira Bromonschenkel (Preso)

Advogados: César Augusto Moreira - SP129373

Bianca Abdo Eckschmiedt - SP375938

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Associação criminosa. Fraude em licitações. Prisão processual. Filho em primeira infância. Proteção

diferenciada ao pai. Imprescindibilidade dos cuidados paternos. Não demonstração. Recurso improvido.

1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional.

2. Decisão atacada que valora não ter sido comprovado o requisito legal de ser o acusado o único responsável pelos cuidados da criança, ou mesmo de que é imprescindível para esses cuidados, pois *somente teria o condão de auxiliar a esposa com os cuidados com o filho, pois, segundo mencionado, ela encontra-se dividida entre os afazeres de casa, sustento do lar e cuidados com o filho*, de modo que não há ilegalidade a ser sanada.

3. Recurso em *habeas corpus* improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 20.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, no qual busca-se a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar, com fulcro no art. 318, III, do CPP, sob alegativa de que possui filho menor, atualmente com cinco anos de idade, que desde a prisão preventiva do recorrente, ocorrida em 25.6.2015, vem sofrendo de transtorno psicológico severo, sendo imprescindível a presença do genitor para seus cuidados.

O acórdão combatido foi assim ementado (fl. 152):

Habeas corpus. Substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar. Ausência de preenchimento dos requisitos do art. 318 do Código de Processo Penal. Necessidade de prova cabal da imprescindibilidade dos cuidados para a prole menor não satisfeita. Ordem denegada.

O recorrente, *Fernando Pereira Bromonschenkel*, foi denunciado pela prática dos crimes tipificados no art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei n. 12.850/2013, art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 90 da Lei de Licitações.

A liminar foi indeferida. (fls. 346/348)

As informações foram prestadas. (fls. 399/410)

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não provimento do recurso. (fls. 558/562)

Na origem, a Ação Penal n. 0015960-11.2015.8.26.0506, foi encerrada a instrução processual e aberto prazo na forma do art. 402 do Código de Processo Penal, conforme informações prestadas pela Vara de origem, em 22.3.2017.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): A decisão que indeferiu o pedido de substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar, assim dispôs (fls. 13/15):

Vistos.

O réu Fernando Pereira Bromonschenkel apresentou pedido de concessão de prisão domiciliar sob o argumento de que seu filho, atualmente com quatro anos de idade, está padecendo de transtorno psicológico decorrente da sua ausência

no convívio familiar e, em razão disto, necessita estar presente para auxiliar nos cuidados com o menor, eis que sua esposa estaria atarefada com os cuidados da casa, sustento do lar e a maternidade.

O Ministério Público manifestou-se contrariamente ao pedido do Requerente, sustentando que as suas alegações não autorizam a concessão da medida pleiteada.

De fato assiste razão ao “Parquet”, posto que a hipótese trazida aos autos pelo Requerente não justifica a medida requerida.

É cediço que a prisão domiciliar pleiteada pelo Requerente é “substitutiva” da prisão preventiva, com supedâneo no artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal, ou seja tem como escopo o cumprimento da prisão preventiva em regime domiciliar.

Entretantes, há que sopesar as assertivas do Requerente apresentadas como fundamentos para a concessão da prisão domiciliar, eis que não devidamente demonstrada a imprescindibilidade de tal medida.

O citado dispositivo legal dispõe de forma clara ser “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”.

Cabe ao operador do direito aplicar a norma geral e abstrata ao caso concreto, analisando todas as circunstâncias fáticas para a efetiva subsunção do fato àquela norma.

Na hipótese em tela, a presença do Requerente no lar somente teria o condão de auxiliar a esposa com os cuidados com o filho, pois, segundo mencionado, ela encontra-se dividida entre os afazeres de casa, sustento do lar e cuidados com o filho. Verifica-se, assim, que as atribuições da esposa do Requerente são semelhantes a uma grande parcela de mulheres que são divorciadas, ou que possuem seus maridos presos ou até mortos. Nestes casos, as mulheres passam a assumir a posição de provedora da casa, concomitantemente com os afazeres domésticos e de mãe.

Nessa senda, se a finalidade do legislador fosse tão somente uma aplicação “fria”, meramente literal, do texto da lei, grande parte da população carcerária deveria estar sob o regime da prisão domiciliar, o que certamente não representa a “mens legislatoris”. É por esta razão que o texto legal não deve ser interpretado literalmente, mas deve buscar o interesse da lei e resguardar os valores e direitos por ela protegidos.

O jurista Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o cabimento da prisão domiciliar na situação alegada pelo réu (inciso III, do artigo 318 CPP), nos seguintes termos:

“(…) Na maior parte dos casos, destina-se à mulher, pois é encargos seu cuidar dos filhos em tenra idade ou portadores de deficiência. O acusado que pretenda o benefício, haverá de demonstrar, claramente, o seu vínculo com a criança e, em particular, os cuidados especiais e imprescindíveis a ela destinados. Não

basta juntar as autos a certidão de nascimento, provando a paternidade ou maternidade; há que se demonstrar a tutela existente". (Código de Processo Penal comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 722)

É com esse raciocínio que se verifica a ausência de imprescindibilidade da tutela pretendida, haja vista que a mãe é pessoa capaz, não possui idade avançada e tem condições, assim como grande porção das mulheres da sociedade, de cuidar do filho, dos afazeres domésticos e prover o sustento.

Da mesma forma não se encontra patente a presença da necessidade de "cuidados especiais" que, ao meu ver, refere-se a crianças que efetivamente precisem de cuidados excepcionais e em situação que foge da normalidade. Não está aqui sustentando ser a prisão do pai uma condição normal, mas a ausência temporária de um ente querido causa normalmente um abalo psicológico e, neste sentido, que não se configura uma situação anormal e excepcional. Neste caso, a criança ainda pode ter a conforto e o convívio com a sua genitora, familiares e amigos, de forma que poderá haver um suporte afetivo e ainda psicológico, com tratamento adequado por um profissional.

De mais a mais, o relatório médico apresentado foi apresentado como uma prova unilateral, não podendo a ela atribuir o mesmo valor a uma prova obtida em juízo, por perito oficial e sujeito a compromisso legal, sem olvidar em hipótese alguma da competência do profissional.

Frise-se, ainda, que a prisão domiciliar nos moldes adotados pelo Estatuto Processual Penal não configura um direito subjetivo do preso provisório, sendo necessário passar pelo crivo do Magistrado, consoante já exposto acima.

Nesse sentido:

"A prisão domiciliar constitui faculdade do juiz – e não direito subjetivo do acusado. Por óbvio, não significa dizer que a sua concessão se submete ao capricho do magistrado, algo afrontoso à legalidade. Se o sujeito, cuja preventiva é decretada, preenche alguma das hipóteses do art. 318 do CPP, havendo oportunidade, merecimento e conveniência, o juiz pode inseri-lo em prisão domiciliar. Não haveria sentido, por exemplo, em ser o magistrado obrigado a colocar em domicílio o perigoso chefe de uma organização criminosa somente porque completou 80 anos". (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 721).

O posicionamento da jurisprudência é uníssono a esse respeito:

[...]"

Noutro passo, não se pode perder de vista a imperiosidade da segregação cautelar do Requerente, por ser pessoa que ocupa posição de destaque na organização criminosa, sendo certo que a sua liberdade nesse momento processual, em que não se iniciou a colheita da prova oral é extremamente temerária à regular instrução processual.

É oportuno esclarecer que o pedido em apreço possui requisito específico, não podendo se valer dessa hipótese legal para se colocar fora do cárcere, o que já foi pleiteado diversas vezes pelo Requerente.

Posto isso, não ficando evidenciada nos autos se tratar de tutela imprescindível e indispensável para a saúde do menor, não resta configurada a hipótese legal de cabimento da medida pretendida. Destarte, indefiro a concessão da prisão domiciliar ao Requerente Fernando Pereira Bromonschenkel.

Intimem-se.

(grifou-se)

Como se vê, integra a decisão que negou a concessão de prisão domiciliar, mantendo o decreto preventivo, fundamento concreto porque o agente *ocupa posição de destaque na organização criminosa*. Realmente, anormais são os riscos sociais a justificar a ordem pública contra agentes que integram organizações criminosas reiteradamente atuantes, pelo risco então evidenciado de reiteração. Legítima, pois, a constrição da liberdade determinada.

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a constrição cautelar impõe-se pela gravidade concreta da prática criminosa, envolvendo organização criminosa, ainda mais diante da acentuada periculosidade do acusado, evidenciada na sua posição de destaque no grupo criminoso. Confira-se: RHC 74.347/MG, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 22.11.2016, DJe 7.12.2016; RHC 75.524/SP, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 6.10.2016, DJe 21.10.2016; RHC 75.235/SP, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, *Quinta Turma*, julgado em 4.10.2016, DJe 14.10.2016; RHC 74.000/SC, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 1º.9.2016, DJe 14.9.2016.

Duas ordens de fundamentos convencionais trouxeram diferente tratamento cautelar recente no país: a proteção prioritária à criança e o diferenciado tratamento processual à mãe infratora.

A criança precisa preferencial atenção estatal, especialmente na primeira infância, como tive oportunidade de examinar em âmbito acadêmico (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade e encarceramento feminino no Brasil: a revisão necessária para um futuro de dignidade mínima às crianças filhas de mães em unidades prisionais. Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. CONPEDI: Florianópolis, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07>>. Acesso em: 08 mar 2017. ISBN: 978-85-5505-355-9, pg. 183):

Faz-se necessária, portanto, uma breve digressão sobre a doutrina da absoluta prioridade em relação à criança, objeto do estudo, constitucionalmente extraída do art. 227 da CF, colhida da Convenção sobre os Direitos da Criança, devendo-se anotar, segundo a doutrina de KREUZ (2012, pg. 64) que houve uma mudança de paradigma no que se refere à constitucionalização dos direitos das crianças e dos adolescentes, passando-se de um contexto de primazia da chamada “Doutrina da Situação Irregular” à preponderância de uma nova perspectiva, a da Doutrina da Proteção Integral, estimulada pela agenda das Nações Unidas.

Nas Nações Unidas a doutrina da proteção integral é expressada por diversos instrumentos normativos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança (1989), as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing) (1985), as Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da Delinquência Juvenil (1990) e as Regras Mínimas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade (1989), entre outros.

É o reconhecimento de que ao lado, e talvez acima, dos interesses na persecução criminal eficiente e protetora da sociedade, também é de suprema importância a atenção aos interesses atingidos de crianças e adolescentes.

Outra preocupação mundial é o crescente encarceramento feminino, notadamente em razão da natalidade (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade..., pg. 187):

... diante do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, entre 2000 a 2014 a população feminina nos presídios aumentou 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%. É tendência mundial, que incita ao debate sobre o encarceramento feminino.

As Regras de Bangkok foram aprovadas, no ano 2010, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (VENTURA, 2015, pp. 607/619), fixando a preocupação da comunidade internacional com os direitos humanos relativos à maternidade, à família e à saúde (inclusive sexual e reprodutiva) das mulheres e dos seus filhos nos presídios, e estabelecendo, ainda, uma proposta de responsabilização dos Estados em caso de negligência na implementação de leis e políticas públicas de proteção e promoção dos direitos humanos das encarceradas e de seus filhos. É norma afirmativa de princípios e valores fundamentais da humanidade, em resposta a um quadro de políticas públicas e legislações internas que se apresentavam como obstáculo a essas garantias.

Embora não possua o grau de vinculabilidade de um Tratado, trata-se de norma cuja aceitação é feita de forma consensual entre os Estados signatários, assim admitindo o Brasil que se submete às regras por ele admitidas.

Nessa linha orientativa é que vieram as Regras de Bangkok, o principal marco normativo internacional de tratamento das mulheres presas, a orientar medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

No Brasil, o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) normatizou o diferenciado tratamento cautelar à gestante e à mulher com filhos até doze anos, ou pai (quando único responsável pela criança) - nova redação dada ao art. 318, IV, V e VI, do Código de Processo Penal.

Na condição de gestante e de mãe de criança, nenhum requisito é legalmente exigido, afora a prova dessa condição. No caso do pai de criança, é exigida a prova de ser o único responsável pelos cuidados da criança.

Assim, incorpora-se como novo critério geral a concessão da prisão domiciliar em proteção da gestação ou da criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação), cabendo ao magistrado justificar a excepcionalidade - situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional:

É a adoção de um novo padrão comportamental, de parte das instituições públicas, no sentido de aplicar a essas condenadas penas alternativas ou menos gravosas, em especial quando se tratar de prisão cautelar, atendendo-se, assim, à sistemática dos ordenamentos jurídicos na contemporaneidade, fundada na primazia da garantia dos Direitos Humanos (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade..., pg. 189).

Examinando a *decisão judicial atacada*, vê-se que não admitiu o magistrado como comprovada a condição de único responsável, ou mesmo de ser imprescindível aos cuidados do filho menor. Ao contrário, afirmou que *Na hipótese em tela, a presença do Requerente no lar somente teria o condão de auxiliar a esposa com os cuidados com o filho, pois, segundo mencionado, ela encontra-se dividida entre os afazeres de casa, sustento do lar e cuidados com o filho*. Assim, justificada a não incidência do requisito legal, e descabendo a revisão da valoração dessa prova na via do *habeas corpus*, é de se reconhecer como inexistente ilegalidade a ser sanada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.521.239-MG (2015/0058258-9)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Diogo Nepomuceno Dutra

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso especial. Tráfico de drogas e posse irregular de munição de uso permitido. Alegações finais. Ausência de pedido expresso de condenação pelo Ministério Público. Irrelevância. Indisponibilidade da ação penal pública. Tipicidade da conduta. Recurso não provido.

1. Quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação, como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (*decision on prosecution motion to withdraw counts*) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou mesmo oposta – do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado.

2. As posições contingencialmente adotadas pelos representantes do *Parquet* no curso de um processo – no caso, trata-se de mera omissão nas alegações finais, relativamente ao pedido de condenação contido na denúncia – não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal, que é o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo Ministério Público, Estado-acusador, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo acusado, ambos sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente.

3. Embora o Ministério Público, em alegações finais, não haja pedido, expressamente, a condenação do acusado pelo crime descrito

no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, ainda assim remanesceu presente a acusação formulada no início da persecução penal – a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu soberano poder de dizer o direito (*juris dicere*) –, notadamente porque o órgão ministerial, em seus pedidos, pleiteou a “procedência da ação penal para condenar o acusado *Diogo Nepomuceno Dutra* nos termos da denúncia”.

4. Uma vez que foi encontrada, no interior da residência do recorrente, uma munição calibre 38, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mostra-se típica, material e formalmente, a conduta a ele imputada (art. 12 da Lei n. 10.826/2003).

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 16.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Diogo Nepomuceno Dutra* interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais* (Apelação Criminal n. 1.0145.12.079130-9/001).

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 da Lei n. 10.826/2003 e 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, aponta violação dos arts. 24, 386, III, e 500 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o Ministério Público, em alegações finais, não pediu a condenação pelo crime descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, mas tão somente pelo delito de tráfico de drogas.

Ainda, afirma que não há tipicidade material na conduta de possuir munição em sua residência, de maneira que deve ser aplicado o princípio da insignificância em relação ao delito descrito no art. 12 do Estatuto do Desarmamento. Argumenta que “uma única munição calibre 38 não tem o condão de gerar dano ou perigo relevante, não lesiona ou coloca em risco o bem jurídico tutelado na intensidade exigida pelo princípio da ofensividade” (fl. 337).

Requer o provimento do recurso, “com a absolvição do recorrente e/ou julgando improcedente a imputação acerca do art. 12 da Lei n. 10.826/2003” (fl. 345).

Contrarrrazões às fls. 351-357 e decisão de admissibilidade às fls. 359-360.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): No que tange à alegação de que não seria possível a condenação do recorrente pelo crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 – porquanto o Ministério Público, em alegações finais, não pleiteou a procedência da acusação especificamente no tocante a esse delito –, verifico que a Corte estadual assim se manifestou (fl. 300):

Argúi, a i. defesa, ofensa ao sistema acusatório. Diz não ser possível a condenação do recorrente nas iras do art. 12 da Lei n. 10.826/2003, porquanto o Ministério Público não sustentou a procedência da acusação neste aspecto. Sem razão, contudo.

A omissão do *Parquet* não impõe a pretendida absolvição.

Efetivamente, diante do oferecimento e posterior recebimento da Denúncia, as alegações ministeriais, sejam elas acusatórias ou absolutórias, não vinculam o magistrado, que decide - motivadamente - segundo sua pessoal convicção.

Faço lembrar que o Ministério Público, instituição a que o constituinte de 1988 incumbiu, privativamente, de promover a ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal), possui o dever de deduzir, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a pretensão punitiva estatal, compromissado com a descoberta da verdade e a realização da justiça.

Ao contrário de outros sistemas, em que o Ministério Público dispõe, por critérios de discricionariedade, da ação, no processo penal brasileiro o Promotor de Justiça

não pode abrir mão do dever de conduzir a actio penalis até seu desfecho, quer para a realização da pretensão punitiva, quer para, se for o caso, postular a absolvição do acusado, hipótese, aliás, que não obriga o juiz natural da causa, consoante disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, a atender ao pleito ministerial.

Deveras, o art. 385 do Código de Processo Penal prevê que, quando o Ministério Público pede a absolvição do acusado, ainda assim o juiz está autorizado a condená-lo, dada, também aqui, sob a ótica do Poder Judiciário, a *soberania do ato de julgar*. Ademais, no nosso sistema, ao contrário de outros, o órgão ministerial não dispõe livremente da ação penal. É dizer, o Ministério Público é o titular da ação penal, *mas dela não pode, por razões de conveniência institucional, simplesmente dispor*, tal como ocorre na ação penal de iniciativa privada.

Dito de outro modo, quando o Parquet pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação (“Art. 42 do CPP. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”), como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (*decision on prosecution motion to withdraw counts*) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, *é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho*, mesmo que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou mesmo oposta – à do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado.

No tocante à natureza dos interesses postos em conflito no Processo Penal, reporto-me à oportuna e avalizada lição de Giovanni Leoni (*Diritto Procesuale Penale*, 7. ed., Napoli, Jovene, 1968, p. 497 ss), que, em tradução livre, assere:

No Processo Penal se estabelecem duas situações distintas: uma imanente de conflito entre o direito punitivo do estado e o direito de liberdade do agente; e, outra, contingente, de relação entre o Ministério Público e o acusado, que pode reproduzir a primeira situação ou divorciar-se integralmente dela.

E acrescenta o eminente professor italiano:

Na jurisdição criminal não há propriamente uma demanda do Ministério Público contra uma demanda do réu, mas uma posição estática de interesse punitivo que está atrás do Ministério Público. E uma posição estática de interesse à liberdade que fica às costas do agente.

A compreensão, portanto, de tal escólio é de que as posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo – aqui se trata de mera omissão nas alegações finais, relativamente ao pedido de condenação contido na denúncia – não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal, que é o conflito entre o *interesse punitivo* do Estado, representado pelo *Parquet*, Estado-acusador, e o *interesse de proteção à liberdade* do indivíduo acusado, ambos *sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar*, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente.

Portanto, mesmo que o órgão ministerial, em alegações finais, não haja pedido, *expressamente*, a condenação do acusado pelo crime descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, ainda assim remanesceu presente a acusação formulada no início da persecução penal – a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu soberano poder de dizer o direito (*juris dicere*) –, notadamente porque o órgão ministerial, em seus pedidos, pleiteou a “procedência da ação penal para condenar o acusado *Diogo Nepomuceno Dutra nos termos da denúncia*” (fl. 175).

Assim, entendo que, sob esse viés, não há como ser afastada a condenação pelo crime descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003.

Da mesma forma, não há como acolher a alegação do recorrente de que seria materialmente atípica a conduta de possuir ilegalmente munição no interior de sua residência (art. 12 do Estatuto do Desarmamento), haja vista que “O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o delito do artigo 12 da Lei n. 10.826/2003 busca tutelar a segurança pública, colocada em risco com a posse ou porte de arma, acessório ou munição à revelia do controle estatal, não impondo à sua configuração o resultado naturalístico ou efetivo perigo de lesão” (*AgRg no REsp n. 1.577.846/RS*, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, 5ª T., DJe 9.11.2016), de maneira que não se lhe aplica o princípio da insignificância.

Logo, uma vez que foi encontrada, no interior da residência do recorrente, uma munição calibre 38, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, entendo ser típica, *material e formalmente*, a conduta a ele imputada (art. 12 da Lei n. 10.826/2003).

À vista do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.627.028-SP (2016/0246832-9)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Pamela Karoline Rocha de Lima
Advogado: Rodrigo Soares de Carvalho - SP245891

EMENTA

Recurso especial. Penal. Estatuto do Desarmamento. Delito tipificado no artigo 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003. Porte de artefato explosivo. Granada de gás lacrimogêneo/pimenta. Inadequação típica. Recurso improvido.

1. Explosivo é, em sentido amplo, um material extremamente instável, que pode se decompor rapidamente, formando produtos estáveis. Esse processo é denominado de explosão e é acompanhado por uma intensa liberação de energia, que pode ser feita sob diversas formas e gera uma considerável destruição decorrente da liberação dessa energia.

2. Não será considerado explosivo o artefato que, embora ativado por explosivo, não projete e nem disperse fragmentos perigosos como metal, vidro ou plástico quebradiço, não possuindo, portanto, considerável potencial de destruição.

3. Para a adequação típica do delito em questão, exige-se que o objeto material do delito, qual seja, o artefato explosivo, seja capaz de gerar alguma destruição, não podendo ser tipificado neste crime a posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta, porém, não impedindo eventual tipificação em outro crime.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta

Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 3.3.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo*, com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Ente da Federação, *in verbis* (fl. 505):

Tráfico de entorpecentes. Provas seguras demonstrando o efetivo envolvimento da acusada no comércio de drogas. Condenação. Necessidade. Penas e regime mercedores de reparos.

Estatuto de Desarmamento. Apreensão de duas granadas com “gás lacrimogêneo” e “gás de pimenta” na residência da acusada. Ausência de efetiva potencialidade lesiva. Ocorrência. Conduta atípica. Hipótese.

Recurso parcialmente provido.

Em seu recurso especial, o recorrente alega violação do artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 10.826/2003, ao argumento de que é típica a conduta de portar duas granadas, sendo uma de gás de pimenta e outra de gás lacrimogêneo.

Salienta que “explosivo é o tipo de matéria que, quando iniciada, sofre decomposição muito rápida em produtos estáveis, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão” (fl. 533).

Requer, ao final, o provimento do recurso.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do apelo especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Consta dos autos que foi oferecida denúncia contra a recorrida Pamela Karoline Rocha de Lima pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput*, c/c 40, III, da Lei n. 11.343/2006, e 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003.

Em relação ao delito tipificado no Estatuto do Desarmamento, narra a inicial acusatória que (fl. 4):

Sobre o referido móvel havia uma caixa de papelão, contendo uma balança de precisão e dois artefatos explosivos (GR EXPL LACR GL-305 e GR INDOOR EXPL PIMENTO OC GB-708). No interior do guarda-roupas os policiais apreenderam anotações referentes a organização das filas de visitas do CDP, um extrato de conta corrente (cota), papel manuscrito contendo 'fórmula' para preparação de cocaína, além de um aparelho celular, sem chip. Houve a apreensão de dois rolos de fita na cor marrom.

A perícia técnica asseverou que (fl. 277):

Trata-se das seguintes peças:

1) *Uma (01) granada de mão do tipo de gás de pimenta*, da marca CONDOR, modelo GB-708, denominada GRANADA INDOOR EXPL. PIMENTA.

Tem formato esférico e confeccionada externamente em borracha da cor verde. É provida de acionador tipo EOT (espoleta de ogiva de tempo com tempo de retardo de 1,5s) com argola e grampo de segurança.

Internamente contém um misto explosivo de baixa velocidade e uma carga de pimenta em pó. Possui sistema de duplo estágio que faz com que o corpo rígido do acionador seja ejetado antes da explosão da granada. Desta forma, ao explodir, a granada lançará, além do gás de pimenta, apenas fragmentos de borracha.

Encontrava-se aparentemente íntegra e seus dados referentes à data de fabricação/validade e lote encontravam-se raspados.

Tinha eficácia e potencial lesivo

2) *Uma (01) granada de mão do tipo de gás lacrimogêneo*, da marca CONDOR, modelo GL-305, denominada GRANADA EXPL. LACR.

Tem formato cilíndrico e é confeccionada em material plástico emborrachado da cor vermelha. É provida de acionador tipo EOT com argola e grampo de segurança.

Internamente contém explosivo e uma carga de gás lacrimogêneo. Ao explodir, a granada lançará densa fumaça.

Encontrava-se aparentemente íntegra e apresentava gravado na parte inferior do corpo cilíndrico os seguintes dados: LOTE BH-U DEY04.

Seus dados referentes a data de fabricação/validade encontravam-se raspados.

Tinha eficácia e potencial lesivo.

Ao analisar a tipicidade da conduta, o magistrado de primeiro grau afirmou que (fl. 354):

Por outro lado, a prova oral e confissão da ré, aliada ao laudo de fls. 231/232, demonstram à saciedade a existência e autoria delitiva quanto ao delito do art. 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003, vez que granadas de gás de pimenta e gás lacrimogêneo configuram artefatos explosivos, não havendo que se falar na pretensão atipicidade.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, consignou que (fls. 507):

Por outro lado, não deve prevalecer a condenação pelo disposto no artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 10.826/2003, uma vez que o laudo pericial de fls. 231/232 concluiu tratar-se de duas granadas contendo “gás lacrimogêneo” e “gás de pimenta”, não podendo, portanto, serem classificadas como material explosivo ou incendiário, como exigido pela norma incriminadora.

Ora, as referidas granadas constituem-se em peças inidôneas para submeter a risco os bens jurídicos protegidos pelo Estatuto do Desarmamento.

Como sabido, o Direito Penal é regido pelo princípio da intervenção mínima, ou seja, somente os ataques mais intoleráveis ou os mais relevantes são abarcados no âmbito penal.

Oportuno salientar, nesse passo, que a orientação doutrinária e jurisprudencial vem se modificando no sentido de se exigir a comprovação do dano ou do perigo concreto contra os bens jurídicos tutelados, inclusive nos crimes considerados de mera conduta, como no caso dos autos, haja vista que não se deve punir ação que não gere efetivo risco à coletividade.

Sendo assim, diante da apreensão dos aludidos artefatos, tenho que a conduta da apelante é atípica, já que não tinha, a princípio, como causar dano ou risco à incolumidade pública.

De fato, o artigo 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003 estabelece que:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso

proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Desde 1995, no IX Congresso da ONU sobre a Prevenção de Crime e Tratamento do Delinquente, em Cairo, as Nações Unidas vêm demonstrando uma certa preocupação com o controle de armas, tanto aquelas que circulam internamente no País, como aquelas que migram de um país para outro, inclusive elaborando a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos.

A Lei n. 9.437/1997, elaborada alguns anos após, foi uma tentativa nacional de controle das armas de fogo, criando um cadastro nacional e regras para o registro e o porte/posse, buscando retirar as armas do controle de pessoas que não tenham autorização para portá-las. Assim, busca controlar o comércio legal e limitar as fontes do tráfico irregular. Atualmente, a Lei n. 10.826/2003 buscou remodelar o sistema, procurando corrigir pontos considerados falhos dentro da nova política nacional de controle de armas, munições e explosivos.

O Estatuto do Desarmamento foi elaborado para a proteção de um bem jurídico especial, qual seja, a segurança coletiva. A Constituição Federal elegeu expressamente a segurança como um direito fundamental: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade”

Dessa forma, o legislador deverá editar normas que garantam uma proteção contínua à segurança, vista como um bem jurídico autônomo. O Estado Brasileiro, então, optou por criminalizar certas condutas que colocassem em risco a segurança social (enquanto bem jurídico de natureza coletiva).

A segurança, embora intimamente ligada aos interesses individuais (que buscam proteger a vida, o patrimônio, a liberdade), apresenta uma tutela penal de maior complexidade.

O Estado não pode garantir uma segurança plena a todos os cidadãos, por isso ele deve trabalhar com níveis mínimos de segurança, elaborando, para tal finalidade, uma série de regras e formalidades para controlar o uso de armas, munições e explosivos.

Toda vez que a conduta do agente atentar contra este nível mínimo de segurança pré-estabelecido, teremos a prática de um delito.

O delito tipificado neste inciso busca tutelar a incolumidade pública, proteger a vida, o patrimônio, a incolumidade física e a saúde dos cidadãos, impedindo o rebaixamento do nível de segurança tolerado. Neste delito, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, mas o sujeito passivo será sempre a coletividade. A conduta típica consiste em possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Dessa forma, para que determinada conduta seja enquadrada neste tipo penal, deve-se estabelecer o que é explosivo.

O Regulamento R-105, do Exército Brasileiro, esclarece o que é explosivo:

Art. 3.

LI - explosivo: tipo de matéria que, quando iniciada, sofre decomposição muito rápida em produtos mais estáveis, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão;

Buscando explicar este conceito, Walter da Silva Barros ensina que:

Segundo especialistas do SEDAEL, explosivos são substâncias químicas que, ao sofrerem determinada ação mecânica, física ou química, se transformam em grande volume de gases sob grande pressão, em curtíssimo período, produzindo calor e luz. Em outras palavras, são substâncias ou misturas de substâncias capazes de se transformar quimicamente em gases com extraordinária rapidez e de desenvolver calor intenso, produzindo elevadas pressões e considerável destruição resultante da energia liberada em ondas de choque.

(*Estatuto do Desarmamento Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 217)

Ainda buscando complementar o conceito de explosivo, a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos estabelece que:

5. "Explosivos": toda substância ou artigo produzido, fabricado ou utilizado para produzir uma explosão, detonação, propulsão ou efeito pirotécnico, excetuando-se:

a. substâncias e artigos que não são explosivos em si mesmos; ou b. substâncias e artigos mencionados no anexo desta Convenção.

Anexo

O termo “explosivos” não inclui: gases comprimidos; líquidos inflamáveis; artefatos ativados por explosivos, tais como bolsas de ar de segurança (*air bags*) e extintores de incêndio; artefatos ativados por propulsores, tais como cartuchos para disparar pregos; fogos de artifício adequados para uso por parte do público e projetados principalmente para produzir efeitos visíveis ou audíveis por meio de combustão, que contenham compostos pirotécnicos e que não projetem nem dispersem fragmentos perigosos como metal, vidro ou plástico quebradiço; espoleta de papel ou de plástico para revólveres de brinquedo; artefatos propulsores de brinquedo que consistam de pequenos tubos fabricados de papel ou de material composto, ou vasilhames que contenham uma pequena carga ou pólvora propulsora de combustão lenta que, ao funcionar, não causem explosão nem produzam chama externa, exceto através do bocal; e velas fumígenas, tubos fumígenos, granadas fumígenas, sinais fumígenos, artifícios de sinalização, artefatos para sinalização manual e cartuchos de sinalização do tipo “*Very*”, projetados para produzir efeitos visíveis com fins de sinalização, que contenham compostos fumígenos e cargas não-explosivas.

Assim, podemos entender que um explosivo é, em sentido amplo, um material extremamente instável, que pode se decompor rapidamente, formando produtos estáveis. Esse processo é denominado de explosão e é acompanhado por uma intensa liberação de energia, que pode ser feita sob diversas formas e gera uma considerável destruição decorrente da liberação dessa energia.

No entanto, não será considerado explosivo o artefato que, embora ativado por explosivo, não projete e nem disperse fragmentos perigosos como metal, vidro ou plástico quebradiço, não possuindo, portanto, considerável potencial de destruição.

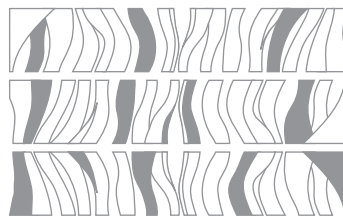
A perícia informa que, no caso concreto, a explosão irá liberar apenas uma densa fumaça, contendo o gás de pimenta, ou, quando muito, ainda fragmentos de borracha. Dessa forma, embora a perícia indique eficácia e potencial lesivo, constata-se que no artefato, mesmo que ativado por explosivo, a explosão decorrente da sua decomposição não é capaz de gerar destruição resultante da liberação de energia, apenas o incômodo gerado pelo gás tóxico.

A norma em comento, por sua vez, busca tutelar a incolumidade pública não de forma absoluta, mas apenas no que se refere ao uso de artefatos explosivos ou incendiários, o que, conforme analisado acima, não é o caso retratado nestes autos.

Assim, para a adequação típica do delito em questão, exige-se que o objeto material do delito, qual seja, o artefato explosivo, seja capaz de gerar alguma

destruição, não podendo ser tipificado neste crime a posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta, embora não fique impedido o enquadramento desta conduta em outra figura típica.

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



Índice Analítico

A

- PrCv **Ação civil pública** - CPC, art. 330, I - Violação - Julgamento antecipado da lide - Não cabimento - Matéria de natureza fática - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Ofensa - Prova pericial - Necessidade. REsp n. 1.603.035 - RJ. RSTJ 246/160.
- PrCv **Ação de adoção** - Adoção póstuma - Carência de ação - CPC/1973, art. 267, VI - Violação - Manifestação inequívoca da vontade de adotar - Ausência. REsp n. 1.265.748 - RS. RSTJ 246/659.
- PrCv **Ação de anulação de partilha de bens** - CC/1916, art. 178 - Prazo decadencial quadrienal - União estável - Dissolução - Vício de consentimento - Coação irresistível. REsp n. 1.621.610 - SP. RSTJ 246/707.
- Cv **Ação de busca e apreensão** - Alienação fiduciária - Contrato de financiamento de automóvel - Inadimplemento. REsp n. 1.622.555 - MG. RSTJ 246/355.
- PrCv Ação de estado - **Ação de investigação de paternidade** - Coisa julgada - Relativização - Exame de DNA - Ausência - Pedido julgado improcedente por ausência de provas - Repetição de ação ajuizada anteriormente. REsp n. 1.071.458 - MG. RSTJ 246/569.
- PrCv **Ação de investigação de paternidade** - Ação de estado - Coisa julgada - Relativização - Exame de DNA - Ausência - Pedido julgado improcedente por ausência de provas - Repetição de ação ajuizada anteriormente. REsp n. 1.071.458 - MG. RSTJ 246/569.
- Cv **Ação de obrigação de fazer** - Monitoramento prévio de publicações na rede social - Orkut - Remoção de conteúdo reputado ofensivo. REsp n. 1.342.640 - SP. RSTJ 246/420.

- PrCv **Ação de obrigação de fazer cumulada com ação indenizatória** - *Astreintes* - Parâmetros de fixação - Ordem judicial para retirada de gravame de veículo. AgInt no AgRg no AREsp n. 738.682 - RJ. RSTJ 246/529.
- PrCv **Ação indenizatória** - Competência - CPC/1973, arts. 94 e 100, IV, a. REsp n. 1.138.522 - SP. RSTJ 246/293.
- PrCv **Ação indenizatória por danos morais** - Liberdade de imprensa - Ofensa a direito de personalidade - Responsabilidade pelo excesso imputada *a posteriori*. REsp n. 1.582.069 - RJ. RSTJ 246/676.
- PrPn Ação penal pública - Indisponibilidade - **Alegações finais** - Ministério Público - Ausência de pedido expresso de condenação - Irrelevância. REsp n. 1.521.239 - MG. RSTJ 246/993.
- PrCv Acórdão recorrido - Nulidade - Não ocorrência - **Improbidade administrativa**. REsp n. 1.630.315 - PR. RSTJ 246/197.
- PrCv Acórdão recorrido - Nulidade - Não ocorrência - **Improbidade administrativa** - Instituto da prevenção às causas continentais - Aplicabilidade. REsp n. 1.619.009 - PR. RSTJ 246/177.
- PrCv Acórdãos paradigma - Escolha equivocada - **Embargos de divergência em recurso especial** - Enunciado Administrativo n. 6-STJ - Inaplicabilidade - Vício grave - Configuração. AgInt nos EREsp n. 1.336.452 - MG. RSTJ 246/19.
- PrPn **Acordo de colaboração premiada** - Homologação - CPP, art. 252 - Impedimento - Inexistência. HC n. 221.231 - PR. RSTJ 246/736.
- PrCv Adoção póstuma - **Ação de adoção** - Carência de ação - CPC/1973, art. 267, VI - Violação - Manifestação inequívoca da vontade de adotar - Ausência. REsp n. 1.265.748 - RS. RSTJ 246/659.
- PrCv Advogado - Enfermidade - Comprovação - **Apelação** - Intempestividade - Prazo recursal - Devolução - Possibilidade. AgInt no AREsp n. 831.004 - DF. RSTJ 246/97.
- PrCv Agravo de instrumento - Recurso cabível - CPC/1973, art. 475-M, § 3º - **Impugnação ao cumprimento de sentença**. REsp n. 1.508.929 - RN. RSTJ 246/477.
- PrPn **Agravo regimental contra decisão monocrática** - CPC/2015 - Inaplicabilidade - Lei n. 8.038/1990, art. 39 - Revogação - Não ocorrência - Prazo recursal - Contagem. AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 355.637 - RJ. RSTJ 246/28.
- Trbt Ajuste no balanço patrimonial de 1994 - Impossibilidade - Ano-base de 1989 - **Correção monetária** - Demonstrações financeiras. REsp n. 1.203.375 - SC. RSTJ 246/138.

- PrPn **Alegações finais** - Ação penal pública - Indisponibilidade - Ministério Público - Ausência de pedido expreso de condenação - Irrelevância. REsp n. 1.521.239 - MG. RSTJ 246/993.
- Cv Alienação fiduciária - **Ação de busca e apreensão** - Contrato de financiamento de automóvel - Inadimplemento. REsp n. 1.622.555 - MG. RSTJ 246/355.
- Adm Anistia de militar - Decadência - Não configuração - **Mandado de segurança** - Reparação econômica - Parcelas pretéritas. AgInt no MS n. 22.039 - DF. RSTJ 246/45.
- Adm Anistia política - Processo administrativo - Ato omissivo - Legitimidade passiva *ad causam* - Ministro da Justiça - Lei n. 9.784/1999, art. 49 - **Mandado de segurança**. MS n. 19.132 - DF. RSTJ 246/55.
- Trbt Ano-base de 1989 - Ajuste no balanço patrimonial de 1994 - Impossibilidade - **Correção monetária** - Demonstrações financeiras. REsp n. 1.203.375 - SC. RSTJ 246/138.
- PrCv **Apelação** - Intempestividade - Advogado - Enfermidade - Comprovação - Prazo recursal - Devolução - Possibilidade. AgInt no AREsp n. 831.004 - DF. RSTJ 246/97.
- Cv Apólice - Renovação - Má-fé - Configuração - Questionário de avaliação de risco - Informações inverídicas do segurado e do tomador do seguro - **Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica**. REsp n. 1.601.555 - SP. RSTJ 246/497.
- PrPn **Apreensão de celular de adolescente** - Nulidade - Condenação - Possibilidade - Provas secundárias - Autonomia. HC n. 378.374 - MG. RSTJ 246/914.
- Pn Artefato explosivo - Não configuração - Lei n. 10.826/2003, art. 16, parágrafo único, III - Inaplicabilidade - **Posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta**. REsp n. 1.627.028 - SP. RSTJ 246/998.
- PrCv *Astreintes* - Parâmetros de fixação - **Ação de obrigação de fazer cumulada com ação indenizatória** - Ordem judicial para retirada de gravame de veículo. AgInt no AgRg no AREsp n. 738.682 - RJ. RSTJ 246/529.
- Adm Ato omissivo - Anistia política - Processo administrativo - Legitimidade passiva *ad causam* - Ministro da Justiça - Lei n. 9.784/1999, art. 49 - **Mandado de segurança**. MS n. 19.132 - DF. RSTJ 246/55.
- Adm Ato omissivo continuado - Configuração - Decadência - Não configuração - Reparação econômica retroativa - Cabimento - **Viúva de militar anistiado**. MS n. 21.506 - DF. RSTJ 246/64.

Pn Autoria e materialidade - Configuração - **Crime de estupro de vulnerável** - Palavra da vítima - Valor probante diferenciado - Perda do cargo público - Promotor de Justiça. REsp n. 1.659.662 - CE. RSTJ 246/844.

B

Trbt Base de cálculo - Fornecimento de energia elétrica - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 87/1996, art. 13, I - Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). REsp n. 1.163.020 - RS. RSTJ 246/103.

C

Cv **Cadastro de devedores inadimplentes** - Dever de notificação prévia - Endereço incorreto do devedor. REsp n. 1.620.394 - SP. RSTJ 246/516.

Cv Capitalização de juros - **Contrato bancário**. REsp n. 1.388.972 - SC. RSTJ 246/316.

PrCv Carência de ação - **Ação de adoção** - Adoção póstuma - CPC/1973, art. 267, VI - Violação - Manifestação inequívoca da vontade de adotar - Ausência. REsp n. 1.265.748 - RS. RSTJ 246/659.

Pn Causa de aumento do repouso noturno - Incidência - **Crime de furto qualificado mediante escalada**. REsp n. 1.624.292 - SC. RSTJ 246/839.

PrCv CC/1916, art. 178 - **Ação de anulação de partilha de bens** - Prazo decadencial quadrienal - União estável - Dissolução - Vício de consentimento - Coação irresistível. REsp n. 1.621.610 - SP. RSTJ 246/707.

Cv CDC, art. 18, § 1º - Fornecedor - Intermediação - Desnecessidade - **Serviço de assistência técnica**. REsp n. 1.459.555 - RJ. RSTJ 246/466.

PrPn Cerceamento de defesa - Ocorrência - Colaboração premiada de corrêu - Contraditório - Não ocorrência - **Sentença** - Nulidade. HC n. 364.785 - PE. RSTJ 246/882.

Pn Circunstâncias judiciais desfavoráveis - **Crime de associação para o tráfico internacional de entorpecentes** - Pena-base - Majoração - Regime prisional mais gravoso. HC n. 338.047 - SP. RSTJ 246/761.

Cv Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Compra e venda de insumos para indústria de autopeças - **Contrato de transporte internacional de carga** - Relação de consumo - Não caracterização. REsp n. 1.442.674 - PR. RSTJ 246/439.

PrCv Coisa julgada - Relativização - Ação de estado - **Ação de investigação de paternidade** - Exame de DNA - Ausência - Pedido julgado improcedente

- por ausência de provas - Repetição de ação ajuizada anteriormente. REsp n. 1.071.458 - MG. RSTJ 246/569.
- PrPn Colaboração premiada de corréu - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Contraditório - Não ocorrência - **Sentença** - Nulidade. HC n. 364.785 - PE. RSTJ 246/882.
- PrCv Competência - **Ação indenizatória** - CPC/1973, arts. 94 e 100, IV, a. REsp n. 1.138.522 - SP. RSTJ 246/293.
- Cv Compra e venda de insumos para indústria de autopeças - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Contrato de transporte internacional de carga** - Relação de consumo - Não caracterização. REsp n. 1.442.674 - PR. RSTJ 246/439.
- Cv **Concurso particular de credores** - Crédito trabalhista - Preferência. REsp n. 1.454.257 - PR. RSTJ 246/450.
- PrPn Condenação - Possibilidade - **Apreensão de celular de adolescente** - Nulidade - Provas secundárias - Autonomia. HC n. 378.374 - MG. RSTJ 246/914.
- Trbt Conselho de fiscalização profissional - Anuidades - **Execução fiscal** - Lei n. 12.514/2011, art. 8º - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 1.524.930 - RS. RSTJ 246/283.
- PrPn Constrangimento ilegal - Ocorrência - **Crime de estupro de vulnerável** - Remoção de réu de Centro de Reintegração Social. HC n. 383.102 - PR. RSTJ 246/939.
- PrPn Contraditório - Não ocorrência - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Colaboração premiada de corréu - **Sentença** - Nulidade. HC n. 364.785 - PE. RSTJ 246/882.
- Cv **Contrato bancário** - Capitalização de juros. REsp n. 1.388.972 - SC. RSTJ 246/316.
- Cv Contrato de financiamento de automóvel - Inadimplemento - **Ação de busca e apreensão** - Alienação fiduciária. REsp n. 1.622.555 - MG. RSTJ 246/355.
- Adm Contrato de transferência de tecnologia - Averbação - **Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI**. REsp n. 1.200.528 - RJ. RSTJ 246/243.
- Cv **Contrato de transporte internacional de carga** - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Compra e venda de insumos para indústria de autopeças - Relação de consumo - Não caracterização. REsp n. 1.442.674 - PR. RSTJ 246/439.

- Cv Convenção de Varsóvia - Importação - Mercadorias avariadas - Seguradora - Ressarcimento - **Transporte aéreo internacional**. REsp n. 1.156.735 - SP. RSTJ 246/586.
- Trbt **Correção monetária** - Demonstrações financeiras - Ajuste no balanço patrimonial de 1994 - Impossibilidade - Ano-base de 1989. REsp n. 1.203.375 - SC. RSTJ 246/138.
- Pn CP, art. 92 - **Crime de corrupção passiva** - Gerente dos Correios - Pena de perdimento do cargo público - Restrição. REsp n. 1.452.935 - PE. RSTJ 246/823.
- PrCv CPC, art. 330, I - Violação - **Ação civil pública** - Julgamento antecipado da lide - Não cabimento - Matéria de natureza fática - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Ofensa - Prova pericial - Necessidade. REsp n. 1.603.035 - RJ. RSTJ 246/160.
- PrCv CPC/1973, arts. 94 e 100, IV, a - **Ação indenizatória** - Competência. REsp n. 1.138.522 - SP. RSTJ 246/293.
- PrCv CPC/1973, art. 267, VI - 1.138.522 Violação - **Ação de adoção** - Adoção póstuma - Carência de ação - Manifestação inequívoca da vontade de adotar - Ausência. REsp n. 1.265.748 - RS. RSTJ 246/659.
- PrCv CPC/1973, art. 475-M, § 3º - Agravo de instrumento - Recurso cabível - **Impugnação ao cumprimento de sentença**. REsp n. 1.508.929 - RN. RSTJ 246/477.
- PrCv CPC/1973, art. 543-B, § 3º - Juízo de retratação - **Recurso especial** - Não provimento. REsp n. 1.026.401 - SE. RSTJ 246/224.
- PrPn CPC/2015 - Inaplicabilidade - **Agravo regimental contra decisão monocrática** - Lei n. 8.038/1990, art. 39 - Revogação - Não ocorrência - Prazo recursal - Contagem. AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 355.637 - RJ. RSTJ 246/28.
- PrPn CPP, art. 252 - **Acordo de colaboração premiada** - Homologação - Impedimento - Inexistência. HC n. 221.231 - PR. RSTJ 246/736.
- PrPn CPP, art. 318, V - **Prisão preventiva** - Substituição por prisão domiciliar - Ré - Filho com idade inferior a 12 anos. HC n. 383.313 - RJ. RSTJ 246/792.
- Cv Crédito trabalhista - Preferência - **Concurso particular de credores**. REsp n. 1.454.257 - PR. RSTJ 246/450.
- Pn **Crime contra a ordem tributária** - Crime societário - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Denúncia geral - Possibilidade. HC n. 341.173 - PE. RSTJ 246/781.
- PrPn **Crime de associação criminosa** - Fraude em licitações - Cuidados paternos - Imprescindibilidade - Não comprovação - Filho em primeira infância -

- Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar - Não cabimento. RHC n. 81.300 - SP. RSTJ 246/985.
- Pn **Crime de associação para o tráfico internacional de entorpecentes** - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Pena-base - Majoração - Regime prisional mais gravoso. HC n. 338.047 - SP. RSTJ 246/761.
- Pn **Crime de corrupção passiva** - CP, art. 92 - Gerente dos Correios - Pena de perdimento do cargo público - Restrição. REsp n. 1.452.935 - PE. RSTJ 246/823.
- Pn **Crime de estupro de vulnerável** - Autoria e materialidade - Configuração - Palavra da vítima - Valor probante diferenciado - Perda do cargo público - Promotor de Justiça. REsp n. 1.659.662 - CE. RSTJ 246/844.
- PrPn **Crime de estupro de vulnerável** - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Remoção de réu de Centro de Reintegração Social. HC n. 383.102 - PR. RSTJ 246/939.
- PrPn **Crime de extorsão qualificada** - Crime de receptação - Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar - Ré - Filho de 5 anos de idade. RHC n. 68.500 - RS. RSTJ 246/973.
- Pn **Crime de furto qualificado mediante escalada** - Causa de aumento do repouso noturno - Incidência. REsp n. 1.624.292 - SC. RSTJ 246/839.
- Pn Crime de perigo abstrato - **Crime de tráfico internacional de munição** - Lei n. 10.826/2003, art. 18. REsp n. 1.392.567 - PR. RSTJ 246/815.
- PrPn Crime de receptação - **Crime de extorsão qualificada** - Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar - Ré - Filho de 5 anos de idade. RHC n. 68.500 - RS. RSTJ 246/973.
- PrPn Crime de roubo qualificado - *Periculum libertatis* - Não comprovação - **Prisão preventiva** - Revogação. HC n. 388.037 - GO. RSTJ 246/954.
- PrPn **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão domiciliar - Fixação - Ré - Filho em primeira infância. HC n. 362.922 - PR. RSTJ 246/877.
- Pn **Crime de tráfico internacional de munição** - Crime de perigo abstrato - Lei n. 10.826/2003, art. 18. REsp n. 1.392.567 - PR. RSTJ 246/815.
- PrPn **Crime de usurpação mineral** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. RHC n. 63.031 - PA. RSTJ 246/964.
- Pn Crime societário - **Crime contra a ordem tributária** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Denúncia geral - Possibilidade. HC n. 341.173 - PE. RSTJ 246/781.
- PrPn Cuidados paternos - Imprescindibilidade - Não comprovação - **Crime de associação criminosa** - Fraude em licitações - Filho em primeira infância

- Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar - Não cabimento. RHC n. 81.300 - SP. RSTJ 246/985.

D

- Cv Dano moral - Direito de marca - Falsificação de produtos - **Propriedade industrial**. REsp n. 1.535.668 - SP. RSTJ 246/489.
- Cv Danos materiais - Não comprovação - **Desenho industrial** - Importação desautorizada. REsp n. 1.315.479 - SP. RSTJ 246/415.
- Adm Decadência - Não configuração - Anistia de militar - **Mandado de segurança** - Reparação econômica - Parcelas pretéritas. AgInt no MS n. 22.039 - DF. RSTJ 246/45.
- Adm Decadência - Não configuração - Ato omissivo continuado - Configuração - Reparação econômica retroativa - Cabimento - **Viúva de militar anistiado**. MS n. 21.506 - DF. RSTJ 246/64.
- Pn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Crime contra a ordem tributária** - Crime societário - Denúncia geral - Possibilidade. HC n. 341.173 - PE. RSTJ 246/781.
- PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Crime de usurpação mineral**. RHC n. 63.031 - PA. RSTJ 246/964.
- Pn Denúncia geral - Possibilidade - **Crime contra a ordem tributária** - Crime societário - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. HC n. 341.173 - PE. RSTJ 246/781.
- Cv **Desenho industrial** - Danos materiais - Não comprovação - Importação desautorizada. REsp n. 1.315.479 - SP. RSTJ 246/415.
- Cv Dever de notificação prévia - **Cadastro de devedores inadimplentes** - Endereço incorreto do devedor. REsp n. 1.620.394 - SP. RSTJ 246/516.
- Cv Direito de marca - Dano moral - Falsificação de produtos - **Propriedade industrial**. REsp n. 1.535.668 - SP. RSTJ 246/489.

E

- PrCv **Embargos de declaração rejeitados** - Omissão - Obscuridade - Contradição - Ausência. EDcl no AgInt no AREsp n. 892.042 - SC. RSTJ 246/217.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Acórdãos paradigma - Escolha equivocada - Enunciado Administrativo n. 6-STJ - Inaplicabilidade - Vício grave - Configuração. AgInt nos EREsp n. 1.336.452 - MG. RSTJ 246/19.

- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Não conhecimento - Paradigmas originários de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa - Preclusão *pro judicato* - Ausência. EREsp n. 1.367.923 - RJ. RSTJ 246/33.
- Cv Endereço incorreto do devedor - **Cadastro de devedores inadimplentes** - Dever de notificação prévia. REsp n. 1.620.394 - SP. RSTJ 246/516.
- PrCv Enunciado Administrativo n. 6-STJ - Inaplicabilidade - Acórdãos paradigma - Escolha equivocada - **Embargos de divergência em recurso especial** - Vício grave - Configuração. AgInt nos EREsp n. 1.336.452 - MG. RSTJ 246/19.
- PrCv Exame de DNA - Ausência - Ação de estado - **Ação de investigação de paternidade** - Coisa julgada - Relativização - Pedido julgado improcedente por ausência de provas - Repetição de ação ajuizada anteriormente. REsp n. 1.071.458 - MG. RSTJ 246/569.
- Trbt **Execução fiscal** - Conselho de fiscalização profissional - Anuidades - Lei n. 12.514/2011, art. 8º - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 1.524.930 - RS. RSTJ 246/283.
- Trbt Exportação de projetos de engenharia - **Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)** - Lei Complementar n. 116/2003, art. 2º. AREsp n. 587.403 - RS. RSTJ 246/89.
- Pv Exposição a agentes biológicos - **Tempo de serviço comum** - Tempo de serviço especial - Conversão - Impossibilidade. REsp n. 1.468.401 - RS. RSTJ 246/148.
- Pn Extinção da punibilidade - **Prescrição da pretensão punitiva**. AgRg no REsp n. 1.545.118 - MG. RSTJ 246/731.

F

- Cv Falsificação de produtos - Dano moral - Direito de marca - **Propriedade industrial**. REsp n. 1.535.668 - SP. RSTJ 246/489.
- Trbt Faturamento - Conceito - Lei n. 9.718/1998, art. 3º - **PIS** - Cofins. REsp n. 1.441.457 - RS. RSTJ 246/262.
- PrPn Filho em primeira infância - **Crime de associação criminosa** - Fraude em licitações - Cuidados paternos - Imprescindibilidade - Não comprovação - Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar - Não cabimento. RHC n. 81.300 - SP. RSTJ 246/985.
- Cv Fornecedor - Intermediação - Desnecessidade - CDC, art. 18, § 1º - **Serviço de assistência técnica**. REsp n. 1.459.555 - RJ. RSTJ 246/466.

Trbt Fornecimento de energia elétrica - Base de cálculo - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 87/1996, art. 13, I - Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). REsp n. 1.163.020 - RS. RSTJ 246/103.

G

PrPn Garantia da ordem pública - **Prisão preventiva** - Manutenção - Reiteração criminosa. RHC n. 79.021 - PI. RSTJ 246/804.

Pn Gerente dos Correios - CP, art. 92 - **Crime de corrupção passiva** - Pena de perdimento do cargo público - Restrição. REsp n. 1.452.935 - PE. RSTJ 246/823.

I

PrPn Impedimento - Inexistência - **Acordo de colaboração premiada** - Homologação - CPP, art. 252. HC n. 221.231 - PR. RSTJ 246/736.

Cv Importação - Convenção de Varsóvia - Mercadorias avariadas - Seguradora - Ressarcimento - **Transporte aéreo internacional**. REsp n. 1.156.735 - SP. RSTJ 246/586.

Cv Importação desautorizada - Danos materiais - Não comprovação - **Desenho industrial**. REsp n. 1.315.479 - SP. RSTJ 246/415.

Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Base de cálculo - Fornecimento de energia elétrica - Lei Complementar n. 87/1996, art. 13, I - Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). REsp n. 1.163.020 - RS. RSTJ 246/103.

Trbt **Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)** - Exportação de projetos de engenharia - Lei Complementar n. 116/2003, art. 2º. AREsp n. 587.403 - RS. RSTJ 246/89.

PrCv **Improbidade administrativa** - Acórdão recorrido - Nulidade - Não ocorrência. REsp n. 1.630.315 - PR. RSTJ 246/197.

PrCv **Improbidade administrativa** - Acórdão recorrido - Nulidade - Não ocorrência - Instituto da prevenção às causas continentais - Aplicabilidade. REsp n. 1.619.009 - PR. RSTJ 246/177.

PrCv **Impugnação ao cumprimento de sentença** - Agravo de instrumento - Recurso cabível - CPC/1973, art. 475-M, § 3º. REsp n. 1.508.929 - RN. RSTJ 246/477.

PrCv Instituto da prevenção às causas continentais - Aplicabilidade - Acórdão recorrido - Nulidade - Não ocorrência - **Improbidade administrativa**. REsp n. 1.619.009 - PR. RSTJ 246/177.

Adm **Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI** - Contrato de transferência de tecnologia - Averbação. REsp n. 1.200.528 - RJ. RSTJ 246/243.

J

PrCv Juízo de retratação - CPC/1973, art. 543-B, § 3º - **Recurso especial** - Não provimento. REsp n. 1.026.401 - SE. RSTJ 246/224.

PrCv Julgamento antecipado da lide - Não cabimento - **Ação civil pública** - CPC, art. 330, I - Violação - Matéria de natureza fática - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Ofensa - Prova pericial - Necessidade. REsp n. 1.603.035 - RJ. RSTJ 246/160.

L

Adm Legitimidade passiva *ad causam* - Ministro da Justiça - Anistia política - Processo administrativo - Ato omissivo - Lei n. 9.784/1999, art. 49 - **Mandado de segurança**. MS n. 19.132 - DF. RSTJ 246/55.

Trbt Lei Complementar n. 87/1996, art. 13, I - Base de cálculo - Fornecimento de energia elétrica - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). REsp n. 1.163.020 - RS. RSTJ 246/103.

Trbt Lei Complementar n. 116/2003, art. 2º - Exportação de projetos de engenharia - **Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)**. AREsp n. 587.403 - RS. RSTJ 246/89.

PrPn Lei n. 8.038/1990, art. 39 - Revogação - Não ocorrência - **Agravo regimental contra decisão monocrática** - CPC/2015 - Inaplicabilidade - Prazo recursal - Contagem. AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 355.637 - RJ. RSTJ 246/28.

Trbt Lei n. 9.718/1998, art. 3º - Faturamento - Conceito - **PIS** - Cofins. REsp n. 1.441.457 - RS. RSTJ 246/262.

Adm Lei n. 9.784/1999, art. 49 - Anistia política - Processo administrativo - Ato omissivo - Legitimidade passiva *ad causam* - Ministro da Justiça - **Mandado de segurança**. MS n. 19.132 - DF. RSTJ 246/55.

Pn Lei n. 10.826/2003, art. 16, parágrafo único, III - Inaplicabilidade - Artefato explosivo - Não configuração - **Posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta**. REsp n. 1.627.028 - SP. RSTJ 246/998.

- Pn Lei n. 10.826/2003, art. 18 - Crime de perigo abstrato - **Crime de tráfico internacional de munição**. REsp n. 1.392.567 - PR. RSTJ 246/815.
- Trbt Lei n. 12.514/2011, art. 8º - Conselho de fiscalização profissional - Anuidades - **Execução fiscal** - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 1.524.930 - RS. RSTJ 246/283.
- PrCv Liberdade de imprensa - **Ação indenizatória por danos morais** - Ofensa a direito de personalidade - Responsabilidade pelo excesso imputada *a posteriori*. REsp n. 1.582.069 - RJ. RSTJ 246/676.
- Adm Limitação administrativa - Legalidade - **Poço artesiano** - Exploração por particular - Rede pública de abastecimento de água - Existência. REsp n. 1.345.403 - RS. RSTJ 246/255.

M

- Cv Má-fé - Configuração - Apólice - Renovação - Questionário de avaliação de risco - Informações inverídicas do segurado e do tomador do seguro - **Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica**. REsp n. 1.601.555 - SP. RSTJ 246/497.
- Adm **Mandado de segurança** - Anistia de militar - Decadência - Não configuração - Reparação econômica - Parcelas pretéritas. AgInt no MS n. 22.039 - DF. RSTJ 246/45.
- Adm **Mandado de segurança** - Anistia política - Processo administrativo - Ato omissivo - Legitimidade passiva *ad causam* - Ministro da Justiça - Lei n. 9.784/1999, art. 49. MS n. 19.132 - DF. RSTJ 246/55.
- PrCv Manifestação inequívoca da vontade de adotar - Ausência - **Ação de adoção** - Adoção póstuma - Carência de ação - CPC/1973, art. 267, VI - Violação. REsp n. 1.265.748 - RS. RSTJ 246/659.
- PrCv Matéria de natureza fática - **Ação civil pública** - CPC, art. 330, I - Violação - Julgamento antecipado da lide - Não cabimento - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Ofensa - Prova pericial - Necessidade. REsp n. 1.603.035 - RJ. RSTJ 246/160.
- Cv Mercadorias avariadas - Convenção de Varsóvia - Importação - Seguradora - Ressarcimento - **Transporte aéreo internacional**. REsp n. 1.156.735 - SP. RSTJ 246/586.
- PrPn Ministério Público - Ausência de pedido expresso de condenação - Irrelevância - Ação penal pública - Indisponibilidade - **Alegações finais**. REsp n. 1.521.239 - MG. RSTJ 246/993.
- Cv Monitoramento prévio de publicações na rede social - **Ação de obrigação de fazer** - Orkut - Remoção de conteúdo reputado ofensivo. REsp n. 1.342.640 - SP. RSTJ 246/420.

O

- PrCv Ofensa a direito de personalidade - **Ação indenizatória por danos morais** - Liberdade de imprensa - Responsabilidade pelo excesso imputada *a posteriori*. REsp n. 1.582.069 - RJ. RSTJ 246/676.
- PrCv Omissão - Obscuridade - Contradição - Ausência - **Embargos de declaração rejeitados**. EDcl no AgInt no AREsp n. 892.042 - SC. RSTJ 246/217.
- PrCv Ordem judicial para retirada de gravame de veículo - **Ação de obrigação de fazer cumulada com ação indenizatória** - *Astreintes* - Parâmetros de fixação. AgInt no AgRg no AREsp n. 738.682 - RJ. RSTJ 246/529.
- Cv Orkut - Remoção de conteúdo reputado ofensivo - **Ação de obrigação de fazer** - Monitoramento prévio de publicações na rede social. REsp n. 1.342.640 - SP. RSTJ 246/420.

P

- Pn Palavra da vítima - Valor probante diferenciado - Autoria e materialidade - Configuração - **Crime de estupro de vulnerável** - Perda do cargo público - Promotor de Justiça. REsp n. 1.659.662 - CE. RSTJ 246/844.
- PrCv Paradigmas originários de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não conhecimento - Preclusão *pro judicato* - Ausência. EREsp n. 1.367.923 - RJ. RSTJ 246/33.
- PrCv Pedido julgado improcedente por ausência de provas - Ação de estado - **Ação de investigação de paternidade** - Coisa julgada - Relativização - Exame de DNA - Ausência - Repetição de ação ajuizada anteriormente. REsp n. 1.071.458 - MG. RSTJ 246/569.
- Pn Pena de perdimento do cargo público - Restrição - CP, art. 92 - **Crime de corrupção passiva** - Gerente dos Correios. REsp n. 1.452.935 - PE. RSTJ 246/823.
- Pn Pena-base - Majoração - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - **Crime de associação para o tráfico internacional de entorpecentes** - Regime prisional mais gravoso. HC n. 338.047 - SP. RSTJ 246/761.
- Pn Perda do cargo público - Autoria e materialidade - Configuração - **Crime de estupro de vulnerável** - Palavra da vítima - Valor probante diferenciado - Promotor de Justiça. REsp n. 1.659.662 - CE. RSTJ 246/844.
- PrPn *Periculum libertatis* - Não comprovação - Crime de roubo qualificado - **Prisão preventiva** - Revogação. HC n. 388.037 - GO. RSTJ 246/954.

- Trbt **PIS** - Cofins - Faturamento - Conceito - Lei n. 9.718/1998, art. 3º. REsp n. 1.441.457 - RS. RSTJ 246/262.
- Adm **Poço artesiano** - Exploração por particular - Limitação administrativa - Legalidade - Rede pública de abastecimento de água - Existência. REsp n. 1.345.403 - RS. RSTJ 246/255.
- Pn **Posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta** - Artefato explosivo - Não configuração - Lei n. 10.826/2003, art. 16, parágrafo único, III - Inaplicabilidade. REsp n. 1.627.028 - SP. RSTJ 246/998.
- PrCv Prazo decadencial quadrienal - **Ação de anulação de partilha de bens** - CC/1916, art. 178 - União estável - Dissolução - Vício de consentimento - Coação irresistível. REsp n. 1.621.610 - SP. RSTJ 246/707.
- PrPn Prazo recursal - Contagem - **Agravo regimental contra decisão monocrática** - CPC/2015 - Inaplicabilidade - Lei n. 8.038/1990, art. 39 - Revogação - Não ocorrência. AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 355.637 - RJ. RSTJ 246/28.
- PrCv Prazo recursal - Devolução - Possibilidade - Advogado - Enfermidade - Comprovação - **Apelação** - Intempestividade. AgInt no AREsp n. 831.004 - DF. RSTJ 246/97.
- PrCv Preclusão *pro judicato* - Ausência - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não conhecimento - Paradigmas originários de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa. EREsp n. 1.367.923 - RJ. RSTJ 246/33.
- Cv Prenome - Alteração - **Registro civil de nascimento** - Retificação. REsp n. 1.217.166 - MA. RSTJ 246/641.
- Trbt Prescrição - Termo inicial - Conselho de fiscalização profissional - Anuidades - **Execução fiscal** - Lei n. 12.514/2011, art. 8º. REsp n. 1.524.930 - RS. RSTJ 246/283.
- Pn **Prescrição da pretensão punitiva** - Extinção da punibilidade. AgRg no REsp n. 1.545.118 - MG. RSTJ 246/731.
- PrCv Princípio do contraditório e da ampla defesa - Ofensa - **Ação civil pública** - CPC, art. 330, I - Violação - Julgamento antecipado da lide - Não cabimento - Matéria de natureza fática - Prova pericial - Necessidade. REsp n. 1.603.035 - RJ. RSTJ 246/160.
- PrPn Prisão domiciliar - Fixação - **Crime de tráfico de entorpecente** - Ré - Filho em primeira infância. HC n. 362.922 - PR. RSTJ 246/877.
- PrPn **Prisão preventiva** - Manutenção - Garantia da ordem pública - Reiteração criminosa. RHC n. 79.021 - PI. RSTJ 246/804.
- PrPn **Prisão preventiva** - Revogação - Crime de roubo qualificado - *Periculum libertatis* - Não comprovação. HC n. 388.037 - GO. RSTJ 246/954.

- PrPn **Prisão preventiva** - Substituição por prisão domiciliar - CPP, art. 318, V - Ré - Filho com idade inferior a 12 anos. HC n. 383.313 - RJ. RSTJ 246/792.
- PrPn Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar - **Crime de extorsão qualificada** - Crime de receptação - Ré - Filho de 5 anos de idade. RHC n. 68.500 - RS. RSTJ 246/973.
- PrPn Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar - Não cabimento - **Crime de associação criminosa** - Fraude em licitações - Cuidados paternos - Imprescindibilidade - Não comprovação - Filho em primeira infância. RHC n. 81.300 - SP. RSTJ 246/985.
- Pn Promotor de Justiça - Autoria e materialidade - Configuração - **Crime de estupro de vulnerável** - Palavra da vítima - Valor probante diferenciado - Perda do cargo público. REsp n. 1.659.662 - CE. RSTJ 246/844.
- Cv **Propriedade industrial** - Dano moral - Direito de marca - Falsificação de produtos. REsp n. 1.535.668 - SP. RSTJ 246/489.
- PrPn Protocolo no STJ - Erro - **Reclamação constitucional** - Recurso extraordinário - Indeferimento liminar - Decisão Vice-Presidência do STJ. AgRg na Rcl n. 32.470 - SC. RSTJ 246/22.
- PrCv Prova pericial - Necessidade - **Ação civil pública** - CPC, art. 330, I - Violação - Julgamento antecipado da lide - Não cabimento - Matéria de natureza fática - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Ofensa . REsp n. 1.603.035 - RJ. RSTJ 246/160.
- PrPn Provas secundárias - Autonomia - **Apreensão de celular de adolescente** - Nulidade - Condenação - Possibilidade. HC n. 378.374 - MG. RSTJ 246/914.

Q

- Cv Questionário de avaliação de risco - Informações inverídicas do segurado e do tomador do seguro - Apólice - Renovação - Má-fé - Configuração - **Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica**. REsp n. 1.601.555 - SP. RSTJ 246/497.

R

- PrPn Ré - Filho com idade inferior a 12 anos - CPP, art. 318, V - **Prisão preventiva** - Substituição por prisão domiciliar. HC n. 383.313 - RJ. RSTJ 246/792.

- PrPn Ré - Filho de 5 anos de idade - **Crime de extorsão qualificada** - Crime de receptação - Prisão preventiva - Substituição por prisão domiciliar. RHC n. 68.500 - RS. RSTJ 246/973.
- PrPn Ré - Filho em primeira infância - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão domiciliar - Fixação. HC n. 362.922 - PR. RSTJ 246/877.
- PrPn **Reclamação constitucional** - Protocolo no STJ - Erro - Recurso extraordinário - Indeferimento liminar - Decisão Vice-Presidência do STJ. AgRg na Rcl n. 32.470 - SC. RSTJ 246/22.
- PrCv **Recurso especial** - Não provimento - CPC/1973, art. 543-B, § 3º - Juízo de retratação. REsp n. 1.026.401 - SE. RSTJ 246/224.
- PrPn Recurso extraordinário - Indeferimento liminar - Decisão Vice-Presidência do STJ - Protocolo no STJ - Erro - **Reclamação constitucional**. AgRg na Rcl n. 32.470 - SC. RSTJ 246/22.
- Adm Rede pública de abastecimento de água - Existência - Limitação administrativa - Legalidade - **Poço artesiano** - Exploração por particular. REsp n. 1.345.403 - RS. RSTJ 246/255.
- Pn Regime prisional mais gravoso - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - **Crime de associação para o tráfico internacional de entorpecentes** - Pena-base - Majoração. HC n. 338.047 - SP. RSTJ 246/761.
- Cv **Registro civil de nascimento** - Retificação - Prenome - Alteração. REsp n. 1.217.166 - MA. RSTJ 246/641.
- PrPn Reiteração criminosa - Garantia da ordem pública - **Prisão preventiva** - Manutenção. RHC n. 79.021 - PI. RSTJ 246/804.
- Cv Relação de consumo - Não caracterização - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Compra e venda de insumos para indústria de autopeças - **Contrato de transporte internacional de carga**. REsp n. 1.442.674 - PR. RSTJ 246/439.
- PrPn Remoção de réu de Centro de Reintegração Social - Constrangimento ilegal - Ocorrência - **Crime de estupro de vulnerável**. HC n. 383.102 - PR. RSTJ 246/939.
- Adm Reparação econômica - Parcelas pretéritas - Anistia de militar - Decadência - Não configuração - **Mandado de segurança**. AgInt no MS n. 22.039 - DF. RSTJ 246/45.
- Adm Reparação econômica retroativa - Cabimento - Ato omissivo continuado - Configuração - Decadência - Não configuração - **Viúva de militar anistiado**. MS n. 21.506 - DF. RSTJ 246/64.
- PrCv Repetição de ação ajuizada anteriormente - Ação de estado - **Ação de investigação de paternidade** - Coisa julgada - Relativização - Exame de

DNA - Ausência - Pedido julgado improcedente por ausência de provas. REsp n. 1.071.458 - MG. RSTJ 246/569.

PrCv Responsabilidade pelo excesso imputada *a posteriori* - **Ação indenizatória por danos morais** - Liberdade de imprensa - Ofensa a direito de personalidade. REsp n. 1.582.069 - RJ. RSTJ 246/676.

S

Cv Seguradora - Ressarcimento - Convenção de Varsóvia - Importação - Mercadorias avariadas - **Transporte aéreo internacional**. REsp n. 1.156.735 - SP. RSTJ 246/586.

Cv **Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica** - Apólice - Renovação - Má-fé - Configuração - Questionário de avaliação de risco - Informações inverídicas do segurado e do tomador do seguro. REsp n. 1.601.555 - SP. RSTJ 246/497.

PrPn **Sentença** - Nulidade - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Colaboração premiada de corrêu - Contraditório - Não ocorrência. HC n. 364.785 - PE. RSTJ 246/882.

Cv **Serviço de assistência técnica** - CDC, art. 18, § 1º - Fornecedor - Intermediação - Desnecessidade. REsp n. 1.459.555 - RJ. RSTJ 246/466.

T

Trbt Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - Base de cálculo - Fornecimento de energia elétrica - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 87/1996, art. 13, I. REsp n. 1.163.020 - RS. RSTJ 246/103.

Pv **Tempo de serviço comum** - Tempo de serviço especial - Conversão - Impossibilidade - Exposição a agentes biológicos. REsp n. 1.468.401 - RS. RSTJ 246/148.

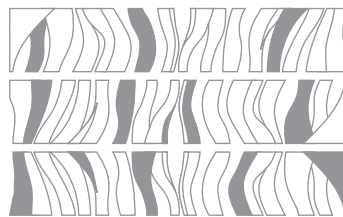
Cv **Transporte aéreo internacional** - Convenção de Varsóvia - Importação - Mercadorias avariadas - Seguradora - Ressarcimento. REsp n. 1.156.735 - SP. RSTJ 246/586.

U

PrCv União estável - Dissolução - **Ação de anulação de partilha de bens** - CC/1916, art. 178 - Prazo decadencial quadrienal - Vício de consentimento - Coação irresistível. REsp n. 1.621.610 - SP. RSTJ 246/707.

V

- PrCv Vício de consentimento - Coação irresistível - **Ação de anulação de partilha de bens** - CC/1916, art. 178 - Prazo decadencial quadrienal - União estável - Dissolução. REsp n. 1.621.610 - SP. RSTJ 246/707.
- PrCv Vício grave - Configuração - Acórdãos paradigma - Escolha equivocada - **Embargos de divergência em recurso especial** - Enunciado Administrativo n. 6-STJ - Inaplicabilidade. AgInt nos EREsp n. 1.336.452 - MG. RSTJ 246/19.
- Adm **Viúva de militar anistiado** - Ato omissivo continuado - Configuração - Decadência - Não configuração - Reparação econômica retroativa - Cabimento. MS n. 21.506 - DF. RSTJ 246/64.



Índice Sistemático

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AREsp

587.403-RS Rel. Min. Gurgel de FariaRSTJ 246/89.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt no AREsp

831.004-DF..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia FilhoRSTJ 246/97.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt no AgRg no AREsp

738.682-RJ Rel. Min. Luis Felipe SalomãoRSTJ 246/529.

AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgInt no MS

22.039-DF..... Rel. Min. Og Fernandes.....RSTJ 246/45.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - AgInt nos EREsp

1.336.452-MG Rel. Min. João Otávio de NoronhaRSTJ 246/19.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO - AgRg na Rcl

32.470-SC Rel. Min. Humberto Martins.....RSTJ 246/22.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.545.118-MG Rel. Min. Ribeiro DantasRSTJ 246/731.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp

355.637-RJ Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 246/28.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EDcl no AgInt no AREsp

892.042-SC Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 246/217.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

1.367.923-RJ Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 246/33.

HABEAS CORPUS - HC

221.231-PR Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 246/736.

338.047-SP Rel. Min. Joel Ilan Paciornik RSTJ 246/761.

341.173-PE Rel. Min. Joel Ilan Paciornik RSTJ 246/781.

362.922-PR Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 246/877.

364.785-PE Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 246/882.

378.374-MG Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 246/914.

383.102-PR Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 246/939.

383.313-RJ Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 246/792.

388.037-GO Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 246/954.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

19.132-DF Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 246/55.

21.506-DF Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 246/64.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

63.031-PA Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz RSTJ 246/964.

68.500-RS Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 246/973.

79.021-PI Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 246/804.

81.300-SP Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 246/985.

RECURSO ESPECIAL - REsp

1.026.401-SE Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 246/224.

1.071.458-MG Rel. Min. Raul Araújo RSTJ 246/569.

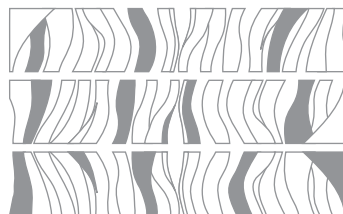
1.138.522-SP Rel. Min. Maria Isabel Gallotti RSTJ 246/293.

1.156.735-SP Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 246/586.

1.163.020-RS Rel. Min. Gurgel de Faria RSTJ 246/103.

1.200.528-RJ Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 246/243.

1.203.375-SC	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 246/138.
1.217.166-MA	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 246/641.
1.265.748-RS	Rel. Min. Raul Araújo.....	RSTJ 246/659.
1.315.479-SP.....	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 246/415.
1.342.640-SP.....	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 246/420.
1.345.403-RS	Rel. Min. Francisco Falcão.....	RSTJ 246/255.
1.388.972-SC	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 246/316.
1.392.567-PR.....	Rel. Min. Felix Fischer.....	RSTJ 246/815.
1.441.457-RS	Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	RSTJ 246/262.
1.442.674-PR.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 246/439.
1.452.935-PE	Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....	RSTJ 246/823.
1.454.257-PR.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 246/450.
1.459.555-RJ.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 246/466.
1.468.401-RS	Rel. Min. Sérgio Kukina	RSTJ 246/148.
1.508.929-RN	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 246/477.
1.521.239-MG	Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz	RSTJ 246/993.
1.524.930-RS	Rel. Min. Og Fernandes.....	RSTJ 246/283.
1.535.668-SP.....	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 246/489.
1.582.069-RJ.....	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 246/676.
1.601.555-SP.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 246/497.
1.603.035-RJ.....	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 246/160.
1.619.009-PR.....	Rel. Min. Regina Helena Costa	RSTJ 246/177.
1.620.394-SP.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 246/516.
1.621.610-SP.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 246/707.
1.622.555-MG	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 246/355.
1.624.292-SC	Rel. Min. Felix Fischer.....	RSTJ 246/839.
1.627.028-SP.....	Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....	RSTJ 246/998.
1.630.315-PR.....	Rel. Min. Regina Helena Costa	RSTJ 246/197.
1.659.662-CE.....	Rel. Min. Ribeiro Dantas	RSTJ 246/844.



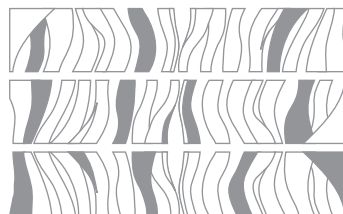
Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos

	Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário

Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.

07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.

09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.

10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.

11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996. - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 1º.06.2017 - DJe 07.06.2017.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.
37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.

38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.
61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 27.11.2014 - DJe 03.12.2014.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.
71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.
72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.
73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1 de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 06.04.2015 - DJe 08.04.2015.

80. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - de propriedade do Instituto Brasileiro de Direito de Família - endereço eletrônico: <https://www.ibdfam.org.br>. Portaria n. 3 de 27.09.2016 - DJe 04.10.2016.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ