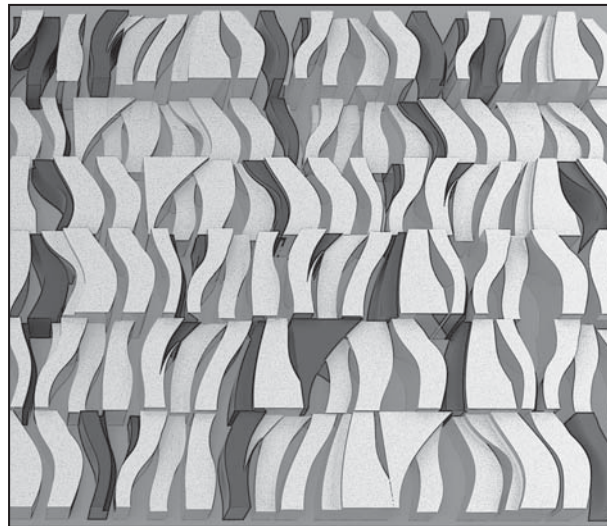


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 253

ANO 31

JANEIRO/FEVEREIRO/MARÇO 2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Mauro Campbell Marques

Chefe de Gabinete

Fernanda Teotonia Vale Carvalho

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

Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

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

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:

<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 MAURO CAMPBELL MARQUES

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra **Fátima Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques** (*Diretor da Revista*)

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**

Ministro **Marco Aurélio** Gastaldi **Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira (*Ouvidor*)

Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**

Ministro **Sérgio** Luiz **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)

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **Humberto Martins**
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 **Mauro Campbell Marques** (*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)

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Assusete Magalhães**

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

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

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

Ministro **Moura Ribeiro** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

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

Ministro **Antonio Carlos Ferreira** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Marco Buzzi**

Ministro **José Lázaro Alfredo Guimarães** *

* Desembargador Convocado (TRF da 5ª Região)

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

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

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 **Nefi Cordeiro** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro **Ribeiro Dantas** *(Suplente)*

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Og Fernandes** *(Presidente)*

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik** *(Suplente)*

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Moura Ribeiro**

Ministro **Nefi Cordeiro**

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Felix Fischer** *(Presidente)*

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Gurgel de Faria**

COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES

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

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

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

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Corregedora-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Membros Suplentes

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Buzzi**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

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

Ministro **Og Fernandes** (*Vice-Diretor*)

Ministro **Raul Araújo** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Jorge Mussi** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Og Fernandes** (*Efetivo*)

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*1º Substituto*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

CORTE ESPECIAL 23

- EREsp 1.162.964-RJ - Rel. Min. Humberto Martins 25
Falência - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Despesas condominiais vencidas após a decretação da quebra - Ordem de preferência. EREsp n. 1.162.964 - RJ.
- MI 249-DF - Rel. Min. Humberto Martins..... 37
Mandado de injunção - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Interesse processual - Ausência. MI n. 249 - DF.
- SEC 13.877-IT - Rel. Min. Francisco Falcão 45
Sentença estrangeira - Homologação - Deferimento - Citação - Trânsito em julgado - Comprovação. SEC n. 13.877 - IT.

PRIMEIRA SEÇÃO 53

- AgInt na AR 5.339-SP - Rel. Min. Benedito Gonçalves..... 55
CPC, art. 509 - Inaplicabilidade - Ação rescisória - Improcedência - Concurso público - Litisconsórcio unitário - Não ocorrência. AgInt na AR n. 5.339 - SP.
- AgInt no MS 22.089-DF - Rel. Min. Benedito Gonçalves 63
Concurso público - Nomeação - Arbitrariedade - Ausência - Discricionariedade administrativa. AgInt no MS n. 22.089 - DF.
- AgInt no REsp 1.617.086-PR - Rel. Min. Assusete Magalhães..... 72
Pedido de ingresso de *amicus curiae* - Indeferimento - Agravo interno - Não conhecimento - CPC/2015, art. 138. AgInt no REsp n. 1.617.086 - PR.
- EDv nos EREsp 1.656.383-SC - Rel. Min. Gurgel de Faria..... 91
Improbidade administrativa - Conduta tipificada como crime - Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º - Lei n. 8.429/1992, art. 23, II - Pena em abstrato - Observância - Prescrição. EDv nos EREsp n. 1.656.383 - SC.

HC 467.209-DF - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	99
<i>Habeas corpus</i> - Não conhecimento - Extradicação ativa - Ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> - Ministro de Estado da Justiça. HC n. 467.209 - DF.	
MS 21.373-DF - Rel. Min. Mauro Campbell Marques	108
Processo administrativo - Ilegalidade - Ausência - Licitação - Fraude. MS n. 21.373 - DF.	
REsp 1.588.969-RS - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	130
Multa de trânsito - Excesso de velocidade - Competência - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) - Lei n. 9.503/1997, art. 21, VI - Lei n. 10.233/2001, art. 82, § 3º - Rodovia federal. REsp n. 1.588.969 - RS.	
REsp 1.612.818-PR - Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	157
Benefício previdenciário mais vantajoso - Direito adquirido - Reconhecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 103, <i>caput</i> - Prazo decadencial - Incidência. REsp n. 1.612.818 - PR.	

PRIMEIRA TURMA 211

AgInt no AREsp 578.883-RS - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.....	213
Pensão por morte - Benefício previdenciário - Direito fundamental da pessoa humana - Prescrição do fundo de direito - Não cabimento. AgInt no AREsp n. 578.883 - RS.	
AgInt no REsp 1.281.866-MG - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	222
Contribuição previdenciária - Adicional de 2,5% - Incidência - Cooperativas de créditos - Lei Complementar n. 84/1996. AgInt no REsp n. 1.281.866 - MG.	
REsp 1.490.108-MG - Rel. Min. Gurgel de Faria	230
Imposto sobre Serviços (ISS) - Apresentação de notas fiscais - Equiparação com declaração de débito - Impossibilidade - Crédito tributário - Constituição. REsp n. 1.490.108 - MG.	
REsp 1.505.083-SC - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho	236
Área de Preservação Permanente (APP) - Demolição da edificação - Margens do Rio Tubarão - Limite imposto pelo Código Ambiental - Observância - Imprescindibilidade. REsp n. 1.505.083 - SC.	

REsp 1.685.373-PA - Rel. Min. Regina Helena Costa	243
Suspeição de parcialidade - Não configuração - Ato ilegal ou abusivo - Ausência - Decisão fundamentada. REsp n. 1.685.373 - PA.	
REsp 1.728.921-SC - Rel. Min. Regina Helena Costa	260
Despacho aduaneiro - Direito <i>antidumping</i> - Súmula n. 323-STF - Inaplicabilidade. REsp n. 1.728.921 - SC.	
SEGUNDA TURMA	269
AgInt no AREsp 812.782-PR - Rel. Min. Og Fernandes	271
Agravamento interno - Não provimento - Fundamentação deficiente - Súmula n. 284- STF. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR	
AgInt no AREsp 812.782-PR - Rel. Min. Og Fernandes	274
Responsabilidade do Estado - Morte de detento em estabelecimento prisional - Pensionamento mensal - Família de baixa renda - Cabimento - <i>Quantum</i> indenizatório - Valor irrisório - Revisão - Possibilidade. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR.	
REsp 1.758.579-RS - Rel. Min. Francisco Falcão	285
Infração de trânsito - Auto de infração - Regularidade - CTB, arts. 165 e 277, § 3º - Estado de embriaguez não evidenciado - Desnecessidade - Teste do etilômetro - Recusa - Penalidade administrativa - Possibilidade. REsp n. 1.758.579 - RS.	
SEGUNDA SEÇÃO	295
AgInt no CC 156.959-MT - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	297
Recuperação judicial - Execução fiscal - Atos de constrição e alienação de bens da empresa recuperanda - Competência - Juízo Universal. AgInt no CC n. 156.959 - MT.	
CC 157.099-RJ - Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrichi.....	307
Juízo Arbitral - Competência - Questões societárias. CC n. 157.099 - RJ.	
EREsp 1.439.749-RS - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti	339
Contrato de <i>factoring</i> - Circulação e abstração do título de crédito após o aceite - Duplicatas previamente aceitas - Endosso à faturizadora - Exceções pessoais - Oposição - Não cabimento. EREsp n. 1.439.749 - RS.	

REsp 1.578.553-SP - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	358
Contrato bancário - Alienação fiduciária - Tarifas. REsp n. 1.578.553 - SP.	
REsp 1.726.563-SP - Rel. Min. Moura Ribeiro	389
Plano de saúde - Fornecimento de medicamento não registrado pela Anvisa - Não obrigatoriedade. REsp n. 1.726.563 - SP.	
TERCEIRA TURMA	421
REsp 1.501.640-SP - Rel. Min. Moura Ribeiro	423
Execução das cédulas de crédito bancário - Extinção. REsp n. 1.501.640 - SP.	
REsp 1.599.436-RJ - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	450
Plano de saúde - <i>Home care</i> - Regime de tempo integral - Manutenção. REsp n. 1.599.436 - RJ.	
REsp 1.641.038-CE - Rel. Min. Nancy Andrighi.....	465
Usucapião - Lei n. 5.709/1971, arts. 1º, § 1º e 8º - Pessoa jurídica brasileira - Controle estrangeiro - Possibilidade jurídica do pedido. REsp n. 1.641.038 - CE.	
REsp 1.676.623-SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	477
Ação de prestação de contas - Contrato de colaboração - Empresa promotora de vendas de quotas consorciais - Administradora de consórcio. REsp n. 1.676.623 - SP.	
REsp 1.760.966-SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	485
Tutela antecipada - Caráter antecedente - CPC/2015, arts. 303 e 304 - Juízo de primeiro grau - Revogação da decisão concessiva - Réu - Contestação. REsp n. 1.760.966 - SP.	
REsp 1.762.786-SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	499
Indenização - Ato ilícito - Configuração - Dano moral - Jogador profissional - Agressões físicas e verbais contra árbitro de futebol. REsp n. 1.762.786 - SP.	
REsp 1.771.815-SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	517
Apelação - Julgamento não unânime - CPC/2015, art. 942 - Técnica de ampliação do colegiado - Voto - Modificação - Possibilidade. REsp n. 1.771.815 - SP.	

QUARTA TURMA..... 535

AgInt no AREsp 100.405-GO - Rel. Min. Raul Araújo.....537

Ação civil pública - Contrato - Cláusula de arbitragem - Imposição - Dano moral coletivo - Não configuração. AgInt no AREsp n. 100.405 - GO.

REsp 1.450.434-SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão546

Responsabilidade civil - Estabelecimento comercial - *Drive-thru* - Assalto à mão armada - Fato do serviço - Fortuito interno - Indenização. REsp n. 1.450.434 - SP.

REsp 1.580.432-SP - Rel. Min. Marco Buzzi570

Ação indenizatória - CDC, art. 3º - Dano moral - Dano material - Defeito do produto - Marca de renome global - Legitimidade passiva *ad causam* - Fornecedor aparente. REsp n. 1.580.432 - SP.

REsp 1.611.915-RS - Rel. Min. Marco Buzzi585

Responsabilidade civil - Companhia aérea - Dano moral - Redução - Não cabimento - Defeito na prestação de serviço - Configuração - Passageiro portador de necessidades especiais - Embarque em aeronave. REsp n. 1.611.915 - RS.

REsp 1.653.976-RJ - Rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira..... 601

Intimação eletrônica - Duplicidade - Lei n. 11.419/2006, arts. 4º e 5º - Portal Eletrônico - Prevalência. REsp n. 1.653.976 - RJ.

REsp 1.713.167-SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 615

União estável - Dissolução - Animal de estimação - Regulamentação de visitas. REsp n. 1.713.167 - SP.

REsp 1.733.685-SP - Rel. Min. Raul Araújo 656

Falência - Contrato com cláusula compromissória - Juízo arbitral - Instauração prévia - Desnecessidade - Lei n. 11.101/2005 - Títulos de crédito - Inadimplemento. REsp n. 1.733.685 - SP.

REsp 1.774.987-SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti 666

Exibição de documento - Ação autônoma - Ajuizamento - Cabimento - CPC, arts. 381 e 396. REsp n. 1.774.987 - SP.

TERCEIRA SEÇÃO 673

CC 160.902-RJ - Rel. Min. Laurita Vaz.....675

Militar em situação de atividade - Competência - Crime licitatório - Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro. CC n. 160.902 - RJ.

IDC 10-DF - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca683

Incidente de Deslocamento de Competência - Improcedência - Chacina do Cabula. IDC n. 10 - DF.

QUINTA TURMA..... 707

AgRg no REsp 1.601.127-SP - Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer709

Crime contra a ordem tributária - Dados bancários obtidos pela Receita Federal - Compartilhamento com o Ministério Público - Prova - Licitude - Reserva de jurisdição - Ofensa - Não ocorrência. AgRg no REsp n. 1.601.127 - SP.

AgRg no RHC 101.027-PR - Rel. Min. Felix Fischer725

Crime de lavagem de dinheiro - Constrangimento ilegal - Ausência - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. AgRg no RHC n. 101.027 - PR.

HC 362.735-SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas740

Ato infracional - Crime de roubo - Equiparação - Medida de semiliberdade - Substituição. HC n. 362.735 - SP.

RHC 87.023-SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik750

Crime de desabamento qualificado - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Polo passivo - Exclusão de réus - Não cabimento. RHC n. 87.023 - SP.

RHC 88.672-GO - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik763

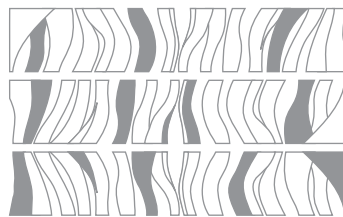
Crime contra a ordem tributária - Ação penal - Trancamento - Excepcionalidade não configurada - Coação ilegal - Inexistência. RHC n. 88.672 - GO.

RMS 52.007-PR - Rel. Min. Jorge Mussi777

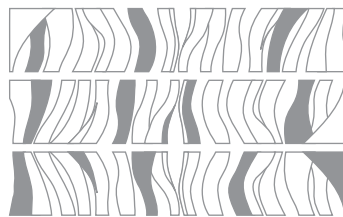
Prejuízo à ampla defesa do réu - Advogado - Destituição - Atuação tumultuária. RMS n. 52.007 - PR.

RMS 55.790-SP - Rel. Min. Jorge Mussi.....	798
Crime contra o sistema financeiro nacional - Inquérito policial - Acesso aos autos - Súmula Vinculante n. 14-STF. RMS n. 55.790 - SP.	
REsp 1.706.266-MT - Rel. Min. Ribeiro Dantas.....	808
Crime de estupro de vulnerável - Tipificação - CP, art. 217-A, § 1º - Vítima - Imobilização total - Impossibilidade de oferecer resistência. REsp n. 1.706.266 - MT.	
SEXTA TURMA	817
AgRg nos EDcl no AREsp 1.184.410-SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro	819
Crime impossível - Absolvição - CP, art. 17 - Crime de ensaio - Súmula n. 145-STF. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.184.410 - SP.	
HC 330.559-SC - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.....	824
Crime de tráfico de entorpecente - Prova ilícita - Réu - Prejuízo - Sentença - Nulidade. HC n. 330.559 - SC.	
HC 351.718-PE - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro.....	834
Crime contra a ordem tributária - Ação penal - Trancamento - Lei n. 8.137/1990, art. 1º, I. HC n. 351.718 - PE.	
HC 445.325-SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz	859
Salário-educação - Quota municipal - Desvio - Competência - Justiça Estadual. HC n. 445.325 - SP.	
RHC 95.595-PR - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior	873
Operação Fronteira/Resposta Integrada - Competência - Justiça Federal nacional - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de roubo - Crime de latrocínio - Crime de sequestro e cárcere privado - Crimes praticados por brasileiro no exterior e continuados em solo pátrio. RHC n. 95.595 - PR.	
RHC 99.735-SC - Rel. Min. Laurita Vaz	883
Prisão preventiva - Revogação - Autorização judicial de espelhamento das conversas do investigado via <i>WhatsApp Web</i> - Decisão judicial - Nulidade. RHC n. 99.735 - SC.	

REsp 1.719.933-MG - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	898
Tribunal do Júri - Cerceamento de defesa - Não caracterização - Princípio do <i>pas de nullité sans grief</i> - Sessão de julgamento - Nulidade - Não ocorrência. REsp n. 1.719.933 - MG.	
REsp 1.753.563-MG - Rel. Min. Nefi Cordeiro	919
Ato infracional - Crime de posse de drogas para consumo próprio - Equiparação - Medida de prestação de serviços à comunidade - Medida socioeducativa de semiliberdade - Desproporcionalidade - Princípio da proteção integral - Ofensa. REsp n. 1.753.563 - MG.	
SÚMULAS	925
ÍNDICE ANALÍTICO	931
ÍNDICE SISTEMÁTICO.....	951
SIGLAS E ABREVIATURAS	957
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	963



Jurisprudência



Corte Especial

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.162.964-RJ
(2012/0172215-3)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Embargante: Condomínio do Edifício Jenny Andrade Faria

Advogado: Carlos Alberto Ribeiro de Farias e outro(s) - RJ060062

Embargado: DEPAC - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários
Ltda - Massa Falida

Advogado: Maria Lúcia de Sousa Massa Pires

Repr. por: Ivan Alexandrino da Costa Santos - Administrador

Advogado: Edson Victor Javoski - RJ012922

EMENTA

Comercial. Falência. Decreto-Lei n. 7.661/45. Cotas condominiais vencidas após a decretação da quebra. Natureza de encargos da massa. Ordem de preferência. Redação original dos arts. 186 a 188 do CTN. Preferência dos créditos fiscais vencidos antes da falência. Melhor exegese.

1. O recurso comporta conhecimento, porquanto demonstrada a divergência jurisprudencial quanto à preferência de pagamento dos créditos decorrentes da massa falida em detrimento dos créditos fiscais gerados antes da falência e à exegese do sistema de preferências traçado nos arts. 124 do Decreto-Lei n. 7.661/45 e 186 a 188 do Código Tributário Nacional.

2. As turmas da Primeira Seção possuem entendimento de que os encargos da massa, tais como custas e despesas processuais geradas no curso do processo de falência e remuneração do síndico, devem ser pagos com preferência sobre os créditos tributários.

3. A Quarta Turma, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrichi, ao classificar as despesas condominiais vencidas após a decretação da quebra como encargos da massa, decidiu que estes não preferem os créditos tributários nas falências processadas sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45.

4. Os créditos fiscais vencidos antes da falência preferem aos encargos da massa falida e, até mesmo, aos créditos fiscais posteriores à quebra, nas redações originais dos arts. 186 a 188 do Código Tributário Nacional, ou seja, antes da modificação sofridas pela Lei Complementar n. 118/05 para refletir a nova sistemática criada pela Lei n. 11.101/05, que impôs alterações na classificação dos créditos falimentares, reposicionando na ordem de preferência inclusive aqueles de natureza extraconcursal.

Embargos de divergência improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Herman Benjamin acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por unanimidade, conheceu e negar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Napoleão Nunes Maia Filho e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 07 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 13.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo *Condomínio do Edifício Jenny Andrade Faria* contra acórdão da Terceira Turma de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, cuja ementa é a seguinte (fl. 201, e-STJ):

Comercial. Falência. Cotas condominiais vencidas após a decretação da quebra. Natureza. Ordem de preferência.

1. A Lei n. 11.101/05 impôs alterações na classificação dos créditos falimentares, reposicionando na ordem de preferência inclusive aqueles de natureza extraconcursal. Atualmente, os encargos da massa (art. 84, III) precedem os créditos tributários, sejam eles anteriores (art. 83, III) ou posteriores (art. 84, V) à decretação da quebra.

2. Sob a égide do DL n. 7.661/45, porém, a realidade era outra. Os créditos tributários anteriores à falência eram extraconcursais e tinham privilégio sobre os encargos da massa. Além disso, entre os encargos da massa, os créditos tributários surgidos após a quebra tinham preferência absoluta.

3. Considerando que as cotas condominiais vencidas após a decretação da falência têm inegável natureza de encargos da massa, o seu pagamento, nas falências processadas com base no DL n. 7.661/45, somente ocorrerá após a satisfação dos créditos de caráter trabalhista e fiscal.

4. Recurso especial não provido.

Os aclaratórios opostos contra esse acórdão foram rejeitados (fl. 220, e-STJ).

O embargante alega divergência jurisprudencial em relação à aplicação dos arts. 102, *caput* e § 1º, e 124 do Decreto-Lei n. 7.661/45, uma vez que o acórdão impugnado considerou que os créditos fiscais vencidos antes da falência preferem aos encargos da massa falida e aos créditos fiscais posteriores à quebra.

Eis os paradigmas colacionados:

Recurso especial. Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Preferência creditícia. Custas e despesas em sentido estrito. Crédito tributário. Recurso desprovido.

1. A controvérsia cinge-se à análise da preferência do crédito tributário em relação a outros créditos, tendo em vista o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que “o crédito tributário não tem preferência às custas e despesas processuais devidas ao Poder Judiciário e seus auxiliares no processo de execução. Interpretação sistemática dos arts. 186 e 188 do CTN” (fl. 55).

2. Na hipótese dos autos, os fatos ocorreram sob a égide das redações originais dos arts. 186 e 188 do Código Tributário Nacional. Assim, nos termos destes dispositivos legais, o crédito tributário possui preferência em relação aos demais créditos, exceto quanto àqueles decorrentes da legislação do trabalho, bem como dos encargos da massa falida - incluindo-se aí os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência -, os quais deveriam ser pagos com preferência em relação a quaisquer outros créditos e às dívidas da massa. Precedentes.

3. Da análise da natureza jurídica das despesas em sentido estrito e das custas, pode-se concluir que tais verbas não se enquadram no conceito de créditos trabalhistas. Todavia, enquadram-se nos encargos devidos pela massa falida, porquanto: (a) as despesas em sentido estrito devidas pela empresa fazem parte das obrigações assumidas pela massa falida no curso do processo; (b) as custas judiciais já possuem, por sua própria natureza tributária, o privilégio previsto na Seção II do Capítulo VI do Código Tributário Nacional. No entanto, no caso específico dos autos, o crédito relativo às custas judiciais está entre os encargos tributários da massa falida, de modo que tem uma preferência ainda maior em seu pagamento, conforme previsto no art. 188 do CTN. Dessa maneira, interpretando-se sistematicamente as redações anteriores dos arts. 186 e 188 do CTN, verifica-se que as referidas custas e despesas possuem preferência em relação aos créditos tributários em geral, por se enquadrarem entre os encargos devidos pela massa falida.

4. As custas e emolumentos, quando devidas pela Fazenda Pública, gozam do privilégio estatal de não precisarem ser antecipadas, devendo ser pagas, ao final da demanda, pelo vencido, nos termos dos arts. 39, da Lei 6.830/80 e 27 do CPC. Por outro lado, as despesas em sentido estrito não gozam desse mesmo privilégio, sendo certo que, mesmo quando devidas pela Fazenda Pública, devem ser pagas no momento do requerimento da diligência ou de qualquer outro ato processual, na medida em que, neste caso, os atos são praticados por terceiros que não se podem sujeitar ao ônus de arcar com as despesas de sua prática em favor do ente estatal. Precedentes.

5. Recurso especial desprovido (REsp 898.214/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 16.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 260.);

Falência. Preferência. Remuneração do síndico. Créditos tributários.

1. A remuneração do síndico por estar inserida dentro dos encargos da massa goza de preferência até mesmo relativamente aos créditos tributários. Súmula 219-STJ.

2. Recurso especial provido (REsp 155.713/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22.2.2005, DJ 4.4.2005, p. 235.).

O embargante, em resumo, sustenta divergência quanto à preferência de pagamento dos créditos decorrentes da massa falida em detrimento dos créditos fiscais gerados antes da falência.

Pugna pelo acolhimento do dissídio e pelo reconhecimento da tese albergada pelas turmas que compõe a Primeira Seção no sentido de que os encargos da massa, por serem indispensáveis à liquidação do ativo e pagamento aos credores, são despesas que a todos beneficiam e, portanto, devem ser pagas prioritariamente aos créditos fiscais.

Parecer do Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e não provimento dos embargos de divergência nos termos da seguinte ementa (fl. 331, e-STJ):

Embargos de divergência. Falência. DL 7.661/45. Cotas condominiais vencidas após a decretação da quebra. Natureza de encargos da massa. Pagamento. Preferência dos créditos tributários. Interpretação lógica e sistemática dos arts. 186 a 188 do CTN, na redação original. Entendimento manifestado no acórdão embargado que merece prevalecer. Pelo conhecimento dos embargos de divergência, contudo pelo não provimento, a fim de que prevaleça o entendimento manifestado no acórdão ora recorrido.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Os presentes embargos de divergência comportam conhecimento, porquanto caracterizado o dissídio entre o acórdão ora embargado, proferido no âmbito da Terceira Turma, e os acórdãos proferidos no REsp 898.214/RS, pela Primeira Turma e REsp 155.713/MG, pela Segunda Turma.

No acórdão ora embargado, decidiu-se que as cotas condominiais vencidas após a decretação da quebra, embora possuam inegável natureza de encargos da massa, somente devem ser pagas nas falências processadas sobre a égide do DL n. 7.661/45, como no caso, após a satisfação dos créditos de natureza trabalhista e fiscal. Considerou-se, pois, que os créditos fiscais vencidos antes da falência, nas redações originais dos arts. 186 e 188, do CTN, preferiam aos encargos da massa falida e, até mesmo, aos créditos fiscais posteriores à quebra.

Nos acórdãos paradigmas, contudo, consignou-se que os encargos da massa – representados, no caso examinado pela Primeira Turma, por custas e despesas processuais geradas no curso do processo de falência e, na hipótese analisada pela Segunda Turma, pela remuneração do síndico –, deveriam ser pagos com preferência sobre os créditos tributários.

Nesse contexto, reproduzo o decidido pelo acórdão embargado acerca do referido ponto:

Em primeiro lugar, mister se faz destacar que a falência em questão se processa ainda com base no DL n. 7.661/45, tendo em vista que, nos termos do art. 192 da

Lei n. 11.101/05, “esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência”.

A Lei n. 11.101/05 impôs alterações na classificação dos créditos falimentares, reposicionando na ordem de preferência inclusive aqueles de natureza extraconcursal. Atualmente, os encargos da massa (art. 84, III) precedem os créditos tributários, sejam eles anteriores (art. 83, III) ou posteriores (art. 84, V) à decretação da quebra.

O próprio CTN foi alcançado por essa reforma, tendo os seus arts. 186 e 188 sido modificados pela LC n. 118/05 para refletir a nova sistemática criada pela Lei n. 11.101/05. O art. 186 foi acrescido de um parágrafo único, cujo inciso I dispõe que “o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado”. Já o art. 188 teve sua redação alterada, passando a estabelecer que “são extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência”.

Não era essa, contudo, a realidade existente na vigência do DL n. 7.661/45.

O art. 124 da antiga Lei de Falências determinava que os encargos e dívidas da massa fossem pagos prioritariamente sobre créditos concursais, ressalvando expressamente, porém, o comando do art. 102, cujo § 1º dispunha que “preferem a todos os créditos admitidos à falência a indenização por acidente do trabalho e os outros créditos que, por lei especial, gozarem dessa prioridade” (sem destaque no original).

Nesse aspecto, o CTN – erigido ao status de Lei Complementar pela CF/88 – na redação então vigente, dispunha em seu art. 186 que “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho”.

O art. 187 do CTN, por sua vez, estabelecia que “a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento”.

Finalmente, o art. 188 do CTN regia serem “encargos da massa falida, pagáveis preferencialmente a quaisquer outros e às dívidas da massa, os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência”. A redação do artigo é falha e gera dúvidas interpretativas, mas, a partir de uma exegese sistemática, realizada à luz dos artigos anteriores, conclui-se inevitavelmente que, ao alçar os créditos tributários surgidos após a quebra à condição de encargos da massa, pagáveis preferencialmente a “quaisquer outros”, o legislador evidentemente referiu-se a quaisquer outros encargos da massa e não a quaisquer outros créditos da falência, tanto que, como visto, o art. 186 do CTN dispunha expressamente que “o crédito tributário prefere a qualquer outro”, excepcionando apenas os créditos decorrentes da legislação do trabalho. Ademais, se a expressão “quaisquer outros” se referisse a quaisquer outros créditos da falência, os encargos

da massa também teriam preferência frente aos créditos trabalhistas, do que não se cogita.

Assim, sob a égide do DL n. 7.661/45, os créditos tributários anteriores à falência eram extraconcursais e tinham privilégio sobre os encargos da massa. Entre os encargos da massa, os créditos tributários surgidos após a quebra tinham preferência absoluta.

Em outras palavras, no rol geral de credores: (i) os créditos tributários anteriores à quebra ficavam posicionados abaixo dos créditos por acidente do trabalho e acima dos encargos da massa; e (ii) entre os encargos da massa, os créditos tributários surgidos após a decretação da quebra gozavam de preferência absoluta.

Outro não era o entendimento da doutrina à época. José da Silva Pacheco anotava que os créditos fiscais, assim como os trabalhistas “têm prioridade especial, como créditos não- concursais, não sujeitos à concorrência com os demais créditos da falência”, destacando que “ambos são da mesma categoria”, “com a diferença de que os fiscais podem ser ajuizados independentemente da falência e estes têm de ser atendidos na falência” (Processo de falência e concordata. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 473-474).

No mesmo sentido a lição de Amador Paes de Almeida, que, no que releva para a espécie, estabelecia a seguinte ordem de preferência para o quadro geral de credores: (i) trabalhistas; (ii) por acidente do trabalho; (iii) tributários; (iv) encargos da massa; e (v) dívidas da massa (Curso de falência e concordata. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 354).

Dessarte, como as cotas condominiais vencidas após a decretação da falência têm inegável natureza de encargos da massa, o seu pagamento, nas falências processadas com base no DL n. 7.661/45, somente ocorrerá após a satisfação dos créditos de caráter trabalhista e fiscal.

Os julgados paradigmas, no entanto, asseveram que:

da análise da natureza jurídica das despesas em sentido estrito e das custas, pode-se concluir que tais verbas não se enquadram no conceito de créditos trabalhistas. Todavia, enquadram-se nos encargos devidos pela massa falida, porquanto: (a) as despesas em sentido estrito devidas pela empresa fazem parte das obrigações assumidas pela massa falida no curso do processo; (b) as custas judiciais já possuem, por sua própria natureza tributária, o privilégio previsto na Seção II do Capítulo VI do Código Tributário Nacional. No entanto, no caso específico dos autos, o crédito relativo às custas judiciais está entre os *encargos tributários da massa falida, de modo que tem uma preferência ainda maior em seu pagamento, conforme previsto no art. 188 do CTN. Dessa maneira, interpretando-se sistematicamente as redações anteriores dos arts. 186 e 188 do CTN, verifica-se que as referidas custas e despesas possuem preferência em relação aos créditos tributários em geral, por se enquadrarem entre os encargos devidos pela massa falida.*

Com razão, todavia, o douto *Parquet* federal ao afirmar que o entendimento albergado pela Terceira Turma, mais recente, embora isolado, espelha a melhor exegese do sistema de preferências traçado nos arts. 124 do DL n. 7.661/45 e 186 a 188 do CTN, estes em sua redação original, conforme elucidativo trecho do voto condutor proferido pela e. Ministra Relatora:

O art. 124 da antiga Lei de Falências determinava que os encargos e dívidas da massa fossem pagos prioritariamente sobre créditos concursais, ressalvando expressamente, porém, o comando do art. 102, cujo § 1º dispunha que “preferem a todos os créditos admitidos à falência a indenização por acidente do trabalho e os outros créditos que, por lei especial, gozarem dessa prioridade” (sem destaque no original).

Nesse aspecto, o CTN – erigido ao status de Lei Complementar pela CF/88 – na redação então vigente, dispunha em seu art. 186 que “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho”.

O art. 187 do CTN, por sua vez, estabelecia que “a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento”.

Finalmente, o art. 188 do CTN regia serem “encargos da massa falida, pagáveis preferencialmente a quaisquer outros e às dívidas da massa, os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência”. A redação do artigo é falha e gera dúvidas interpretativas, mas, a partir de uma exegese sistemática, realizada à luz dos artigos anteriores, conclui-se inevitavelmente que, ao alçar os créditos tributários surgidos após a quebra à condição de encargos da massa, pagáveis preferencialmente a “quaisquer outros”, o legislador evidentemente referiu-se a quaisquer outros encargos da massa e não a quaisquer outros créditos da falência, tanto que, como visto, o art. 186 do CTN dispunha expressamente que “o crédito tributário prefere a qualquer outro”, excepcionando apenas os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

Ademais, se a expressão “quaisquer outros” se referisse a quaisquer outros créditos da falência, os encargos da massa também teriam preferência frente aos créditos trabalhistas, do que não se cogita.

Assim, sob a égide do DL n. 7.661/45, os créditos tributários anteriores à falência eram extraconcursais e tinham privilégio sobre os encargos da massa. Entre os encargos da massa, os créditos tributários surgidos após a quebra tinham preferência absoluta.

(...).

Dessarte, como as cotas condominiais vencidas após a decretação da falência têm inegável natureza de encargos da massa, o seu pagamento, nas falências

processadas com base no DL n. 7.661/45, somente ocorrerá após a satisfação dos créditos de caráter trabalhista e fiscal.

Deve prevalecer, pois, a conclusão contida no acórdão embargado de que os encargos da massa, nos quais se incluem as despesas condominiais vencidas após a decretação da quebra, não preferem os créditos tributários nas falências processadas sob a égide do DL n. 7.661/45.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de divergência.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Tributário. Embargos de divergência. Cota condominial vencida após a decretação da quebra da empresa. Ação falimentar processada no rito do Decreto-Lei 7.661/1945. Preferência do crédito tributário.

1. Nestes Embargos de Divergência a questão controvertida reside em identificar se os créditos tributários devem ser pagos preferencialmente em relação aos encargos ou dívidas da massa falida, na *Ação de Falência que tramita nos termos do Decreto-Lei 7.661/1945*.

2. Em sua redação original, o art. 186 do CTN prescrevia que “O crédito tributário prefere a qualquer outro, *seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho*”.

3. A norma acima deve ser interpretada em conjunto com a do art. 102, § 1º, do Decreto-Lei 7.661/1945, isto é, “Preferem a todos os créditos admitidos à falência a indenização por acidente do trabalho e os outros créditos que, *por lei especial, gozarem essa prioridade*”.

4. É irrelevante analisar se o crédito tributário, no caso concreto, é anterior ou posterior à decretação da falência, pois, em qualquer hipótese, havia lei especial fixando a preferência do crédito tributário sobre os encargos da massa: a) na primeira hipótese, ou seja, se o crédito tributário for anterior aos encargos da massa, a preferência tem guarida na aplicação conjunta do art. 186 do CTN c.c. o art. 102, § 1º, do DL 7.661/1945; b) na segunda hipótese (crédito tributário posterior à decretação da falência), o respaldo legal é encontrado no

art. 188 do CTN (redação original), segundo o qual “são encargos da massa falida, *pagáveis preferencialmente a quaisquer outros e às dívidas da massa*, os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência” – isto é, os encargos da massa, de natureza tributária, são pagos preferencialmente sobre os demais encargos e dívidas da massa.

5. Somente após a alteração promovida pela Lei Complementar 118/2005 no art. 186 do CTN é que o crédito tributário deixou de ter preferência absoluta em relação aos encargos e dívidas da massa (agora denominados “créditos extraconcursais): “Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. Parágrafo único. *Na falência: I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado (...)*”.

6. A modificação acima, no entanto, somente é aplicável no regime das falências processadas no rito da Lei 11.101/2005, inadmissível no caso concreto, conforme observado no acórdão embargado, em razão do art. 192 da Lei 11.101/2005 (“esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência”).

7. Voto-vista no sentido de acompanhar o Relator para negar provimento aos Embargos de Divergência.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Sr. Presidente, nestes Embargos de Divergência a questão controvertida reside em identificar se os créditos tributários devem ser pagos preferencialmente em relação aos encargos ou dívidas da massa falida, *na Ação de Falência que tramita nos termos do Decreto-Lei 7.661/1945*.

Em síntese, a embargante afirma ser credora de cotas condominiais devidas pela empresa DEPAC – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., vencidas após a decretação de sua quebra. Insurgiu-se contra decisão judicial que, embora tenha reconhecido que os débitos constituem encargos da massa, concluiu que antes devem ser pagos os créditos trabalhistas e fiscais.

A decisão foi confirmada na Corte local e no julgamento da Terceira Turma do STJ, em acórdão assim ementado:

Comercial. Falência. Cotas condominiais vencidas após a decretação da quebra. Natureza. Ordem de preferência.

1. A Lei n. 11.101/05 impôs alterações na classificação dos créditos falimentares, reposicionando na ordem de preferência inclusive aqueles de natureza extraconcursal. Atualmente, os encargos da massa (art. 84, III) precedem os créditos tributários, sejam eles anteriores (art. 83, III) ou posteriores (art. 84, V) à decretação da quebra.

2. Sob a égide do DL n. 7.661/45, porém, a realidade era outra. Os créditos tributários anteriores à falência eram extraconcursais e tinham privilégio sobre os encargos da massa. Além disso, entre os encargos da massa, os créditos tributários surgidos após a quebra tinham preferência absoluta.

3. Considerando que as cotas condominiais vencidas após a decretação da falência têm inegável natureza de encargos da massa, o seu pagamento, nas falências processadas com base no DL n. 7.661/45, somente ocorrerá após a satisfação dos créditos de caráter trabalhista e fiscal.

4. Recurso especial não provido.

Contra a referida decisão colegiada, foi interposto o presente recurso, no qual se aponta dissídio com os seguintes precedentes: REsp 898.214/RS, Primeira Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ 24.9.2007, p. 260, e REsp 155.713/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 4.4.2005, p. 235.

Admitido o recurso, não foi apresentada impugnação (fl. 325, e-STJ).

Em parecer, o *Parquet* opinou pelo desprovemento dos Embargos de Divergência.

O e. Ministro Humberto Martins, em judicioso voto, negou provimento ao recurso, afirmando que a interpretação sistemática do art. 124 do Decreto-Lei 7.661/1945 e dos arts. 186 a 188 do CTN leva à conclusão adotada no acórdão embargado.

Pedi vista dos autos.

Registro, de antemão, que vou acompanhar o Relator, tendo em vista que a discussão está restrita à Ação Falimentar processada no rito do Decreto-Lei 7.661/1945.

O confronto entre o crédito tributário e os encargos da massa falida era solucionado pelo art. 186 do CTN, que, em sua redação original, prescrevia:

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, *seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.*

Por se tratar de norma especial, deve ser interpretado em conjunto com a regra do art. 102, § 1º, do DL 7.661/1945:

Art. 102. (...)

§ 1º Preferem a todos os créditos admitidos à falência a indenização por acidente do trabalho e os outros créditos que, *por lei especial*, gozarem essa prioridade.

É irrelevante perquirir se o crédito tributário, no caso concreto, é anterior ou posterior à decretação da falência, pois, em qualquer hipótese, havia lei especial fixando a preferência do crédito tributário sobre os encargos da massa: a) na primeira hipótese, ou seja, se anterior aos encargos da massa, a preferência do crédito tributário tem guarida na aplicação conjunta do art. 186 do CTN c.c. o art. 102, § 1º, do DL 7.661/1945; b) na segunda hipótese, o respaldo legal é encontrado no art. 188 do CTN (redação original), segundo o qual “são encargos da massa falida, pagáveis preferencialmente a quaisquer outros e às dívidas da massa, os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência” – isto é, os encargos da massa, de natureza tributária, são pagos preferencialmente sobre os demais encargos e dívidas da massa.

Somente após a alteração promovida pela Lei Complementar 118/2005 no art. 186 do CTN é que o crédito tributário deixou de ter preferência absoluta em relação aos encargos e dívidas da massa (agora denominados “créditos extraconcursais”):

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp n. 118, de 2005)

Parágrafo único. *Na falência:*

I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

A modificação acima, no entanto, somente é aplicável no regime das falências processadas no rito da Lei 11.101/2005, inadmissível no caso concreto, conforme observado no acórdão embargado, em razão do art. 192 da Lei

11.101/2005 (“esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência”).

Com essas considerações, *acompanho o Relator para negar provimento aos Embargos de Divergência.*

É como *voto.*

MANDADO DE INJUNÇÃO N. 249-DF (2018/0093271-8)

Relator: Ministro Humberto Martins

Impetrante: Oumar Sylla

Advogados: Maurício Solano dos Santos - SC017425

Rose Maria dos Passos - SC036876

Eduardo Baldissera Carvalho Salles - SC041629

Impetrado: Ministro da Justiça

Impetrado: Ministro das Relações Exteriores

Impetrado: Ministro do Trabalho

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Mandado de injunção. Cabimento. Alegação de demora na produção de regulamento. Acolhimento humanitário. Impetrante que figura como refugiado. Inexistência de violação de direito ou de cerceamento de liberdade. Ausência de interesse processual. Extinção sem exame do mérito.

1. O impetrante alega que haveria mora regulamentar em produzir portaria prevista no parágrafo único do art. 145 do Decreto n. 9.199/2017 (Regulamento da Lei de Imigração); em razão disso, ele estaria sendo cerceado em sua postulação de acolhimento humanitário e, portanto, estaria em condição jurídica irregular no Brasil.

2. É cabível a utilização do mandado de injunção no caso da existência de clara mora em produzir normas jurídicas para garantir

direitos assegurados constitucionalmente, como leciona o Ministro Celso de Mello: “(...) o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais; isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público (...)” (MI 542/SP, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, publicado no Diário da Justiça em 28/6/2002, p. 89 e no Ementário vol. 2075-01, p. 24).

3. Os autos comprovam que o impetrante possui um pleito de refúgio, em tramitação no Ministério da Justiça, com base na Lei n. 9.474/1997 e no Decreto n. 9.199/2017, em especial do seu art. 142, II, “d”, e do seu art. 156, III; logo, ele possui acesso a toda documentação necessária para viver e trabalhar no Brasil e não está sendo cerceado em nenhum direito.

4. A modificação da sua condição de postulante ao refúgio para a situação de pleiteante ao acolhimento humanitário exigiria providências administrativas que podem ser tomadas pelo impetrante, não tendo havido a comprovação de qualquer óbice das autoridades impetradas para tanto. É imperativo frisar que a figura do acolhimento humanitário é diversa daquela do refúgio; para postular o acolhimento, há necessidade de enquadramento do país de origem nas hipóteses dos incisos do art. 145 do Decreto n. 9.199/2017.

5. Não havendo cerceamento de direitos e liberdades, a hipótese dos autos é a extinção do feito sem o exame do mérito em razão da ausência de interesse processual, pois o impetrante já obteve o reconhecimento do direito que alegadamente estaria postulando: ter reconhecida a regularidade de sua situação jurídica de imigrante, com foco no direito de refúgio. É aplicável ao caso concreto o art. 4º da Lei n. 13.300/2016, combinado com o art. 17 da Código de Processo Civil.

Pedido indeferido sem o exame do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça A Corte Especial, por unanimidade, indeferiu o pedido sem exame do mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Nancy Andrichi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 30.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de mandado de injunção impetrado por *Oumar Sylla* contra ato alegadamente omissivo do *Ministro de Estado da Justiça, do Ministro de Estado das Relações Exteriores* e do *Ministro de Estado do Trabalho*.

Na petição inicial, em apertada síntese, o impetrante descreve que possui nacionalidade senegalesa e pretende requerer residência no Brasil com base no alínea “c” do inciso I do art. 30 da Lei n. 13.445/2017.

Descreve que se trata da hipótese de acolhida humanitária.

Alega que esse direito ao pleito, previsto em lei, está sendo obstado pela inexistência do regulamento, previsto no parágrafo único do art. 145 do Decreto n. 9.119/2017.

Informa, ainda, que requereu informações aos três ministérios e que o Ministério da Justiça teria informado que o desejado regulamento estaria em fase de produção.

Defende a aplicabilidade do mandado de injunção, no caso concreto, com fulcro na Lei n. 13.300/2016.

Pede a ordem para que seja determinada a expedição da portaria ou de ato regulamentar congênere e, assim, permitir o exercício do seu direito ao pleito de acolhida humanitária (fls. 1-9, e-STJ).

Foi deferida a gratuidade de justiça (fl. 68, e-STJ).

Não havia pedido de liminar e, portanto, foi demandada a produção de informações pelas autoridades impetradas (fls. 74-75, e-STJ).

O Ministro de Estado da Justiça prestou informações (fls. 192-197, e-STJ). Alega que não haveria interesse de agir, pois o impetrante não estaria a sofrer restrição de direito previsto constitucionalmente em razão da ausência de ato legal ou infra. Frisa que o impetrante possui processo com pedido de reconhecimento da condição de refugiado, com fulcro na Lei n. 9.474/1997. Afirma que a sua situação é regular e que ele possui acesso a todos os documentos necessários para viver e trabalhar no Brasil. Alega, ainda, que inexistente falar em direito à legislação em razão da edição da Portaria Interministerial n. 10, de 6/4/2018.

O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego prestou informações (fls. 221-223, e-STJ). Alega que o ato alegadamente inexistente foi editado. Logo, não haveria falar em violação passível de combate por mandado de injunção.

O Ministério Público Federal opina em prol da extinção do feito sem a apreciação do mérito nos termos da seguinte ementa (fl. 226, e-STJ):

Mandado de Injunção. Refugiado. Autorização para residência no País. Alegação de mora em regulamentar o artigo 145 do Decreto n. 9.119/2017, que prevê a autorização de residência para fins de acolhida humanitária. O mandado de injunção será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Privação de exercício de direitos previstos na Constituição Federal. Não demonstrada. Refugiado em condição migratória regular. Pleito de autorização de residência com fundamento em acolhida humanitária. Impetrante refugiado. Artigo 145 do Decreto n. 9.199/2017 aplicável às hipóteses de acolhimento humanitário. Carência de ação por falta de interesse de agir. Parecer pela extinção do processo sem julgamento do mérito.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Deve ser indeferido o feito sem que haja a apreciação do mérito.

Preliminarmente, friso que o mandado de injunção é um remédio constitucional previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal. A Lei n. 13.300/2016 veio a disciplinar o seu rito processual. A ausência de normas jurídicas – cuja emanção é determinada pela ordem constitucional – não pode ser um empecilho à outorga de direitos asseguradas pela Carta Magna.

A propósito:

(...)

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional.

(...) (MI 542/SP, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29/8/2001, publicado no Diário da Justiça em 28/6/2002, p. 89, e no Ementário vol. 2075-01, p. 24).

É necessário redescrever o caso em questão.

O impetrante é oriundo do Senegal e alega que sofreria restrição no seu direito à postulação de um acolhimento humanitário no Brasil, em razão da ausência de edição de ato regulamentar previsto no parágrafo único do art. 145 do Decreto n. 9.119/2017. O impetrante argumenta que a sua situação migratória seria irregular. Transcrevo excerto da petição inicial (fls. 6-7, e-STJ):

(...)

No caso concreto, sendo a parte impetrante pessoa de nacionalidade senegalesa em condição migratória irregular, a ausência de norma

regulamentadora tem impedido a solicitação de autorização de residência com fundamento em acolhida humanitária e, conseqüentemente, tornado inviável o exercício do direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, bem como dos seguintes direitos e liberdades constitucionais: (...)

(...)

Do exame dos autos se infere que o impetrante já ostenta a condição jurídica de postulante ao refúgio. Tal condição é dada com amparo na Lei n. 9.474/1997 (Lei do Refúgio). O Ministério Público Federal frisa essa situação jurídica e factual em seu parecer, do qual transcrevo extrato (fl. 230, e-STJ):

(...)

Ocorre que o documento de fl. 51, expedido em 06/11/2017, com validade até 06/11/2018, atesta sua condição migratória regular, garantindo-lhe os mesmos direitos de qualquer outro estrangeiro em situação regular no Brasil.

O impetrante possui, inclusive, Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, em que consta assinatura de empregador, e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (fls. 30/49).

Outrossim, não há qualquer prova de que o recorrente esteja impedido de sair, de permanecer ou de reingressar no território nacional, ou ainda, que esteja impedido de gozar dos direitos previstos nos incisos XIII, XV do artigo 5º, no artigo 6º, no artigo 196 e no artigo 295, todos da Constituição Federal, conforme relata na petição inicial. Essas alegações, na verdade, tratam-se de meras conjecturas e suposições desprovidas de comprovação, que não dão ensejo à impetração de Mandado de Injunção com esse fundamento.

Por outro lado, da análise do documento de fl. 51, verifica-se que o impetrante possui o "status" de refugiado.

(...)

Assim, cabe notar que o regime jurídico aplicável em tal situação é derivado da já mencionada Lei n. 9.474/1997 e do Decreto n. 9.199/2017, em especial do seu art. 142, II, "d", e do seu art. 156, III.

A situação jurídica em questão foi bem deslindada pela Nota Técnica da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (Nota n. 30/2018/DIEP/DEMIG/SNJ/MJ), da qual cito trecho (fl. 177, e-STJ):

(...)

6. A despeito das alegações da defesa do estrangeiro, de que a sua situação migratória é irregular, os documentos que instruem o processo revelam

justamente o contrário, haja vista que, em 06/01/2014, na Delegacia de Polícia Federal de Caxias do Sul/RJ, por meio do processo n. 08451.001509/2014-87, formalizou pedido de Refúgio perante o Estado Brasileiro com apoio na Lei n. 9.747/1997, assim como em 26/06/2015, através do processo n. 08505.074711/2015-36, na Superintendência da Polícia Federal na Cidade de São Paulo/SP, formalizou a prorrogação de validade de seu protocolo de registro, sendo em ambas oportunidades atendido em seu pedido.

7. Nesse cenário, verifica-se que a simples formalização do pedido de refúgio é suficiente para suspender eventual procedimento administrativo que pese em desfavor do interessado até que haja uma decisão definitiva sobre o seu pleito, conforme se verifica do Art. 10, da Lei de Refúgio.

Art. 10. A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.

§ 1º Se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento.

8. Tanto é assim que, apenas com o protocolo do seu pedido de refúgio - que serve como documento de identidade no país para todos os efeitos legais -, teve acesso à Carteira de Trabalho e Previdência Social, CPF e, munido desses documentos, conseguiu, inclusive, acessar formalmente o mercado de trabalho, sendo-lhe ainda facultado a abertura de conta bancária, acesso à rede de saúde, ensino e assistência social do país sem qualquer outra formalidade.

9. Por outro lado, caso o interesse do Autor seja de que o seu pedido de refúgio seja apreciado pelo Governo brasileiro como acolhida humanitária, como deixa expresso em seu processo judicial, bastaria apresentar em uma das unidades da Polícia Federal requerimento nesse sentido, que certamente o seu pleito seria analisado com base na legislação em vigor.

(...)

11. Posto isto, verifica-se a total improcedência da alegação de que a ausência da suposta norma regulamentadora tem impedido a solicitação de autorização de residência com fundamento em acolhida humanitária e, consequentemente, tornado inviável o exercício do direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, posto que o direito de petição, constitucionalmente reconhecido, é amplamente garantido pelas autoridades migratórias brasileiras.

(...)

Ainda, a mencionada Nota Técnica evidencia ser improcedente a alegação jurídica de que haveria obstáculo administrativo para a permanência do impetrante no país. Ela informa que o impetrante obteve a condição de refugiado, havendo processo administrativo em tramitação no Ministério da Justiça. Assim, não haveria razão para postular a outorga de um acolhimento humanitário, uma vez que ele já foi enquadrado como refugiado. Ademais, argumenta que, caso houvesse interesse em alterar o fundamento do pedido, seria possível pleitear a alteração da condição de refugiado para de postulante ao acolhimento humanitário.

Por fim, cabe notar que a postulação pelo acolhimento humanitário somente seria possível com base no rol de situações fáticas do país de origem, que estão descritas e listadas nos incisos do art. 145 do Decreto 9.199/2017. Cito:

Art. 145. A autorização de residência para fins de acolhida humanitária poderá ser concedida ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de:

- I - instabilidade institucional grave ou iminente;
- II - conflito armado;
- III - calamidade de grande proporção;
- IV - desastre ambiental; ou
- V - violação grave aos direitos humanos ou ao direito internacional humanitário.

As situações listadas no art. 145 do Decreto n. 9.199/2017 tem se amoldado ao caso de diversos haitianos, em razão da notória crise que atinge aquele país. Para tanto, houve a edição da Portaria Interministerial n. 10, de 6 de abril de 2018, publicada no Diário Oficial da União (Seção 1, p. 57), de 9 de abril de 2018 (fl. 180, e-STJ). Todavia, cabe notar que a referida Portaria somente se aplica aos ingressantes do Haiti, o que não é o caso do impetrante, oriundo do Senegal.

Não há inércia legislativa, portanto, uma vez que, como está claro e comprovado, o impetrante postula a condição de refugiado, a qual está prevista na Lei n. 9.474/1997 e no Decreto n. 9.199/2017.

Porém, o resultado do feito deve ser a denegação sem o exame do mérito, uma vez que inexistente interesse processual, portanto. Inexistindo essa condição da ação, não cabe o processamento, por força do art. 4º da Lei n. 13.300/2016 combinado com o art. 17 da Código de Processo Civil.

A falta de interesse processual deriva do fato de que o impetrante não está em situação irregular e, ao contrário do que alega, está em curso o feito administrativo para decidir sobre o seu pedido de refúgio.

Ante o exposto, indefiro do pedido de injunção e extingo o feito sem o exame do mérito.

É como penso. É como voto.

**SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 13.877-EX
(2015/0127739-9)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Requerente: Gitech SRL

Advogado: Luiz Gustavo de Oliveira Ramos - SP128998

Requerido: Gasparini do Brasil Sa

Advogados: Carlos Alberto Farracha de Castro - PR020812

Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro - PR024789

EMENTA

Sentença estrangeira contestada. Citação. Instituto processual inserido na jurisdição de cada país. Ausência de trânsito em julgado. Comprovação por outros meios. Possibilidade. Prescrição. Matéria de mérito. Arguição no juízo competente. Juízo meramente deliberatório. Atendimento dos requisitos para homologação. Deferimento.

I - A citação é considerada um instituto processual inserido na jurisdição de cada país, não sendo possível impor as regras do direito brasileiro ao ato praticado no estrangeiro. Precedente: SEC n. 13.552/EX, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 1º/6/2016, DJe 16/6/2016.

II - A comprovação do trânsito em julgado pode se dar por qualquer meio que demonstre a irrecorribilidade da sentença

estrangeira, ainda que demonstrada em formato diverso do previsto na legislação brasileira. Precedentes: SEC 12.697/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 2/3/2016, DJe 12/4/2016; SEC 9.374/EX, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 6/5/2015, DJe 25/5/2015.

III - A prescrição, por se tratar de matéria de mérito, deve ser arguida no juízo competente. Assim porque o Superior Tribunal de Justiça, nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira, exerce um juízo meramente deliberatório, sendo-lhe vedado adentrar no mérito da ação alienígena.

IV - Homologação de sentença estrangeira deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, A Corte Especial, por unanimidade, deferiu o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Martins e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 05 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 13.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira oriunda do Tribunal Civil de Treviso, Itália, formulado por Gitech S.R.L. contra Gasparini do Brasil S.A.

Narra a inicial que a requerente promoveu uma ação monitória contra a empresa requerida, na Primeira Vara Cível de São José dos Pinhais/PR, tombada sob o n. 0023659-58.2013.8.16.0035.

Contudo, apesar de a referida ação monitória não possuir nenhuma relação com o título judicial estrangeiro que se pretende homologar, o juízo da Primeira Vara Cível de São José dos Pinhais/PR entendeu pela necessidade de homologação da sentença estrangeira de falência, para regularizar a representação processual da requerente naqueles autos.

Afirma a requerente que a sentença alienígena preenche os requisitos exigidos pelo Regimento Interno desta Corte de Justiça, devendo, pois, ser homologada.

Citada (fl. 187), a requerida Gasparini do Brasil S.A. apresentou contestação (fls. 190-196).

Assevera a requerida que não estão presentes os requisitos para a homologação da sentença estrangeira, sustentando a ausência de chancela da autoridade consular brasileira, comprovação do trânsito em julgado e ausência de citação no processo estrangeiro. Alega a existência de prescrição, porque a requerente pretende o pagamento de supostos créditos oriundos dos anos de 2008 e 2009. Pugna pelo indeferimento do pedido de homologação.

Em réplica (fls. 300-312), a requerente aduz pela inexigibilidade de chancela consular em face da aplicação do Decreto n. 1.476/1995, que promulgou o Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana. Demonstra a existência do trânsito em julgado. A respeito da ausência de citação, assevera a existência de várias certidões com escopo de dar publicidade à sentença de falência que se pretende homologar. Por fim, quanto à ocorrência de prescrição, argumenta que o instituto não guarda nenhuma relação com o título judicial que se pretende homologar. Ao final, reitera o pedido de homologação de sentença estrangeira.

Em tréplica, a requerida enfatiza a ocorrência de prescrição.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela homologação da sentença (fls. 321-332).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Preliminarmente, há se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça tem competência para emitir juízo meramente delibatório acerca da homologação de sentença estrangeira. Nesse contexto, é preciso verificar se a pretensão homologatória atende aos requisitos do art. 963 do Código de Processo Civil de 2015 e dos arts. 216-C e 216-D do Regimento Interno deste Tribunal Superior – RISTJ.

Eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena são de competência do juízo estrangeiro. Dessa forma, o possível deferimento do pedido de homologação, portanto, limita-se a dar eficácia à sentença estrangeira, nos exatos termos em que proferida, não sendo possível aditá-la para inserir provimento que dela não conste.

Feito esse esclarecimento, passa-se a análise dos requisitos. Segundo os arts. 963 do CPC/2015 e 216-C e 216-D do RISTJ, constituem-se requisitos necessários para a homologação de título judicial estrangeiro: i) ter sido proferido por autoridade competente; ii) terem sido as partes regularmente citadas ou verificada a revelia; iii) ter transitado em julgado; iv) estar chancelada pela autoridade consular brasileira, e; v) ser traduzida por tradutor oficial ou profissional juramentado no Brasil. Além disso, nos termos do art. 216-F, do RISTJ, a sentença estrangeira não pode ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública.

Quanto ao primeiro requisito, conclui-se que a sentença estrangeira foi proferida pelo Tribunal Civil de Treviso, Itália, autoridade competente para julgamento.

Com relação à citação da requerida, como bem salientou o *Parquet* Federal, o que se depreende dos autos é que ela é na verdade devedora da requerente, assim não haveria nenhum interesse na decretação ou não da falência. O processo falimentar caracteriza-se por ser um processo de execução no qual os credores concorrem para a satisfação de seus créditos, excluindo, dessa forma, qualquer interesse dos devedores da pessoa que teve a falência decretada. Logo, não havia motivação para que a requerida fosse citada no processo falimentar estrangeiro.

Entretanto, o documento de fl. 18, traduzido à fl. 21, demonstra que houve a citação de eventuais terceiros interessados no processo falimentar, no qual o juízo estrangeiro concedeu “o prazo de 30 dias antes da Assembleia aos

credores e a todos os terceiros que têm direitos reais mobiliários e imobiliários sobre coisas de posse do falido para que apresentem em Cartório as petições específicas”.

Esta Corte tem entendido que a citação é um instituto processual inserido na jurisdição de cada país, devendo, portanto, ser obedecida a legislação local. Nesse sentido, destaca-se:

Processual Civil. Família. Homologação de sentença estrangeira. Divórcio consensual. Preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 216-A a 216-N do Regimento Interno desta Corte. Regularidade da citação editalícia ante a presunção de ausência de contato dado o razoável lapso temporal decorrido. Precedentes: SEC 6.345/EX, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 28.2.2013 e SEC 4.686/EX, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 2.2.2012. Alegação de ausência de citação válida na ação originária. Aceitação pela Justiça Estrangeira de documento assinado pelo requerido onde afirmava não querer apresentar defesa na ação de divórcio. Matéria de direito processual vinculada à jurisdição e soberania de cada país que refoge ao mero juízo homologatório. Precedentes: SEC 7.171/EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 2.12.2013; SEC 7.758/EX, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 2.2.2015; SEC 9.570/EX, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17.11.2014; SEC 10.228/EX, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 3.11.2014. Sentença de divórcio homologada.

1. O pedido está em conformidade com os arts. 216-A a 216-N do RISTJ e art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois a sentença de dissolução de casamento foi proferida por autoridade competente, as partes eram, naquela época, domiciliadas no estrangeiro, houve regular citação e comparecimento espontâneo aos atos processuais.

2. Decorrido lapso temporal razoável da cessação da convivência matrimonial, é de se reconhecer a alegada ausência de conhecimento do paradeiro do ex-cônjuge, razão pela qual é regular a citação editalícia.

3. A alegação de ausência de comprovação de citação válida e revelia no processo estrangeiro deve ser examinada cum grano salis, pois, por se tratar de instituto de Direito Processual, encontra-se inserida no âmbito da jurisdição e da soberania de cada país, circunstância que impõe a observância da legislação interna, não sendo possível impor as regras da legislação brasileira para ato praticado fora do país, ainda mais no presente caso onde a Justiça Estrangeira aceitou declaração firmada pelo Requerido de que não apresentaria defesa na ação de divórcio.

4. A Defensoria Pública, atuando como Curador Especial do Requerido, reputou presentes os requisitos meritórios para a homologação do *decisum* estrangeiro.

5. Sentença estrangeira homologada.

(SEC 13.552/EX, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 1º/6/2016, DJe 16/6/2016, sem grifos no original).

Dessa forma, apesar de não possuir interesse no processo falimentar da requerente, foi atendido o requisito de citação válida da requerida.

O trânsito em julgado pode ser verificado pela declaração da “Assistente Judiciária” estrangeira constante do documento de fl. 20 e traduzido à fl. 22, no qual atesta “que contra a sentença acima não foi proposto recurso ex art. 18 L.F”. O requisito do trânsito em julgado visa dar segurança jurídica às relações decorrentes da homologação de sentença estrangeira. Assim, o escopo é sempre a verificação da definitividade do título judicial estrangeiro homologando. Diante disso, a jurisprudência desta Corte tem entendido que o trânsito em julgado pode ser comprovado por qualquer meio que demonstre a irrecurribilidade das decisões homologandas, ainda que em formato diverso da legislação brasileira.

Confira-se:

Sentença estrangeira contestada. Pedido de homologação. Dissolução de sociedade conjugal. Ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença alienígena. Não ocorrência. Comprovação por outros meios. Possibilidade. Requisitos para a homologação preenchidos. Homologação deferida.

(...)

IV - Ademais, a jurisprudência firmada no âmbito desta Corte é uníssona no sentido de que o trânsito em julgado das decisões estrangeiras pode ser comprovado por qualquer meio hábil a demonstrar a definitividade da decisão homologanda (precedentes).

(...)

Homologação deferida.

(SEC 12.697/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 2/3/2016, DJe 12/4/2016, sem grifos no original).

Sentença estrangeira contestada. Itália. Pleito de homologação. Requisitos legais. Preenchimento. Guarda e alimentos. Pedido de homologação deferido.

1. A competência do Superior Tribunal de Justiça, quanto à homologação de sentença estrangeira, é exercer um juízo de delibação, verificando se a decisão atende aos requisitos previstos nos artigos 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ e do art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **O trânsito em julgado se mostra comprovado, por constar certidão explicitando que não fora apresentado recurso contra o provimento da Corte de Apelação de Roma, tornando-a definitiva** (e-STJ, fl. 42/50). Ademais, o pedido se acha instruído com cópia da sentença homologanda, proferida pela Corte de Apelação de Roma - Itália (autoridade competente), bem como autenticação pelo Consulado-Geral do Brasil em Roma (fls. 16 e 43) sendo toda documentação acompanhada da devida

tradução juramentada (e-STJ, fls. 17/23 e 44/45). Por outro lado, não houve ofensa a soberania e a ordem pública pela sentença estrangeira.

(...)

4. Homologação da sentença estrangeira deferida.

(SEC 9.374/EX, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 6/5/2015, DJe 25/5/2015).

Outrossim, ficou demonstrada a chancela da autoridade consular brasileira em decorrência do art. 12 do Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989, promulgado pelo Decreto n. 1.476/1995. Apesar disso, a sentença estrangeira se encontra devidamente chancelada pela Vice-Cônsul brasileira em Roma, conforme se verifica à fl. 16, tendo em vista que a cópia da sentença estrangeira possui assinatura de autoridade estrangeira cuja autenticidade foi reconhecida pela autoridade consular brasileira.

Por fim, não se vislumbra, ainda, nenhuma ofensa à soberania nacional ou à ordem pública.

De acordo com o art. 216-H, parágrafo único, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a defesa somente poderá versar sobre a inteligência da decisão alienígena e a observância dos requisitos indicados nos arts. 216-C, 216-D e 216-F do mesmo Regimento.

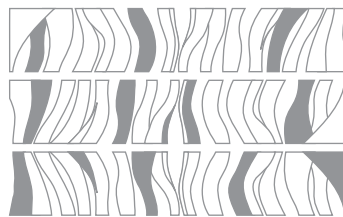
A contestação apresentada pela requerida, porém, discute, além dos requisitos, matérias de mérito, como, por exemplo, a prescrição, cuja competência para apreciação pertence ao juízo alienígena ou ao juízo da ação monitória em trâmite no Brasil.

Ante o exposto, defiro o pedido de homologação de sentença estrangeira.

Arbitro os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa, com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC/2015.

Expeça-se a carta de sentença.

É o voto.



Primeira Seção

**AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA N. 5.339-SP
(2014/0046769-8)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Agravante: Roberto Penteadó Stevenson

Advogados: Daniel Amorim Assumpção Neves - SP162539

Carolina de Rosso Afonso - SP195972

Agravado: Estado de São Paulo

Procurador: Regina Maria Rodrigues da Silva Jacovaz - SP091362

EMENTA

Processo Civil. Agravo interno na ação rescisória. Reclamação constitucional por suposta afronta a decisão proferida pelo STJ em RMS. Concurso público. Litisconsórcio unitário. Inocorrência. Impossibilidade de aplicação do artigo 509 do CPC. Precedentes. Ação rescisória improcedente.

1. Hipótese em que o autor da rescisória afirma que a decisão rescindenda afronta o art. 509 do CPC/73. A decisão rescindenda não conheceu de Reclamação Constitucional, afirmando que não foi violada a autoridade da decisão proferida pelo STJ no julgamento do RMS 37.726, a qual apenas determinou a posse *dos impetrantes*. O autor da presente rescisória não foi um daqueles impetrantes, apenas integrou a lide (após ser citado por edital) por haver sido aprovado no concurso público em discussão naqueles autos de mandado de segurança, em classificação melhor que a dos impetrantes.

2. A decisão ora agravada, em síntese, afirma não haver sido violado do art. 509 do CPC/73 (“*O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.*”), que, nos termos da jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior, se aplica apenas na hipótese de litisconsórcio unitário.

3. No agravo interno, o agravante sustenta que a hipótese dos autos é de litisconsórcio unitário.

4. Não obstante, o litisconsórcio só seria unitário caso fosse *praticamente impossível* a efetivação de decisões divergentes, situação

que não se verifica na hipótese dos autos. Doutrina. Precedentes: *EDcl no REsp 1.228.306*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 04/02/2013; *RMS 15.354*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 01/07/2005, p. 561; *REsp 827.935*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/05/2008, DJe 27/08/2008.

5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 21.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processo Civil. Ação rescisória. Reclamação constitucional por suposta afronta a decisão proferida pelo STJ em RMS. Concurso público. Litisconsórcio unitário. Inocorrência. Impossibilidade de aplicação do artigo 509 do CPC. Precedentes. Ação rescisória improcedente.

O agravante sustenta, em síntese, que a decisão agravada é equivocada, pelos seguintes motivos: a) a pretensão de que todos os aprovados até o 300º lugar no concurso público fossem nomeados teria sido levada ao Judiciário por todos aqueles classificados até tal posição; b) o litisconsórcio é unitário, pois a relação jurídica é “incindível”, por haver “necessidade de decisão uniforme”.

Menciona, com a pretensão de sustentar sua tese, trecho de doutrina. Além disso, transcreve trecho da decisão que, no RMS 19.660, determinou a citação dos aprovados em melhor colocação que os impetrantes daquele mandado de segurança. Conclui que, por essas razões, seria aplicável o dispositivo constante do art. 509 do CPC/73, que teria sido violado pela decisão rescindenda.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Inicialmente, rememoro que nos presentes autos o autor pretende a rescisão da decisão proferida pelo Ministro Mauro Campbell Marques nos autos da Reclamação Constitucional n. 12.246/SP (trânsito em julgado 19.06.2013), cuja ementa possui os seguintes termos:

Reclamação. Processual Civil. Concurso. Litisconsórcio ativo facultativo unitário. Reclamante não participou da lide originária - RMS 37.726/SP. Não conhecimento.

Na Reclamação (Rcl 12.246) em questão, o autor pretendia fazer cumprir o acórdão proferido RMS 37.776/SP, também de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, que determinou a nomeação e posse *dos impetrantes* daquele mandado de segurança.

O autor da presente rescisória *não era impetrante* daquele mandado de segurança (do qual tirado o RMS 37.776); havia sido citado (por edital e defendido por curador especial) para compor a lide, em cumprimento à decisão proferida no RMS 19.660/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, que por sua vez concluiu que deveriam integrar a lide todos aqueles que haviam obtido no certame melhor colocação que os impetrantes. Dentre aqueles com melhor classificação que os impetrantes se encontrava o autor da presente rescisória.

A decisão ora agravada, em síntese, concluiu que no mandado de segurança *não se estava diante de litisconsórcio unitário* e, por isso, não se aplica o preceito constante do art. 509 do CPC/73, que a presente ação rescisória sustenta haver sido violado.

A despeito do esforço argumentativo empreendido pelo agravante, não verifico razões para reconhecer que o litisconsórcio fosse unitário.

Com efeito, como bem esclarece o mesmo ilustre processualista citado pelo Agravante:

[...] O **eixo de referência** é sempre representado pela viabilidade **prática** da efetivação das decisões divergentes (Barbosa Moreira), e nesses casos o litisconsórcio é **comum** e não-unitário. As soluções dadas com referência a cada um dos litisconsortes podem até conflitar **logicamente** com a que se refere ao outro (o que acontecerá se só um recorrer e seu recurso vier a ser provido), mas não há dificuldade **prática** para que ambas se imponham.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual, v. II, 7ª ed., p. 404-405)

É exatamente este o caso dos autos, de litisconsórcio *não-unitário*, na medida em que é *praticamente viável* que a Administração Pública nomeie um aprovado em concurso público e não nomeie outro, ainda que este outro tenha logrado melhor classificação no concurso.

Daí porque não vejo razão para alterar as conclusões da decisão agravada, apoiada que está na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça a respeito da interpretação do art. 509 do CPC/73:

“[...] o referido *decisum* não incorreu na alegada afronta ao artigo 509 do CPC/73, porquanto, considerando que a reclamação constitucional é um instrumento destinado a garantir o cumprimento do julgado do STJ pelo Tribunal *a quo* nos exatos termos em que prolatado, não há como se extrair, como quer fazer crer o ora autor, que há determinação de posse ao reclamante na decisão proferida no RMS 37.726/SP.

Afirmo isso porque, segundo a jurisprudência dominante desta Corte, a extensão dos efeitos da decisão que julga recurso interposto por um dos litisconsortes, prevista no *caput* do art. 509 do CPC/73, aplica-se somente quando houver litisconsórcio *unitário*, ou seja, quando a relação jurídica que une os litisconsortes é marcada pela indivisibilidade, sendo impossível a prolação de decisão que não seja uniforme para todos os litisconsortes.

É o que se extrai dos seguintes precedentes desta Corte:

Embargos de declaração no recurso especial. Processual Civil. Extensão dos efeitos de recurso interposto por apenas um dos litisconsortes. Solidariedade passiva. Comunhão de defesa. Incidência do art. 509, parágrafo único, do CPC. Embargos acolhidos.

1. A extensão dos efeitos da decisão que julga recurso interposto por um dos litisconsortes, prevista no *caput* do art. 509 do CPC, aplica-se somente quando

houver litisconsórcio unitário, enquanto aquela prevista no parágrafo único do citado dispositivo legal aplica-se à hipótese de solidariedade passiva, em que haja comunhão de defesas, ainda que facultativo o litisconsórcio.

2. No caso em exame, não há indivisibilidade na relação jurídica de direito material entre os réus, administrador e gestor do fundo de investimento derivativo. Portanto, não havendo litisconsórcio unitário, não é aplicável o *caput* do art. 509 do CPC. Mas há entre eles solidariedade passiva, com fundamento no art. 942 do Código Civil e no art. 7º, parágrafo único, do CDC, e comunhão de defesas, de maneira que é aplicável a extensão dos efeitos da decisão que julga recurso interposto por um dos litisconsortes prevista no parágrafo único do art. 509 do CPC.

3. Devem ser estendidos à parte embargante os efeitos do acórdão de fls. 1.095/1.109, que afastou a responsabilidade civil do gestor de fundo de investimento derivativo, alegadamente advinda dos prejuízos ocasionados pela desvalorização do Real ocorrida em janeiro de 1999, com a mudança pelo Governo Federal da política cambial.

4. Embargos de declaração acolhidos (EDcl no REsp 799.241/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 17/12/2015)

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Recebimento como agravo regimental. Litisconsórcio unitário. Situações individuais já definidas na ação de conhecimento. Extensão dos efeitos do decisório executivo aos demais litisconsortes ativos. Possibilidade. Art. 509 do CPC.

- O julgado que se pretende estender aos demais litisconsortes ativos se refere à fase de execução do julgado. Dessa forma, não há como se entender que se trata de litisconsórcio simples, pois, no caso dos autos, a relação jurídica que une as partes é marcada pela indivisibilidade, porquanto já definida a situação de cada servidor na ação de conhecimento. Apenas tentam os ora embargados, de forma unitária, se fazerem valer dos efeitos da decisão tomada na fase executiva.

- *A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que a formação de litisconsórcio unitário conduz à aplicação da regra prevista no art. 509 do CPC.*

Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento (EDcl nos EDcl no REsp 519.340/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014)

Processo Civil. *A norma do art. 509 do Código de Processo Civil só é aplicável aos casos de litisconsórcio unitário.*

Nos termos do art. 509, caput, do atual Código de Processo Civil, "o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos

os seus interesses”, e assim também era no Código de Processo Civil de 1939, com a só diferença que neste se dizia “aproveitará”.

A norma deve ser interpretada sob o influxo do art. 48 do Código de Processo Civil vigente, a cujo teor, “salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”.

A regra, portanto, é a de que os litisconsortes devem, cada qual, cumprir os ônus processuais (v.g., provas, recursos, etc.); a exceção diz respeito unicamente à aquela espécie de litisconsórcio em que a solução deve ser uniforme para todos os litisconsortes, quer dizer, quando se trata de litisconsórcio unitário.

Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 988.735/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 15/04/2014)

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Apresentação de atestado médico fraudulento. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Súmula 284/STF. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Configuração de culpa e dolo genérico. Elemento subjetivo. Cominação das sanções. Dosimetria. Art. 12 da LIA. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Súmula 7/STJ. Apelação. Isenção de preparo. Art. 18 da Lei 7.347/1985. Não-cabimento. Litisconsórcio unitário. Inexistente. Inaplicabilidade do art. 509 do CPC.

(...)

5. *Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário mostra-se aplicável o previsto no art. 509 do CPC. Precedentes.*

6. Agravo em recurso especial conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e lhe negar provimento.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (REsp 1.397.499/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/10/2013)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Contribuição para o PIS e a COFINS. Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98. Litisconsórcio facultativo simples. Desistência do recurso de apelação. Incidência da regra do art. 509, caput, do CPC. Descabimento. Precedentes.

1. *Não estando caracterizado o litisconsórcio passivo unitário, não incide o efeito expansivo subjetivo dos recursos, por conta da regra do caput, do art. 509, CPC, pelo que, no caso concreto, em se tratando de litisconsórcio facultativo simples, não se pode admitir o alcance do provimento da apelação aos que desistiram na origem do referido recurso, tendo em vista que não integravam mais o pólo ativo da relação jurídico-processual.*

2. A propósito: *“a possibilidade do recurso interposto por um litisconsorte aproveitar aos demais não decorre da necessidade do litisconsórcio, e sim da sua unidade. É que a norma que prevê tal possibilidade, inserta no art. 509, caput, do CPC, incide apenas na hipótese de litisconsórcio unitário. Aos demais, aplica-se o princípio da autonomia dos litisconsortes, previsto no art. 48 do CPC”.* (REsp 827.935/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27/08/2008).

3. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.225.106/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/06/2013)

Processo Civil. Embargos de declaração. Aplicação do art. 509 do CPC. Litisconsórcio simples. Impossibilidade. Condutas distintas. Prevalência do art. 48 do CPC. Autonomia entre os litisconsortes. Embargos rejeitados.

1. *De acordo com a jurisprudência do STJ, a aplicação do art. 509 do CPC ocorre nos casos em que o litisconsórcio é unitário, ou seja, quando a relação jurídica que une os litisconsortes é marcada pela indivisibilidade, exigindo-se a prolação de decisão homogênea.*

2. Na espécie, contudo, trata-se de litisconsórcio simples, tendo cada corréu sido processado por condutas distintas, na medida da respectiva participação nos suscitados atos de improbidade administrativa. Nesse contexto, deve prevalecer a regra contida no art. 48 do CPC, que consagra a autonomia entre os litisconsortes.

3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no REsp 1.228.306/PB, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 04/02/2013)

Processual Civil. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Reexame do conjunto probatório. Súmula 7/STJ. Agravos de instrumento. Recursos dos litisconsortes que não aproveitam à recorrente. Não caracterização de litisconsórcio unitário.

(...)

3. *“O recurso, em regra, produz efeitos tão-somente para o litisconsorte que recorre. Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário, ou seja, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, quando o julgamento haja de ter, forçosamente, igual teor para todos os litisconsortes, mostra-se aplicável a norma de extensão da decisão, prevista no art. 509, caput, do Código de Processo Civil”* (RMS 15.354/SC, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 01.07.2005).

Precedentes: EDcl no REsp 453.860/SP, 4ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 25.09.2006; REsp 203.042/SC, 2ª T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 05.05.2003.

4. No caso concreto, por não ser hipótese de litisconsórcio unitário, o recurso interposto por um dos litigantes não aproveita aos demais, o que retira da recorrente qualquer possibilidade de extensão, em seu favor, dos efeitos do provimento dos agravos de instrumento interpostos pelos litisconsortes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(REsp 827.935/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/05/2008, DJe 27/08/2008)

Porém, no caso dos autos, não há litisconsórcio unitário entre o impetrante e o demais candidatos (incluindo o ora autor), passível de atrair a aplicação do artigo 509 do CPC/73, pois, tratando-se de candidatos em concurso público, não há indivisibilidade na relação jurídica de direito material, tampouco absoluta impossibilidade de coexistência de soluções diversas para os litisconsortes, como ocorre nos casos de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público ou a anulação de assembléia manejada por alguns acionistas de uma S/A, exemplos clássicos de litisconsórcio unitário.

Sobre a caracterização do litisconsórcio unitário, confira-se a lição de Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim (*in* Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: GZ editora, 2012, p. 112):

Se os litisconsortes tiverem de ter a mesma sorte no plano do direito material, a hipótese é de litisconsórcio unitário; se, todavia, houver 'possibilidade' de a sorte no plano do direito material ser distinta para cada qual dos litisconsortes, o caso é de litisconsórcio simples. Observe-se bem que basta a mera possibilidade de o desfecho da demanda ser distinto para cada qual dos litisconsortes para que não se esteja diante de hipótese de litisconsórcio unitário. *Não basta, pois, que a solução provavelmente venha a ser a mesma para os litisconsortes – é preciso que não se possa conceber a possibilidade de solução distinta para os litisconsortes, para que de litisconsórcio unitário se trate. Dessa distinção decorrem importantíssimas conseqüências de ordem prática, eis que às hipóteses de litisconsórcio unitário, exatamente porque a lide é única, não se aplica o já mencionado princípio da independência entre os litisconsortes, estampado no art. 48 do CPC.* Na verdade, a regra do art. 48 há de ser aplicável, só pela metade, ao litisconsórcio unitário em que, também, os atos de uns não prejudicarão os outros; mas, ao reverso, em que os atos benéficos (úteis, ativos) de um (uns) aproveitarão ao(s) outro(s).

A autonomia e a independência são características do litisconsórcio simples. Em contrapartida, *no caso de litisconsórcio unitário, a lide é única, de modo que o resultado necessariamente deve ser o mesmo para todos os litisconsortes. Daí por que é inconcebível o regime da independência no caso de litisconsórcio unitário. Neste caso, os atos de um litisconsorte necessariamente aproveitam ao outro.* Por exemplo, o provimento do recurso interposto por um dos litisconsortes beneficia também o que não recorreu da decisão. Como consequência, os atos de disponibilidade serão ineficazes, a menos que sejam ratificados por todos os litisconsortes. É o que ocorre com o reconhecimento jurídico do pedido, por exemplo. Se um dos litisconsortes reconhece juridicamente o pedido, mas o outro não, é inviável a resolução do mérito com amparo no inc. II do art. 269.

Soma-se a isso o fato de que, como bem assentado na decisão rescindenda, a determinação prolatada no RMS 19.660/SP foi para que os demais candidatos aprovados no certame, incluindo o ora autor, fossem citados para integrarem a lide como litisconsortes passivos necessários e não como autores do *mandamus* (o que também pode ser aferido pelo edital de citação às fls. 106/113), reconhecendo-se, portanto, o interesse em participar da lide, mas não a existência de unitariedade de interesses com o impetrante.

Como se não bastasse, compulsando os autos, vê-se que o ora autor, embora citado por edital, não se manifestou no processo, tampouco recorreu da decisão proferida na instância de origem. Em verdade, o curador especial, nomeado em observância ao art. 9º, II, do CPC, se limitou a apresentar uma breve manifestação em nome daqueles que foram citados por edital e não se manifestaram, não tendo também interposto recurso ordinário a esta Corte Superior. Fora isso, não há decisão judicial a seu respeito, tampouco consta o seu nome como parte nos autos.

Nesse linha de entendimento, não há como se entender pela possibilidade de extensão, em favor do ora autor, dos efeitos do provimento dos recursos ordinários interpostos por alguns dos litigantes e, por conseguinte, de decisão não cumprida que pudesse sustentar o acolhimento da reclamação constitucional apresentada.”

Ante o exposto, *nego provimento ao Agravo Interno*.

É o voto.

**AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.089-DF
(2015/0246332-4)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Agravante: André Couto Saldanha

Agravante: Humberto Bezerra de Meneses Junior

Advogado: Rudi Meira Cassel e outro(s) - DF022256

Agravado: Banco Central do Brasil - Bacen

Procurador: Procuradoria-Geral do Banco Central - PB000000C

Interes.: União

Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no mandado de segurança. Concurso público regido pelo Edital n. 1/2013 BCB/DEPES, de 15/8/2013. Aprovação fora do número de vagas. Vacância de cargos. Findo o prazo de validade do concurso. Pedido de nomeação. Ausência de autorização do MPOG. Limitações orçamentárias. Discricionariedade administrativa. Autorização do MPOG para nomeação apenas de 50 dos candidatos aprovados em cadastro de reserva. Ausência de arbitrariedade.

1. Hipótese em que foi monocraticamente denegada a ordem pretendida pelos impetrantes, de que fossem nomeados para o cargo para o qual foram aprovados em concurso público apenas em cadastro de reserva, sob os fundamentos de que: (a) para a caracterização de direito subjetivo à nomeação seria necessário que os impetrantes comprovassem que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agiu *arbitrária e imotivadamente*; (b) os impetrantes não efetuaram tal prova; (c) ao contrário, a autoridade impetrada apresentou plausíveis justificativas no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados apenas em cadastro de reserva não ocorreu em virtude de limitações orçamentárias ao longo do prazo de validade do concurso; (d) a necessidade do Banco Central em ter mais servidores não autoriza por si só a conclusão de que a falta de autorização para a contratação pelo MPOG fosse arbitrária e imotivada, afinal ao MPOG incumbia precisamente a eleição de prioridades na destinação dos limitados recursos federais; (e) também a convocação dos candidatos aprovados em cadastro de reserva para a realização de curso de formação não implica o advento de direito subjetivo à nomeação.

2. No agravo interno os agravantes sustentam que (i) o Banco Central tinha necessidade de contratação de servidores, (ii) havia dotação orçamentária para suportar a contratação dos impetrantes e (iii) a realização do curso de formação sem que os impetrantes viessem a ser contratados não se coaduna com o princípio da eficiência.

3. Não obstante, a suposta existência de dotação orçamentária para a contratação de até 22.463 cargos vagos *em todo* o Executivo federal, com o limite financeiro *total* de R\$ 1.413.715,10, não autoriza a conclusão de que os impetrantes tivessem direito subjetivo à

nomeação. Ao Ministério do Planejamento incumbia escolher *de que forma* haveriam de ser distribuídos os até 22.463 cargos e funções em *todo* o funcionalismo público federal, não apenas no Banco Central.

4. O Ministro do Planejamento atendeu parcialmente o pleito de nomeação feito pelo Banco Central, autorizando apenas a nomeação de 50 analistas e de 50 técnicos (em todo o país) dentre aqueles aprovados no cadastro de reserva, sob a motivação de que a análise “leva em conta, dentre outros aspectos, a situação atual e projetada da força de trabalho de todos os órgãos e entidades demandantes em face das prioridades do serviço público federal e o limite orçamentário-financeiro estabelecido”.

5. O juízo legal, motivado e não arbitrário de discricionariedade administrativa não está sujeito a reforma em sede judicial.

6. O fato de a Administração Pública haver promovido curso de formação para candidatos aprovados em cadastro de reserva, ainda que contrarie a eficiência administrativa, não é capaz de convolar a mera expectativa em direito subjetivo à nomeação.

7. Agravo interno não provido. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça Prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público regido pelo Edital n. 1/2013 BCB/DEPES, de 15/8/2013. Aprovação fora do número de vagas. Vacância de cargos. Findo o prazo de validade do concurso. Pedido de nomeação. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder.

Os agravantes sustentam ser equivocada a decisão agravada, em síntese, pelos seguintes motivos: foi comprovada a dotação orçamentária a viabilizar a nomeação dos impetrantes (consoante Nota Técnica n. 168/CGDPS/SEAFI/SOF/MP, com autorização para provimento de 22.463 cargos vagos no Executivo, com o limite financeiro de R\$ 1.413.715,10 - fl. 297/STJ) e, ainda, foi comprovada a necessidade de nomeação dos novos servidores durante a validade do concurso (consoante Aviso 22/2014-BCB - fls. 172-173/STJ), de modo que, para os agravantes, sua pretensão atende aos parâmetros estabelecidos pelo STF no julgamento do RE 837.311. Afirmam, ainda, que a realização do curso de formação importou gasto aos cofres públicos, que não se coaduna com a eficiência.

O Banco Central apresenta contrarrazões (fls. 657/665) em que alega, preliminarmente, que o Agravo Interno não impugnou especificadamente os fundamentos da decisão agravada, o que impede o conhecimento do Agravo Interno, nos termos do parágrafo 1º do art. 1.021 do CPC/2015. Isto porque a decisão monocrática agravada, dentre outros fundamentos, deixou de conceder a segurança em razão de que os impetrantes não comprovaram de forma cabal que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agia *arbitrária e imotivadamente*, fundamento não impugnado no agravo. No mérito, defende que a decisão agravada não merece reparos, por estar em harmonia com a jurisprudência consolidada no STJ e com a tese assentada pelo STF no julgamento do RE 837.311. Argumenta, ademais, que não houve ofensa à eficiência ou à proteção da confiança, por haverem outros princípios a serem considerados, como o da legalidade, da independência e harmonia dos Poderes e da razoabilidade, “uma vez que a Administração Pública não pode desconsiderar as limitações de receitas, as infinitas necessidades públicas, as difíceis escolhas na gestão dos recursos públicos e a sua prerrogativa de nomear os candidatos quanto considerar conveniente e oportuno”.

A União apresenta contrarrazões (fls. 669/670) em que sustenta não haver prova de que tenha sido arbitrária a decisão do Ministro do Planejamento em deixar de autorizar a nomeação dos impetrantes.

Incluído o feito em pauta para julgamento, após sustentações orais, pedi vista regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): A decisão monocrática agravada denegou a segurança pretendida sob os fundamentos de que: (a) para a caracterização de direito subjetivo à nomeação seria necessário que os impetrantes comprovassem que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agiu *arbitrária e imotivadamente*; (b) os impetrantes não efetuaram tal prova; (c) ao contrário, a autoridade impetrada apresentou plausíveis justificativas no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados apenas em cadastro de reserva não ocorreu em virtude de limitações orçamentárias ao longo do prazo de validade do concurso; (d) a necessidade do Banco Central em ter mais servidores não autoriza por si só a conclusão de que a falta de autorização para a contratação pelo MPOG fosse arbitrária e imotivada, afinal ao MPOG incumbia precisamente a eleição de prioridades na destinação dos limitados recursos federais; (e) também a convocação dos candidatos aprovados em cadastro de reserva para a realização de curso de formação não implica o advento de direito subjetivo à nomeação.

No presente agravo interno, os agravantes sustentam que (i) o Banco Central tinha necessidade de contratação de servidores, (ii) havia dotação orçamentária para suportar a contratação dos impetrantes e (iii) a realização do curso de formação sem que os impetrantes viessem a ser contratados não se coaduna com o princípio da eficiência.

Contudo, a alegação genérica de que havia dotação orçamentária, com base na Nota técnica que consta de fl. 297 dos autos (Nota Técnica n. 168/CGDPS/SEAFI/SOF/MP, com autorização para provimento de até 22.463 cargos vagos no Executivo, com o limite financeiro de R\$ 1.413.715,10 - fl. 297/STJ), não impugna especificamente o fundamento da decisão agravada, de que ao Ministério do Planejamento incumbia escolher *de que forma* haveriam de ser distribuídos os 22.463 cargos e funções em *todo* o funcionalismo público federal, não apenas no Banco Central.

Note-se que a Nota Técnica n. 168/CGDPS/SEAFI/SOF/MP (com autorização para provimento de 22.463 cargos vagos *no Executivo*, com o limite financeiro de R\$ 1.413.715,10 - fl. 297/STJ), trata de pleito da Secretaria de Gestão Pública do MPOG para o provimento de cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal, **não** do pleito do Banco Central de que fossem nomeados servidores para o desempenho das atividades do Banco Central.

Como frisado na decisão monocrática agravada, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que os candidatos aprovados fora dos número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reservas (como é o caso dos impetrantes) *não* têm direito líquido e certo à nomeação, sendo certo que *o surgimento de novas vagas* ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, **não gera automaticamente o direito à nomeação, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.**

Neste sentido, confirmam-se: RMS 50.304/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe 25/05/2016; AgRg no RMS 48.579/MS, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 04/02/2016; RMS 50.579/RR, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, DJe 28/06/2016; RMS 46.110/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, DJe 13/06/2016; RMS 47.861/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015; AgInt no RMS 50.147/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina, Primeira Turma*, DJe 28/06/2016; AgInt no RMS 49.900/MG, Rel. Ministra *Assusete Magalhães, Segunda Turma*, DJe 16/06/2016; AgRg no RMS 32.856/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 01/07/2016; AgInt no RMS 44.060/RO, Rel. Ministro *Gurgel de Faria, Primeira Turma*, DJe 29/06/2016; AgRg no RMS 46.935/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe 06/11/2015.

Tal compreensão do Superior Tribunal de Justiça veio a ser albergada por decisão do Supremo Tribunal Federal ao decidir o RE 837.311, ao qual reconhecida a repercussão geral (Tema 784), que consignou expressamente a tese de que a preterição deve ser cabalmente comprovada pelo candidato pretensamente preterido:

Recurso extraordinário. Constitucional e Administrativo. Repercussão geral reconhecida. Tema 784 do Plenário Virtual. Controvérsia sobre o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados além do número de vagas previstas no

edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Mera expectativa de direito à nomeação. Administração Pública. Situações excepcionais. (...)

(...)

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que **o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expreso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.** Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

(...)

(RE 837.311, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-072 divulg 15/04/2016 public 18/04/2016)

No caso ora em exame, os impetrantes não comprovam de forma cabal que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agiu *arbitrária e imotivamente*. Pelo contrário, a autoridade impetrada apresentou plausíveis justificativas no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados apenas em cadastro de reserva não ocorreu em virtude de limitações orçamentárias ao longo do prazo de validade do concurso.

A argumentação dos impetrantes no sentido de que o Banco Central tinha defasagem no número de servidores e que era preciso que o Banco Central contasse com mais servidores para a boa prestação de seus serviços, por si só, não gera direito líquido e certo à nomeação dos impetrantes, na medida em que a Administração Pública Federal, com recursos limitados, havia de fazer escolhas a respeito dos gastos que iria assumir, sendo certo que o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão não deu autorização para a nomeação não

só dos impetrantes, mas também para a nomeação de diversos candidatos que haviam sido aprovados no cadastro de reserva.

Os impetrantes afirmam que havia Nota Técnica autorizando o provimento “de até 22.463 cargos e funções vagos no âmbito do Poder Executivo”. Contudo, nas informações a autoridade impetrada reproduz (fls. 511/512-STJ) trecho de nota técnica em que, diante das limitações orçamentárias, o Ministro do Planejamento houve por bem atender apenas parcialmente o pedido de nomeação feito pelo Banco Central, autorizando apenas a nomeação de 50 analistas e de 50 técnicos (em todo o país) dentre aqueles aprovados no cadastro de reserva. A nota explica que a análise “leva em conta, dentre outros aspectos, a situação atual e projetada da força de trabalho de todos os órgãos e entidades demandantes em face das prioridades do serviço público federal e o limite orçamentário-financeiro estabelecido” (fl. 512-STJ).

Nota-se, portanto, que o presente caso (ao contrário do que os impetrantes sustentaram oralmente) não é idêntico àquele que foi objeto do MS 22.813.

Com efeito, na sessão da 13/06/2018, a Primeira Seção julgou procedente o MS 22.813 (Rel. Min. Og Fernandes) em caso em que eram impetrantes candidatos aprovados em cadastro de reserva para o cargo de *Procurador do Banco Central*. Não obstante, há algo de peculiar no MS 22.813, especificamente a documentação acostada pelos impetrantes: nas fls. 242/243 (do MS 22.813) o Secretário de Orçamento Federal afirma *haver disponibilidade orçamentária* para nomear 8 Procuradores do Banco Central; nas fls. 250/255 (do MS 22813) a Consultoria Jurídica do MPOG manifestou-se *favorável* à autorização de nomeação pelo MPOG; a Portaria de nomeação (daqueles 8 candidatos aprovados em cadastro de reserva para o cargo de *Procurador do Banco Central*) chegou a ser lavrada, apenas *não foi assinada* pelo Ministro do Planejamento (fl. 248), sem que qualquer decisão expressa para a negativa de assinatura fosse dada, decorrendo o prazo de validade do concurso.

Foi em razão disso que a Sessão considerou que no MS 22.813 foi imotivada a ausência de efetiva nomeação daqueles 8 Procuradores do Banco Central. Nos presentes autos, diferentemente, a cronologia não se apresenta comprovadamente similar. Pelo contrário, consoante já exposto, nas informações a autoridade impetrada reproduz (fls. 511/512-STJ) trecho de nota técnica em que, diante das limitações orçamentárias, o Ministro do Planejamento houve por bem atender apenas parcialmente o pedido de nomeação feito pelo Banco Central, autorizando apenas a nomeação de 50 analistas e de 50 técnicos (em

todo o país) dentre aqueles aprovados no cadastro de reserva. A nota explica que a análise “leva em conta, dentre outros aspectos, a situação atual e projetada da força de trabalho de todos os órgãos e entidades demandantes em face das prioridades do serviço público federal e o limite orçamentário-financeiro estabelecido” (fl. 512-STJ).

Verifica-se, portanto, que no caso dos presentes autos, em que candidatos aprovados em cadastro de reserva para Analistas do Banco Central afirmam haverem sido preteridos, houve expresso exame da oportunidade e conveniência da nomeação de Analistas aprovados no cadastro de reserva, autorizando-se expressamente a nomeação de um limitado quantitativo (50), observada a ordem de aprovação no concurso, que não alcançou a colocação dos impetrantes.

Por último, a alegação de que o fato de os impetrantes haverem realizado curso de formação importa violação ao princípio da efetividade, ainda que possa ser acolhida, não confere aos impetrantes direito subjetivo à nomeação. Neste sentido:

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Candidata aprovada fora do número de vagas. Direito à nomeação. Excepcionalidade. Necessidade de demonstração pelo candidato de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração. Matéria decidida repercussão geral. *Convocação para exames pré-admissionais não implica a preterição do candidato*. Recurso ordinário improvido.

(...)

III - Nesse sentido, a jurisprudência do STJ entende que *a convocação do candidato para a realização de exames médicos não implica sua preterição de modo a transformar mera expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação*. Precedentes: AgInt no RMS 52.421/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 17/4/2017 e RMS 42.041/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 24/2/2016.

(...)

(AgInt no RMS 50.165/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

Com efeito, ainda que a Administração Pública tenha deixado de observar a eficiência ao ministrar curso de formação àqueles que foram aprovados em cadastro de reserva, impor-lhe a nomeação subsequente daqueles que frequentaram o curso não faria com que a eficiência fosse recuperada. Mesmo que os impetrantes tenham subjetivamente aumentado suas expectativas de serem nomeados, tal aumento subjetivo de expectativa não autoriza a conclusão de que tenham passado a ter o pretendido direito subjetivo à nomeação.

Não havendo prova cabal de que a decisão do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão em deixar de autorizar a nomeação dos impetrantes tenha sido arbitrária ou imotivada, não se vislumbra o alegado direito líquido e certo no caso dos autos, na medida em que os impetrantes não demonstram que houve preterição ou qualquer outra causa capaz de convolar suas meras expectativas em direito subjetivo à pretendida nomeação.

Diante disto, *nego provimento* ao presente agravo interno no mandado de segurança e, de conseguinte, *denego a ordem*.

É o voto.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.617.086-PR
(2016/0198661-4)**

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Agravante: Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho SINAIT

Advogados: Hugo Mendes Plutarco - DF025090

Nara Terumi Nishizawa - DF028967

Agravado: União

Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U

Interes.: Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná

Advogados: Lúcia Maria Beloni Corrêa Dias - PR013546

Luciana Rosa Medeiros Miranda e outro(s) - PR055848

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial Recurso especial representativo de controvérsia. Pedido de ingresso de *amicus curiae* indeferido. Agravo interno interposto contra a decisão indeferitória. Não cabimento. Precedentes da Corte Especial do STJ e do Tribunal Pleno do STF. Agravo interno não conhecido.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada na vigência do CPC/2015, que indeferira pedido de ingresso no feito

como *amicus curiae*, formulado pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT, ante o manifesto interesse privado, do Sindicato ora agravante, no provimento do Recurso Especial, em favor da parte autora da demanda.

II. Na doutrina, verifica-se que o cabimento do Agravo interno contra decisão que indefere o ingresso do *amicus curiae* no feito tem encontrado defensores em dois sentidos: ora em favor da irrecorribilidade, como sustenta ARAKEN DE ASSIS, para o qual “o art. 138, *caput*, generalizou a inadmissibilidade do recurso próprio contra o ato admitindo, ou não, a intervenção do *amicus curiae*, excepcionando, nesse caso, o art. 1.015, IX, do NCPC” (*in* Processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, vol. II, tomo I, p. 708); ora em defesa da recorribilidade, tal como leciona JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, firme no sentido de que “o juiz ou relator poderá, ‘por decisão irrecorrível’, ‘solicitar ou admitir’ a intervenção de *amicus curiae*. Vê-se, assim, que a lei processual não estabelece a irrecorribilidade da decisão que não admite a intervenção de *amicus curiae*, mas apenas daquela que o admite. A nosso ver, deve ser admitido recurso pelo *amicus curiae*, também contra decisão que não admita sua intervenção (à semelhança do que antes se decidia, na vigência do CPC/1973, como se noticiou acima)” (*in* Novo Código de Processo Civil comentado. 5ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 253).

III. De igual modo, nesta Corte, em um primeiro momento, a Primeira Seção do STJ, sem maiores embates, em 22/03/2017, no julgamento do AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE (Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 28/03/2017), conheceu do Agravo interno, interposto contra decisão que inadmitira o ingresso no feito de *amicus curiae*, negando-lhe, contudo, provimento.

IV. Na mesma linha, no julgamento do AgInt na Pet no REsp 1.657.156/RJ (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 03/10/2017), após amplo debate, em 27/09/2017, a Primeira Seção também concluiu, por unanimidade, ser cabível a interposição de Agravo interno contra a decisão que não admite a participação de terceiro como *amicus curiae*, considerando irrecorrível apenas a decisão que solicita ou admite tal participação, nos termos da interpretação literal dada ao art. 138 do CPC/2015.

V. Todavia, ainda que tal posição tenha sido vencedora, em um primeiro momento, existem precedentes – inclusive posteriores aos mencionados julgamentos da Primeira Seção –, ora no sentido do não cabimento do recurso contra decisão que indefere o pedido de ingresso de *amicus curiae*, ora no sentido de seu cabimento: STJ, AgInt na PET no AREsp 1.139.158/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Turma*, DJe de 19/06/2018; AgInt na PET no REsp 1.637.910/RN, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe de 27/06/2018; AgInt na PET no REsp 1.700.197/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 27/06/2018.

VI. A dissipar dúvidas sobre o tema, a Corte Especial do STJ, por unanimidade, em 1º/08/2018, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT – afetado sob o rito dos recursos repetitivos, e ainda pendente de conclusão do julgamento de mérito –, decidiu que “a leitura do art. 138 do CPC/15, não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do *amicus curiae* não é impugnável por agravo interno, seja porque o *caput* expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o § 1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR” (STJ, Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Corte Especial*, julgada em 1º/08/2018, pendente de conclusão de julgamento de mérito).

VII. No STF, até recentemente, prevalecia o entendimento no sentido de que, “consoante disposto nos arts. 138, *caput*, do CPC e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desta Corte, em hipótese de acolhimento do pedido de ingresso de *amicus curiae* na lide, tal decisão seria irrecorrível, podendo, contudo, ser objeto de agravo a decisão que indefere tal pleito. Agravo regimental não provido” (STF, AgReg no RE 817.338/DF, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, *Tribunal Pleno*, julgado em 1º/08/2018, DJe de 24/08/2018).

VIII. Todavia, em 17/10/2018, em sessão plenária, no julgamento do RE 602.584/DF (Rel. Ministro *Marco Aurélio*, Rel. p/ acórdão Ministro *Luiz Fux*, pendente de publicação), o STF acabou por uniformizar, por maioria, o entendimento de que “não cabe a

interposição de agravo regimental para reverter decisão de relator que tenha inadmitido no processo o ingresso de determinada pessoa ou entidade como *amicus curiae* (amigo da Corte)” (notícia publicada no sítio eletrônico do STF, em 17/10/2018).

IX. Nesse panorama, diante da nova orientação da Corte Especial do STJ e do Plenário da Suprema Corte, realinho o meu posicionamento, para, preliminarmente, não conhecer do presente Agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, não conhecer do agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 10.12.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Agravo interno, interposto pelo *Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT*, em 21/05/2018, contra decisão de minha lavra – aditada pela decisão dos Declaratórios, publicada em 30/04/2018 –, assim fundamentada, *in verbis*:

Em 10/05/2017, a Primeira Seção do STJ afetou o presente Recurso Especial como representativo de controvérsia repetitiva, em demanda na qual se pleiteia a condenação da União ao pagamento de indenização – prevista no art. 1º da Lei 12.855/2013 (“indenização de fronteira”) e destinada aos servidores públicos

federais, mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos fronteiriços –, na qual se discute se a aludida Lei 12.855/2013 seria autoaplicável ou se dependeria de regulamentação do § 2º do seu art. 1º, a fim de definir tais localidades estratégicas, para a percepção da aludida indenização.

O Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT, a fls. 596/667e (Pet 00267002/2017) e 668/739e (Pet 00268255/2017), *requer seu ingresso no feito, na condição de amicus curiae, nos termos do art. 138 do novo CPC, que “prevê a possibilidade de ingresso de interessado nos incidentes de Resolução de demandas repetitivas, bastando que a parte interessada se manifeste nos autos no devido prazo legal”* (fl. 597e).

Afirma, para tanto, que, de acordo com seu Estatuto Social, cabe ao SINAIT “promover e coordenar os movimentos reivindicatórios tendentes a conquistar a plena valorização da categoria dos Auditores-Fiscais do Trabalho e de seus filiados, inclusive nas questões que envolvam seus interesses jurídico-funcionais” (fl. 598e).

Aduz que “matéria ventilada no presente rito dos Recursos Especiais Repetitivos, é também inequívoca a sua relevância aos associados do SINAIT. Isso porque, conforme exposto anteriormente, a discussão central tange a mora administrativa em implementar o pagamento de verba indenizatória aos servidores públicos que exerçam suas atividades em região de fronteira, dos quais fazem parte a categoria defendida pelo Sindicato” (fl. 568e).

Sustenta que “tem eficácia imediata a implementação do adicional de fronteiras para as regiões transfronteiriças, ainda que falte definição para as ‘localidade com dificuldade de fixação de efetivo’ (fl. 600e), e que, quanto ‘ao critério de municípios localizados em região de fronteira, a Lei n. 6.634/79 (art. 1º) designa como Faixa de Fronteira a faixa interna de 150 Km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, considerada área indispensável à Segurança Nacional’ (fl. 601e).

Assim, entende que ‘o Poder Executivo já dispunha de identificação, detalhada e suficiente, das localidades enquadradas nos critérios de localização em região de fronteira e de dificuldade de fixação de efetivo’ (fl. 602e).

Após tecer considerações sobre a legislação que entende pertinente e favorável ao recorrente, *requer seu ingresso na condição de amicus curiae e a procedência do Recurso Especial para ‘que seja unificado o entendimento de que é devida a Indenização de Fronteira de que trata a Lei n. 12.855, de 2013, desde a data da sua publicação (3 de setembro de 2013), no valor de R\$ 91,00 (noventa e um reais) por dia efetivamente trabalhado nas respectivas localidades constantes do Anexo do Decreto n. 493/1992 e do Anexo à Portaria PGR/MPU n. 633/2010, e nas localidades a serem acrescidas por regulamento do Poder Executivo à Lei n. 12.855, de 2013, com o pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de juros e correção monetária’* (fl. 613e).

Com efeito, não se olvida que a participação do *amicus curiae* tem por escopo a prestação de elementos informativos à lide, a fim de melhor respaldar a decisão judicial que irá dirimir a controvérsia posta nos autos.

Com relação ao seu ingresso no feito, dispõe o art. 138 do CPC vigente:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a *relevância da matéria*, a *especificidade do tema* objeto da demanda ou a *repercussão social* da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de *pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada*, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Ao que se observa, ao regular a admissão do amicus curiae no processo, o referido dispositivo baliza os parâmetros que possibilitam o pretendido ingresso no feito. Ou seja, além de conferir ao juiz ou relator a competência para avaliar a necessidade e a utilidade da participação do requerente, a norma pressupõe, também, a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia, e a representatividade adequada como elementos de formação da convicção do julgador.

É de se ter em conta, porém, que 'a representatividade das pessoas, órgãos ou entidades deve relacionar-se, diretamente, à identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária da pessoa física ou jurídica que a qualifique, de modo a atender ao interesse público de contribuir para o aprimoramento do julgamento da causa, não sendo suficiente o interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes (interesse meramente econômico)' (STJ, REsp 1.333.977/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe de 12/03/2014).

*De igual modo, a doutrina define o interesse institucional como sendo 'a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida, considerando-se que o terceiro tem grande experiência na área à qual a matéria discutida pertence' (NEVES, Daniel Amorim Assumpção., **Novo Código de Processo Civil** Comentado artigo por artigo, Salvador, BA: Juspodivm, 2016, p. 225).*

Outra não é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que o amicus curiae atua como um 'colaborador da Justiça', de modo que sua participação no processo deve ocorrer 'não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal' (STF, ED na ADI 3.460, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 12/03/2015).

De fato, não de hoje, o Supremo Tribunal Federal entende ser imprescindível 'a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público' (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 20/06/2008).

Isso porque *'não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um ato de admissão informal de um colaborador da corte. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o amicus curiae, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador'* (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 30/04/2008).

No mesmo sentido, ainda:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Direito Tributário. FPM. Pedido de ingresso como amicus curiae indeferido. Associações estaduais e federações de municípios. Ausência de representatividade e contribuição específica. 1. A interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. 2. Conforme o art. 138 do CPC/15, os critérios para admissão de entidades como *amicus curiae* são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgRg no RE 705.423/SE, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 08/02/2017).

No mesmo pensar, é a jurisprudência firmada por esta Corte:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Influência da demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras no curso do prazo prescricional. Estados da Federação e Distrito Federal. Pleito de ingresso como *amicus curiae*. Indeferimento. Defesa de interesse de uma das partes. Aporte de dados técnicos. Desnecessidade.

1. O *amicus curiae* é previsto para as ações de natureza objetiva, sendo excepcional a admissão no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares indicar a generalização do julgado a ser proferido.

2. O Supremo Tribunal Federal ressaltou ser imprescindível a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 20/6/2008).

3. No mesmo sentido: 'O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, afirmando, em voto do Relator, Min. Celso de Mello, na ADIn n. 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de 'admissão informal de um colaborador da corte'. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador' (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/4/2008, publicado em DJe 29/4/2008).

4. Na espécie, o interesse dos Estados da Federação e do Distrito Federal vincula-se diretamente ao resultado do julgamento favorável a uma das partes - no caso, a Fazenda Pública -, circunstância que afasta a aplicação do instituto.

5. Ademais, a participação de 'amigo da Corte' visa ao aporte de informações relevantes ou dados técnicos (STF, ADI ED 2.591/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 13/4/2007), situação que não se configura no caso dos autos, porquanto o tema repetitivo é de natureza eminentemente processual.

6. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 28/03/2017).

Administrativo. Ato de improbidade. Contratação de shows sem licitação. Oferecimento de parecer desprovido de fundamentação. *Amicus curiae*. Ausência de requisito. Não cabimento.

I - A participação do *amicus curiae* tem por escopo a prestação de elementos informativos à lide, a fim de melhor respaldar a decisão judicial que irá dirimir a controvérsia posta nos autos.

II - No caso em foco, não se discute prerrogativas ou interesses da advocacia. A ausência de tal requisito prejudica a utilidade e a conveniência da sua intervenção.

III - A admissão de *amicus curiae* no feito é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso. A propósito: RE 808.202 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-143 public 30/06/2017; EDcl no REsp 1.483.930/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 03/05/2017; EDcl no REsp 1.110.549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 30/04/2010.

IV - Agravo interno improvido (STJ, AgInt no REsp 1.587.658/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 12/12/2017).

*Ao que se tem dos autos, o interesse do peticionário tem relação apenas com o sucesso da causa em favor de uma das partes – no caso, o Sindicato autor, ora recorrente –, circunstância que afasta a aplicação do instituto, posto que o mero interesse subjetivo no desate da lide não admite a habilitação de terceiro como amicus curiae (cf. STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro **Og Fernandes, Primeira Seção**, DJe de 28/03/2017, e Rcl 4.982/SP, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves, Primeira Seção**, DJe de 04/05/2011).*

Assim, no caso, a despeito da afirmação de subsidiar este juízo de informações complementares, não se verifica a contribuição específica a ser fornecida pelo ora requerente.

Nada obsta, todavia, à permanência nos autos, a título de memorial, da manifestação já apresentada, porque tal permissão não prejudica a marcha processual.

Diante do exposto, *indefiro* o pedido de ingresso no feito, na condição de *amicus curiae* (fls. 1.999/2.007e).

Opostos Declaratórios ao referido *decisum* (fls. 1.999/2.007e), foram eles rejeitados, de vez que, “seja à luz do CPC/73 ou do CPC vigente, os Embargos de Declaração não constituem veículo próprio para o exame das razões atinentes ao inconformismo da parte, tampouco meio de revisão, rediscussão e reforma de matéria já decidida” (fls. 2.006/2.007e).

Ainda inconformada, sustenta a parte agravante que:

7. Primeiramente, como o processo em tela foi afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC, o rito dos recursos repetitivos, a decisão firmada neste processo uniformizará de uma vez por todas as questões acerca da regulamentação e efetivação dos pagamentos dos valores devidos à título de indenização de fronteiras. Em outras palavras, o resultado deste julgamento servirá de parâmetro para todo o ordenamento jurídico em questão de extrema relevância social e econômica, o que torna a participação de entidades interessadas em colaborar com este Superior Tribunal não só possível, mas altamente recomendável.

8. A amplitude do debate tende a aprimorar o resultado do julgamento do Tribunal, de modo a dar voz aos mais diversos interessados em representar pontos de vista e argumentos jurídicos aptos a colaborar com ainda mais qualidade na prestação jurisdicional.

9. Desse modo, desde que demonstrem interesse e aptidão jurídica em colaborar com o melhor resultado da prestação jurisdicional e não promovam tumulto processual, os *amicus curiae* devem ser bem vindos nos processos, especialmente naqueles dotados de força vinculante.

10. Feitas tais considerações, o indeferimento do Sindicato-agravante, por conseguinte, restringe o conhecimento de informações essenciais e de extrema relevância ao deslinde da causa, os quais, frise-se, transcendem os interesses específicos da carreira representada pelo Sindicato.

11. Inclusive, ao contrário do que alegado na decisão, as informações trazidas pelo SINAIT em seu pedido de ingresso nos autos como *amicus curiae* são sim aptos a contribuir de forma substancial para que seja proferida uma decisão justa no processo. Não se tratam de dados que têm relevância apenas para os Auditores Fiscais do Trabalho, mas sim dados que demonstram o descaso da Administração Pública em regulamentar e pagar o devido adicional de fronteira a todos os servidores públicos que a ele fazem jus.

12. Ademais, o simples fato de o Agravante deter interesse no desfecho da demanda, não significa que não possui interesse e possibilidade em de fato auxiliar e enriquecer o debate perante este Tribunal.

(...)

15. A título de exemplo das reais contribuições deste Sindicato ao debate *in casu*, mencione-se que foi trazida aos autos relevante informação de que o próprio Poder Executivo, bem como o Ministério Público da União, já adotaram em outros diplomas legais conceitos e mecanismos semelhantes aos utilizados na Lei que instituiu a indenização de fronteira. Ainda, de forma a contribuir com o deslinde da controvérsia e com a justa decisão no presente caso, o Agravante apresentou o rol constante do Decreto n. 593/1992 e da Portaria PGR/MPU n. 633, de 10 dezembro de 2010, que elencam localidades que *ictu oculi* se apresentam como estratégicas ao combate dos delitos transfronteiriços, por se localizarem em região de fronteira e por apresentarem – por certo – dificuldade de fixação de efetivo.

(...)

17. Tais informações, à toda evidência, não têm o condão de atender interesses apenas dos servidores pertencentes à carreira congregada pelo SINAIT, mas sim podem, com muita clareza, ser adotadas por esse E. Superior Tribunal de Justiça como parâmetro ao presente caso.

18. Por todo exposto, é inequívoco que os elementos trazidos pelo SINAIT são de extrema valia e importância para subsidiar o debate no caso e ultrapassam os interesses individuais do Sindicato, relevando verdadeira contribuição ao interesse público. Assim, rogata venia, merece reforma a decisão vergastada que, ao inadmitir o ingresso do SINAIT sob o fundamento de que o Sindicato deteria mero interesse no julgamento da demanda de forma favorável aos seus filiados, acabou por restringir debate de imprescindível importância ao julgamento deste processo (fls. 2.046/2.049e).

Por fim, requer “o provimento deste agravo para que seja admitida a intervenção do SINAIT nos presentes autos na qualidade de *amicus curiae*”.

Intimada (fl. 2.053e), a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (fl. 2.055e).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Originariamente, trata-se de Recurso Especial, interposto pelo *Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná*, afetado, pela Primeira Seção do STJ, em 10/05/2017, como representativo de controvérsia repetitiva, em demanda na qual se pleiteia a condenação da *União* ao pagamento de indenização – prevista no art. 1º da Lei 12.855/2013 (“indenização de fronteira”) e destinada aos servidores públicos federais, mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos fronteiriços –, na qual se discute se a aludida Lei 12.855/2013 seria autoaplicável ou se dependeria de regulamentação do § 2º do seu art. 1º, a fim de definir tais localidades estratégicas, para a percepção da aludida indenização.

O *Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT*, a fls. 596/667e (Pet 00267002/2017) e a fls. 668/739e (Pet 00268255/2017), requereu sua intervenção no feito, na condição de *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC/2015.

Após o indeferimento de seu pedido (fls. 1.897/1.901e), e da rejeição dos Embargos Declaratórios opostos (fls. 1.999/2.007e), reitera ele, no presente Agravo interno, as razões já expostas.

Dispõe o art. 138 do CPC de 2015, *in verbis*:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, *por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada*, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

De início, mister se faz definir sobre a recorribilidade ou não da decisão que indefere o ingresso de requerente, na qualidade de “amigo da Corte”.

Com efeito, na doutrina, o tema não se tem mostrado harmônico, encontrando defensores em ambos os sentidos: *ora em favor da irrecorribilidade*, como sustenta ARAKEN DE ASSIS, para o qual “o art. 138, *caput*, generalizou a inadmissibilidade do recurso próprio contra o ato admitindo, ou não, a intervenção do *amicus curiae*, excepcionando, nesse caso, o art. 1.015, IX, do NCPC” (*in* Processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, vol. II, tomo I, p. 708); *ora em defesa da recorribilidade*, tal como leciona JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, firme no sentido de que “o juiz ou relator poderá, ‘por decisão irrecorrível’, ‘solicitar ou admitir’ a intervenção de *amicus curiae*. Vê-se, assim, que a lei processual não estabelece a irrecorribilidade da decisão que não admite a intervenção de *amicus curiae*, mas apenas daquela que o admite. A nosso ver, deve ser admitido recurso pelo *amicus curiae*, também contra decisão que não admita sua intervenção (à semelhança do que antes se decidia, na vigência do CPC/1973, como se noticiou acima)” (*in* Novo Código de Processo Civil comentado. 5ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 253).

Nesta Corte, em um primeiro momento, a Primeira Seção do STJ, em 22/03/2017, sem maiores embates, conheceu do Agravo interno, interposto contra decisão que inadmitira o ingresso no feito de *amicus curiae*, negando-lhe, contudo, provimento. É o que se extrai do seguinte precedente:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Influência da demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras no curso do prazo prescricional. Estados da Federação e Distrito Federal. *Pleito de ingresso como amicus curiae. Indeferimento. Defesa de interesse de uma das partes. Aporte de dados técnicos. Desnecessidade.*

1. O *amicus curiae* é previsto para as ações de natureza objetiva, sendo excepcional a admissão no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares indicar a generalização do julgado a ser proferido.

2. O Supremo Tribunal Federal ressaltou ser imprescindível a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 20/6/2008).

3. No mesmo sentido: 'O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, afirmando, em voto do Relator, Min. Celso de Mello, na ADIn n. 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de 'admissão informal de um colaborador da corte'. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador' (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/4/2008, publicado em DJe 29/4/2008).

4. Na espécie, o interesse dos Estados da Federação e do Distrito Federal vincula-se diretamente ao resultado do julgamento favorável a uma das partes - no caso, a Fazenda Pública -, circunstância que afasta a aplicação do instituto.

5. Ademais, a participação de 'amigo da Corte' visa ao aporte de informações relevantes ou dados técnicos (STF, ADI ED 2.591/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 13/4/2007), situação que não se configura no caso dos autos, porquanto o tema repetitivo é de natureza eminentemente processual.

6. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 28/03/2017).

Posteriormente – e conforme assentado em notas taquigráficas –, em 27/09/2017, a Primeira Seção, no julgamento do *AgInt na Pet no REsp 1.657.156/RJ* (Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 03/10/2017), após amplo debate, concluiu, por unanimidade, ser cabível a interposição de Agravo interno contra a decisão que não admite a participação de terceiro como *amicus curiae*, considerando irrecorrível somente a decisão que solicita ou admite tal participação, nos termos da interpretação literal dada ao art. 138 do CPC/2015.

Eis a ementa do referido julgado:

Processual Civil. Agravo interno na petição no recurso especial representativo de controvérsia. Fornecimento pelo Poder Público de medicamentos que não consta em atos normativos do SUS. *Indeferimento do requerimento para admissão de amicus curiae. Requisitos da utilidade e conveniência não atendidos.*

1. A participação do *amicus curiae* tem por escopo a prestação de elementos informativos à lide, a fim de melhor respaldar a decisão judicial que irá dirimir a controvérsia posta nos autos.

2. No caso em foco, o agravante não ostenta representatividade em âmbito nacional. A ausência de tal requisito prejudica a utilidade e a conveniência da sua intervenção.

3. *A admissão de amicus curiae no feito é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso. A propósito: RE 808.202 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-143 public 30/06/2017; EDcl no REsp 1.483.930/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 03/05/2017; EDcl no REsp 1.110.549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 30/04/2010.*

4. *Agravo interno não provido (STJ, AgInt na PET no REsp 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 03/10/2017).*

Todavia, ainda que tal posição tenha sido vencedora, em um primeiro momento, verifica-se que existem precedentes – inclusive posteriores aos mencionados julgamentos da Primeira Seção –, ora no sentido do *não cabimento* do recurso contra decisão que indefere o pedido de ingresso de *amicus curiae*, ora no sentido de seu *cabimento*:

Processual Civil e Administrativo. Amicus curiae. Indeferimento da participação pelo relator. Decisão irrecorrível. Agravo interno não conhecido.

1. *Consoante o caput do art. 138, do CPC/2015, o ingresso no processo como amicus curiae deve ser avaliado pelo julgador, o qual, em decisão irrecorrível, apreciará a necessidade e utilidade da participação do requerente na demanda, tendo como elementos de formação da convicção a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia.*

2. *Agravo interno não conhecido (STJ, AgInt na PET no AREsp 1.139.158/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/06/2018).*

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Tráfego de veículo em rodovia federal. Excesso de peso. Pedido de ingresso como amicus curiae. Indeferimento pelo relator.

I - *Indeferiu-se o ingresso na lide como amicus curiae. Alega a parte agravante que a pretensão tem relação com seus objetivos institucionais. Os argumentos, entretanto, não são suficientes para modificar a decisão recorrida no sentido de que a pretensão da requerente está relacionada tão-somente ao sucesso da demanda, favoravelmente ao interesse da recorrida, circunstância que não dá amparo à aplicação do referido instituto. Nesse sentido: AgInt na PET no REsp 1.695.653/DF, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques, Segunda Turma**, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018; EDcl no REsp 1.483.930/DF, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão, Segunda Seção**, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017.*

II - *No caso dos autos, a parte agravante não trouxe aos autos o seu estatuto social, para o fim de comprovar seus argumentos relativos à defesa de objetivo institucional. O real objetivo da ora agravante é a improcedência da ação civil pública direcionada a condenação de uma empresa, especificamente.*

III - *Agravo interno não conhecido* (STJ, AgInt na PET no REsp 1.637.910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018).

Processual Civil. Enunciado Administrativo 3/STJ. Agravo interno na petição no recurso especial. *Pedido de ingresso como amicus curiae. Indeferimento. Irrecorribilidade da decisão. Ausência dos requisitos do art. 138 do CPC/2015. Agravo interno não provido.*

1. *A interpretação atribuída ao art. 138 do CPC/2015 é no sentido de que é irrecorrível 'qualquer decisão a respeito da intervenção de terceiro como amicus curiae'.*

2. *A orientação jurisprudencial da 1ª Seção deste Sodalício é no sentido de que o ingresso de amicus curiae é previsto para as ações de natureza objetiva, sendo excepcional a admissão no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares indicar a generalização do julgado a ser proferido. Não é admitido o ingresso quando a pretensão é dirigida para tentar assegurar resultado favorável a uma das partes envolvidas.*

3. *Agravo interno não provido* (STJ, AgInt na PET no REsp 1.700.197/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018).

Ainda:

Agravo interno na petição no recurso especial. Pedido de ingresso como amicus curiae. Indeferimento pelo relator. Pleito formulado a destempo. Recurso especial já julgado. Interposição de recurso. Descabimento.

1. *Consoante o art. 138, caput, do CPC/2015, a decisão do relator que dispõe a respeito da intervenção do amicus curiae no processo é irrecorrível.*

2. *Agravo interno não conhecido* (STJ, AgInt na PET no REsp 1.367.212/RR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 14/02/2018).

Tal compreensão acabou vencedora, por unanimidade, na Corte Especial do STJ, em 1º/08/2018, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT – afetado sob o rito dos recursos repetitivos, e ainda pendente de conclusão do julgamento de mérito –, consoante a seguinte transcrição do voto condutor, de relatoria da Ministra *Nancy Andrighi*:

Da admissibilidade do agravo interno.

Superada a questão relacionada a possibilidade de julgamento do agravo interno, passa-se então ao exame de admissibilidade do referido recurso.

Nesse particular, não se olvida que há precedentes do Supremo Tribunal Federal em processos de natureza objetiva, especialmente em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, no sentido de que o pretense amicus curiae teria legitimidade

para recorrer da decisão que o inadmite. A esse respeito: EDcl na ADI 3.615/PB, Pleno, DJe 25/04/2008 e EDcl na ADI 3.105, Pleno, DJe 23/02/2007.

Todavia, esse entendimento é fruto de construção jurisprudencial consolidada na ausência de regra jurídica específica que disciplinasse a recorribilidade pelo *amicus curiae*, lacuna legislativa que veio a ser amplamente sanada pelo CPC/15:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A leitura do art. 138 do CPC/15, não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do amicus curiae não é impugnável por agravo interno, seja porque o caput expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o § 1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR. Esse entendimento, aliás, encontra sólido respaldo em respeitada doutrina:

Concretizada uma das hipóteses demarcadas pelos limites objetivos de cabimento da intervenção, na forma do art. 138, *caput*, do CPC, poderá o juiz ou o relator admitir, de ofício ou mediante requerimento, o ingresso do *amicus curiae* no feito. Trata-se de uma faculdade do magistrado a admissão do terceiro, sendo que do deferimento ou do indeferimento da decisão não cabe qualquer recurso das partes ou do próprio terceiro. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito processual civil: vol. 1, parte geral. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 437).

(...)

A decisão sobre a intervenção do *amicus curiae*, admitindo-a ou não a admitindo, é irrecorrível (art. 138, *caput*, CPC) (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 17ª edição. Bahia: Jus Podivm, 2015, p. 524).

(...)

Infelizmente, excepcionada a intervenção no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas e os embargos declaratórios, o Código vetou linearmente a utilização de recursos pelo amigo da corte. Deveria ter possibilitado a intervenção de recurso nas situações relativas ao indeferimento do pedido de participação do amigo da corte, como vinha sendo reconhecido pela jurisprudência pátria. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Forense, 2015. p. 447/448).

Por tais razões, é imperioso que se reconheça o manifesto descabimento do agravo interno.

Por coincidência, na mesma data (1º/08/2018), no julgamento do AgReg no RE 817.338/DF, no Supremo Tribunal Federal havia prevalecido o entendimento em sentido contrário, ou seja, do cabimento do Agravo Regimental contra a decisão que *indefere* o ingresso, no feito, do *amicus curiae*.

Eis a ementa do referido julgado:

Segundo agravo regimental no recurso extraordinário. Fundamentos. Ausência de impugnação. Precedentes.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a parte deve impugnar, na petição de agravo regimental, todos os fundamentos da decisão agravada.

2. Ademais, a atividade do *amicus curiae* possui natureza meramente colaborativa, pelo que inexistente direito subjetivo de terceiro de atuar como amigo da Corte. O relator, no exercício de seus poderes, pode admitir o amigo da corte ou não, observando os critérios legais e jurisprudenciais e, ainda, a conveniência da intervenção para a instrução do feito.

3. Consoante disposto nos arts. 138, caput, do CPC e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desta Corte, em hipótese de acolhimento do pedido de ingresso de *amicus curiae* na lide, tal decisão seria irrecorrível, podendo, contudo, ser objeto de agravo a decisão que indefere tal pleito.

4. Agravo regimental não provido (STF, AgReg no RE 817.338/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 1º/08/2018, DJe de 24/08/2018).

Não obstante, mais recentemente, na sessão plenária de 17/10/2018, o STF acabou por uniformizar, por maioria, o entendimento de que “*não cabe a interposição de agravo regimental para reverter decisão de relator que tenha*

inadmitido no processo o ingresso de determinada pessoa ou entidade como amicus curiae (amigo da Corte)”. Ou seja, tal posição perfilhou a orientação que fora acolhida pela Corte Especial do STJ, na sessão de 1º/08/2018.

No aludido julgamento realinou o seu entendimento o Ministro *Dias Toffoli*, que votou pela irrecorribilidade da decisão indeferitória do ingresso do *amicus curiae* na lide, à luz, inclusive, do art. 138 do CPC/2015, vencidos os Ministros *Marco Aurélio* e *Edson Fachin*.

Estando pendente de publicação o inteiro teor do acórdão, transcrevo, com destaques, a notícia publicada em 17/10/2018, no sítio eletrônico do STF, referente ao julgamento do RE 602.584/DF, *in verbis*:

Em sessão extraordinária realizada nesta quarta-feira (17), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, que não cabe a interposição de agravo regimental para reverter decisão de relator que tenha inadmitido no processo o ingresso de determinada pessoa ou entidade como *amicus curiae* (amigo da Corte).

A decisão majoritária acompanhou a divergência iniciada pelo ministro Luiz Fux, quando da apresentação de seu voto-vista no julgamento de agravos regimentais interpostos no Recurso Extraordinário (RE) 602.584. Os agravos são de autoria da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo (Apesp) e do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (Sindproesp) e foram rejeitados pelo relator da matéria, ministro Marco Aurélio. As entidades buscavam ser aceitas como amigas da Corte no processo que discute incidência de teto constitucional sobre o montante da acumulação dos vencimentos com os benefícios de pensão.

O ingresso de pessoa ou entidade como amigo da Corte está prevista em lei, como no caso de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) que são reguladas pela Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs). A norma, em seu artigo 7º, parágrafo 2º, faculta ao relator a admissão dos pedidos de ingresso de amigos da Corte, ‘considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível’. *Esse ponto foi ressaltado pelo ministro Luiz Fux para divergir do relator, no sentido de não conhecer dos agravos apresentados, uma vez que, em seu entender, a decisão do relator é soberana.*

Fux destacou que, embora o caso trate de um recurso extraordinário, ou seja, não sujeito à regulação pela Lei das ADIs, há uma outra norma que igualmente considera irrecorrível a decisão do relator para admitir ingresso como amicus curiae. Trata-se do artigo 138 do novo Código de Processo Civil que permite, por decisão do relator, o ingresso de terceiros no processo, ‘considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.’

Fux ressaltou que o parágrafo 1º da norma permite apenas, contra a decisão do relator, a oposição de embargos de declaração para prestar esclarecimentos.

Segundo o ministro Luiz Fux, o amigo da Corte não é parte, nem terceiro, mas apenas agente colaborador. 'A razão é meramente colaborativa, não constitui um direito, mas apenas um privilégio para aquele que pleiteia', afirmou. Ele observou que somente no julgamento do Código Florestal foram apresentados 60 pedidos de ingresso de amigos da Corte e que seria impraticável se fossem aceitos agravos contra a decisão dele que inadmitiu 50 pedidos. A ministra Rosa Weber e o ministro Dias Toffoli reajustaram o voto para acompanhar a corrente divergente aberta pelo ministro Luiz Fux, seguido também pela ministra Cármen Lúcia.

Vencidos

O relator do recurso, ministro Marco Aurélio, votou no sentido de conhecer dos agravos regimentais – considerando o direito de recorrer das entidades contra a negativa de ingresso na ação – mas negou o pedido, por considerar que elas não atendiam aos requisitos legais necessários para a admissão. O entendimento do relator foi acompanhado pelo ministro Edson Fachin, que citou precedentes do STF no sentido de admitir o recurso.

Segundo o ministro Marco Aurélio, o artigo 7º da Lei das ADIs prevê a irrecorribilidade, mas como exceção. Para o ministro, se a decisão é negativa, no sentido de não permitir o ingresso como amigo da Corte, cabe o agravo para apreciação do pedido. 'Não podemos deixar de reconhecer o recurso interposto', disse. Mesmo entendimento teve o ministro Edson Fachin, afirmando precedentes na Corte no sentido de aceitar os agravos. 'Se cabe recurso contra a admissão, por que não caberia contra a inadmissão?', indagou. Nesse sentido, ambos votaram pelo conhecimento dos agravos, mas negaram-lhes provimento.

Realmente, se, por um lado, ante a literalidade do contido no art. 138 do novo CPC, já se decidiu que não se pode extrair a irrecorribilidade da decisão que indefere o pedido de ingresso como *amicus curiae*, por outro, acabou por prevalecer, tanto na Corte Especial do STJ, quanto no Tribunal Pleno do STF, o entendimento de que, em hipóteses tais, descaberia o recurso – assim afastando, ainda que indiretamente, qualquer hipótese de cerceamento de defesa –, porquanto “o amigo da Corte não é parte, nem terceiro, mas apenas agente colaborador. 'A razão é meramente colaborativa, não constitui um direito, mas apenas um privilégio para aquele que pleiteia'”.

Nesse panorama, diante da nova orientação da Corte Especial do STJ e do Plenário da Suprema Corte, realinho o meu posicionamento, para, preliminarmente, não conhecer do presente Agravo interno.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
EM RECURSO ESPECIAL N. 1.656.383-SC (2015/0262731-9)**

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Embargante: Joseph Brais

Advogados: Paulo Fretta Moreira e outro(s) - SC019086

Luciano Chede - SC019002

Enio Francisco Demoly Neto - SC029472

Raphael Isaac Braga Bussolo - SC039358

Embargante: SCL Construção e Serviços Ltda

Advogados: Gustavo Regis de Figueiredo e Silva - SC014807

Rafael Luiz Rovaris - SC023500

Embargado: Ministério Público Federal

Interes.: Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia -
INMETRO

EMENTA

Administrativo. Improbidade. Conduta também tipificada como crime. Prescrição. Código Penal. Pena em abstrato. Observância.

1. A contagem prescricional da ação de improbidade administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990.

2. Se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submetese à disciplina da lei penal, não há dúvida de que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...] regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, conforme expressa disposição do art. 109, *caput*, do Estatuto Repressor.

3. Deve ser considerada a pena *in abstrato* para o cálculo do prazo prescricional, “a um porque o ajuizamento da ação civil pública

por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto... A dois (e levando em consideração a assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.” (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/09/2010).

4. Embargos de divergência desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento a ambos os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 27 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 5.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Joseph Brais* e *SCL Construção e Serviços Ltda.*, em peças distintas, contra acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, rel. Min. Herman Benjamin, assim ementado (e-STJ fls. 932/933):

Administrativo e Processual Civil. Improbidade administrativa. Conduta também tipificada como crime. Prescrição. Art. 109 do CP. Pena abstratamente

cominada. Independência processual entre ação civil pública por improbidade administrativa e ação penal. Resguardo do vetor segurança jurídica.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra os recorrentes, aos quais se imputa a prática de ato de improbidade administrativa consistente na dispensa irregular de processo licitatório para a aquisição de imóvel destinado a abrigar a sede da Superintendência do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetro em Santa Catarina, bem como para a compra de bens imóveis destinados à sua guarnição.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a prescrição reconhecida pelo juízo singular por entender que, no caso dos autos, a conduta ímproba imputada aos recorrentes diz respeito à dispensa indevida de licitação, que, por sua vez, está tipificada como crime no art. 89 da Lei 8.666/1993, sujeito a pena de detenção, de 3 a 5 anos, e multa. Assim, deve-se aplicar o prazo prescricional de 12 anos previsto no art. 109, III, do Código Penal. Dessa forma, considerando que os fatos narrados na inicial ocorreram em 2004 e que o ajuizamento da Ação Civil Pública deu-se em 13/07/2012, conclui-se não estar prescrita a pretensão relativa à aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/1992, porque não decorridos mais de 12 anos dos marcos temporais mencionados.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a contagem prescricional da Ação de Improbidade Administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990.

4. Convém esclarecer que o STJ, com relação à prescrição da Ação de Improbidade Administrativa, firmou o seu entendimento de que “a disposição da lei de que a falta administrativa prescreverá no mesmo prazo da lei penal, leva a uma única interpretação possível, qual seja, a de que este prazo será o mesmo da pena em abstrato, pois este, por definição originária, é o prazo próprio prescricional dos crimes em espécie.” Nesse sentido: REsp 1.386.162/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/3/2014; AgRg no REsp 1.386.186/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/5/2014; REsp 379.276/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJ 26/02/2007, p. 649; RMS 15.648/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 3/9/2007, p. 221 e RMS 18.901/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/3/2006, p. 338.

5. Deve ser considerada a pena *in abstrato* para o cálculo do prazo prescricional, a “um porque o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto.” “A dois (e levando em consideração a

assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica” (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.9.2010).

6. Recursos Especiais não providos.

Os embargantes aduzem, em síntese, que o aresto recorrido dissentiu de julgados da Primeira Turma, sintetizados nas seguintes ementas:

Direito Administrativo. Agravo regimental em recurso especial. Inquérito civil instaurado pelo Ministério Público para investigar a prática de ato de improbidade administrativa. Policial Civil do Rio Grande do Sul. Impossibilidade de aplicação do prazo prescricional previsto no CPB, por inexistência de ação penal e condenação em desfavor do impetrante. Aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 23, II da Lei 8.429/92. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Agravo regimental do MPF desprovido.

1. O poder-dever de a Administração punir falta cometida por seus funcionários não é absoluto, encontrando limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade do Poder Disciplinar do Estado.

2. O art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa instituiu o princípio da absoluta prescribibilidade das sanções disciplinares. *In casu*, trata-se de eventual prática de ato de improbidade por parte de Policial Civil do Estado do Rio de Janeiro, motivo pelo qual, nos termos do citado art. 23, II da LIA, deverão ser observados os prazos prescricionais previstos em seu Regime Único.

3. O art. 24, II do Decreto-Lei 218/75, que instituiu o Estatuto dos Policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro, determina a aplicação dos prazos prescricionais para as faltas sujeitas à pena de demissão previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/75), que dispõe que a contagem do prazo prescricional quinquenal tem início na data da ocorrência do evento punível e a instauração de Processo Administrativo Disciplinar interrompe o curso da prescrição.

4. Na presente demanda, o ato imputado ao impetrado diz respeito à uma viagem realizada para a França em junho de 1998 sem a autorização superior. Não houve instauração de Processo Administrativo Disciplinar, mas apenas sindicância sumária que foi arquivada em 21 de dezembro de 1998. Foi instaurado inquérito civil público em 7 de dezembro de 2001, não tendo sido concluído até a presente data. Entretanto, já estando prescrita a própria ação, desnecessária a sua continuidade.

5. Segundo entendimento pacífico desta Corte, a eventual presença de indícios de crime, sem a devida apuração em Ação Criminal, afasta a aplicação da norma penal para o cômputo da prescrição. Isso porque não seria razoável aplicar-se à prescrição da punibilidade administrativa o prazo prescricional da sanção penal, se sequer se deflagrou a iniciativa criminal, sendo incerto, portanto, o tipo em que o Servidor seria incurso, bem como a pena que lhe seria imposta, o que inviabiliza a apuração da respectiva prescrição.

6. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido. (AgRg no REsp 1.196.629/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013).

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Decretação da prescrição relativamente a um dos réus. Termo inicial. Data na qual a Administração teve do ciência do suposto ato ímprobo. Precedentes. Revisão do termo inicial. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Não aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990. Não ajuizamento de ação penal. Cabimento do apelo nobre pela alínea “c” do permissivo constitucional. Súmula n. 83/STJ.

Agravo regimental não provido, acompanhando a relatora, Sra. Desembargadora Convocada Marga Tessler. (AgRg no REsp 1.509.971/SP, Rel. Ministra Marga Tessler, Primeira Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015).

Pugnam pelo provimento do recurso para que prevaleça a tese dos acórdãos paradigmas, “onde resta consignado ser inaplicável a contagem do prazo prescricional previsto na legislação penal quando não se tem notícia de investigação criminal ou ação penal anteriormente ajuizada”.

Admissão dos embargos de divergência (e-STJ fls. 1.093/1.095).

Impugnação apresentada pelo *Ministério Público Federal*, defendendo, em síntese, que: a Lei n. 8.112/1990, em seu art. 142, § 2º (dispositivo que regula os prazos de prescrição), remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares também constituem condutas tipificadas como crimes. Basta que a conduta ímproba também se caracterize como crime, sendo que o texto legal não exige que haja condenação criminal do réu ou que o fato esteja sendo apurado em ação penal ou inquérito policial; entender que o prazo prescricional penal se aplica exclusivamente quando há apuração criminal resultaria em condicionar indevidamente o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa à apresentação de demanda penal (e-STJ fls. 1.099/1.103).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Conforme relatado, os embargantes suscitam a ocorrência de divergência interna entre as Turmas de Direito Público acerca da necessidade ou não de ação criminal para estabelecer que o prazo prescricional na ação de improbidade coincide com o previsto na lei penal.

Sobre o tema, tenho que a divergência jurisprudencial foi suficientemente demonstrada.

Com efeito, do acórdão embargado, que confirmou o julgado então recorrido, é possível depreender o entendimento de que deve ser considerada a pena *in abstracto* para o cálculo do prazo prescricional, visto que o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal e porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.

Já ambos os arestos paradigmáticos, partindo de contextos fáticos muito semelhantes, apresentaram conclusões opostas à encontrada pelo acórdão embargado, pela necessidade do ajuizamento da ação penal para fins de aplicação do art. 142, § 2, da Lei n. 8.112/1992.

Conheço, portanto, do recurso.

Quanto ao mérito, coaduno-me com a orientação consignada no acórdão embargado.

É que, na hipótese de servidor efetivo, como no caso, “a contagem prescricional da ação de improbidade administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990” (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.360.873/PB, relator Ministro Olindo Menezes, desembargador convocado do TRF 1ª Região, Primeira Turma, DJe 22/02/2016).

Ora, se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submete-se à disciplina da lei penal, não há dúvida de que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...]

regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, conforme expressa disposição do art. 109, *caput*, do CP/1940.

De outro lado, não prospera o argumento de que a prescrição da improbidade administrativa deveria ser contada de acordo com a pena em concreto, uma vez que tal lapso prescricional não poderia ficar condicionado à existência ou não da ação penal.

Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Embargos declaratórios. Ofensa ao art. 535 do CPC. Erro material. Recorrente beneficiado pela assistência judiciária gratuita. Aplicação da pena de deserção. Impossibilidade. Improbidade administrativa. Conduta também tipificada como crime. Prescrição. Art. 109 do CP. Pena abstratamente cominada. Independência processual entre ação civil pública por improbidade administrativa e ação penal. Resguardo do vetor segurança jurídica.

1. Caracterizado erro material quanto à premissa de fato segundo a qual o apelo extremo estaria deserto, pois o embargante, na verdade, encontrava-se beneficiado pela assistência judiciária gratuita.

2. No que se refere ao recurso especial, tem-se que a causa de pedir da presente ação civil pública é o cometimento de atos sobre os quais recai também capitulação penal, o que atrai a incidência do art. 23, inc. II, da Lei de Improbidade Administrativa e das normas que daí advêm como consequência de estrita remissão legal.

3. Os prazos prescricionais, portanto, serão sempre aqueles tangentes às faltas disciplinares puníveis com demissão.

4. A seu turno, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crimes - o que ocorre na hipótese. No Código Penal, a prescrição vem regulada no art. 109.

5. Entender que o prazo prescricional penal se aplica exclusivamente quando há apuração criminal (prescrição regulada pela pena em concreto) resultaria em condicionar o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa à apresentação de demanda penal.

6. Não é possível construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais *tout court*, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto.

7. O lapso prescricional da ação de improbidade administrativa não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.

8. Precedente: REsp 1.106.657/SC, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010.

9. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.

(EDcl no REsp 914.853/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 08/02/2011)

Da mesma forma, vejamos o seguinte precedente:

Administrativo e Processual Civil. Improbidade administrativa. Fraudes contra o INSS. Servidor público que se valera dessa condição para conceder benefícios previdenciários irregulares. Ações penais ajuizadas para apuração de responsabilidade criminal. Prescrição das sanções disciplinares. Cálculo pela sanção penal em abstrato.

1. Na origem, o *Parquet* moveu Ação de Improbidade Administrativa imputando ao réu a prática de fraudes que acarretaram ao INSS prejuízos estimados em R\$ 859.190,33, tendo em vista que o ora recorrente, valendo-se da condição de servidor público, concedeu 53 (cinquenta e três) benefícios previdenciários irregulares, mediante a utilização de informações laborais falsas, falsificação de documentos e manipulação do sistema informatizado do INSS. Tais fatos resultaram na instauração de Procedimento Administrativo voltada à apuração de responsabilidade penal pela prática dos delitos de corrupção passiva e ativa.

2. *“A disposição da lei de que a falta administrativa prescreverá no mesmo prazo da lei penal, leva a uma única interpretação possível, qual seja, a de que este prazo será o mesmo da pena em abstrato, pois este, por definição originária, é o prazo próprio prescricional dos crimes em espécie”* (REsp 379.276/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ 26/02/2007, p. 649). No mesmo sentido: RMS 15.648/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 3/9/2007, p. 221 e RMS 18.901/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/03/2006, p. 338.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 1.386.162/SE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/03/2014). (Grifos acrescidos)

No âmbito da Primeira Turma, reporto-me ao seguinte precedente monocrático, na linha do posicionamento que ora defendo: REsp 1.554.236/SC, rel. Min. *Sérgio Kukina*, DJe 16/04/2018.

Nesse sentido, tenho que o entendimento sufragado no aresto recorrido há de prevalecer.

Ante o exposto, *nego provimento* aos embargos de divergência.
É como voto.

HABEAS CORPUS N. 467.209-DF (2018/0225294-6)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Impetrante: Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci e outro

Advogados: Anderson Rodrigues de Almeida - SC050421

Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci - SC051132

Impetrado: Ministro da Justiça

Paciente: Jose Vieira (Preso)

EMENTA

Administrativo. Internacional Público. *Habeas corpus* cível. Extradicação ativa. *Writ* que se volta contra aventadas ilegalidades atinentes ao mérito do pedido de extradicação. Ilegitimidade do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da presente impetração. *Habeas corpus* não conhecido.

1. No caso concreto, o remédio constitucional libertário se volta, unicamente, contra apontadas ilegalidades concernentes ao próprio mérito da extradicação ativa judicialmente deferida, cuja valoração refoge ao exame técnico-formal a cargo do DRCI/MJ. Noutras palavras, as assacadas ilegalidades estão relacionadas à atuação valorativa do Juízo de Direito da Vara Criminal de Itapema/SC, no passo em que determinou a extradicação do paciente.

2. Ausente qualquer violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente, que pudesse ser atribuída ao Ministro de Estado da Justiça, resta patenteada sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da impetração.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por por unanimidade, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Sustentou, oralmente, o Dr. Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci, pelo impetrante.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 22.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci e outro, em favor de José Vieira, contra ato atribuído ao Ministro de Estado da Justiça.

Para mais abrangente compreensão da controvérsia, reproduzo os seguintes trechos da petição inicial (fls. 4/11):

[...]

O paciente, no ano de 2001, foi acusado injustamente e de maneira absolutamente desproporcional de cometer uma tentativa de homicídio contra sua anterior companheira, foi preso em flagrante e denunciado. A sentença de pronúncia somente deu-se em 2005, tendo, somente em 2010, sido confirmada pelo Tribunal de Justiça.

O júri aconteceu à revelia do paciente, tendo os jurados entendido que não houve tentativa de homicídio, havendo, portanto, desclassificação própria, tendo a juíza em 2011 prolatado sua sentença condenatória pelo crime de cárcere privado (Art. 148, § 2º c/c Art. 61 "caput", I, II, "a", "c" c/c Art. 65 "caput", III, "d", todos do Código Penal) com pena de três anos e seis meses em regime fechado.

No entanto, somente em 2013 houve o trânsito em julgado da condenação após a denegação do recurso de apelação no Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Acontece, Excelências, que em 2007, tendo em conta não haver nenhuma cautelar em seu desfavor, além de, à época nem tinha sido definitivamente pronunciado, o paciente viajou para Itália e obteve a cidadania italiana, buscando melhores condições de vida para si e para sua família.

No ano de 2008 o paciente se mudou para Londres – Inglaterra, tendo fixado residência lá e levado toda sua família em 2010, encontrando-se no mesmo endereço desde o aludido ano, não tendo levado sequer uma multa de trânsito, quiçá respondido por qualquer procedimento criminal em Londres (conforme documento de antecedentes emitido em Londres anexo ao presente remédio constitucional).

Na Inglaterra possui residência própria, filho menor de idade alfabetizado na língua inglesa, amigos e família próxima, além de emprego lícito e fixo, não lhe restando nada neste país, se não lembranças amargas da condenação por um crime que não cometeu e irá ser discutido em sede de revisão criminal.

No ano de 2012 o Delegado de Polícia Federal Luiz Eduardo Navajas Telles Pereira enviou um e-mail para o cartório da Vara Criminal da Comarca de Itapema/SC informando que através do Adido do DPF na Embaixada do Brasil em Londres o paciente havia sido localizado tendo residência naquela região, já que havia um mandado de prisão ativo em seu desfavor na justiça brasileira.

Sem resposta, o delegado, por meio do Ofício n. 042/13 - RR/IP/SC, informou, em 05 de novembro de 2013, oficialmente, onde se encontrava o paciente (Inglaterra) e se, de fato, tinham interesse na inclusão dele na difusão vermelha.

Em 12 de novembro de 2013 a juíza de direito da Vara Criminal de Itapema despachou nos autos do processo criminal 125.13.006610-2 para que o cartório daquela vara encaminhasse os documentos solicitados para inclusão do paciente na difusão vermelha, tendo sido, de fato, inserido na difusão vermelha em 22 de maio de 2014.

Após a inclusão do paciente na difusão vermelha, fora somente 17 de abril de 2015 que a juíza de direito da Vara Criminal de Itapema solicitou ofício ao Excelentíssimo Ministro da Justiça, ora autoridade coatora da presente impetração, para que fosse procedido o processo de extradição do paciente, mesmo que absolutamente desproporcional, como melhor no mérito do presente remédio heroico será demonstrado.

O processo ficou na pendência documental durante três anos, tendo sido enviados inúmeros ofícios do Ministério da Justiça para a Vara Criminal de Itapema solicitando se aquele juízo ainda teria interesse no processo de extradição.

Fora somente em 05 de março do presente ano que todos os documentos foram analisados pelo DRCI/MJ, tendo iniciado, a partir de então, oficialmente, o processo administrativo de extradição (n. 08099.000398/2018- 81) do paciente de maneira absolutamente desproporcional e afrontosa às garantias fundamentais do aludido, tendo em vista ter nova vida em país estrangeiro, não ter fugido do distrito da culpa e diversos outros motivos que adiante serão elencados.

Sendo assim, infere-se que o DRCI/MJ é o responsável por para fazer a admissibilidade do pedido de extradição, além de sua viabilidade jurídica, tendo agido ilegalmente uma vez que agiu sem a observância das peculiaridades do caso em apreço, tolhendo do paciente diversas garantias constitucionais que adiante melhor demonstrar-se-á.

Portanto, a decisão administrativa de admissibilidade do processo de extradição (Despacho no 528/2018/EXT/CETPC/DRCI/SNJ) está causando flagrante constrangimento ilegal à liberdade ambulatoria do paciente que, se realmente tiver efetivado o processo extraditório ativo, terá diversas garantias fundamentais atacadas de modo gravíssimo e irreversível, sendo, o cárcere para ele aqui no Brasil, um decreto de morte, fato este que deve ser resolvido por meio do presente remédio heroico, conforme adiante elencar-se-á.

3. Da Legitimidade Passiva do Ministro do Estado da Justiça e Segurança Pública:

É gritante a legitimidade passiva do Ministro do Estado da Justiça e Segurança Pública para figurar como autoridade coatora no presente remédio constitucional, tendo em vista o que dispõe o art. 105, I, "c" da Constituição Federal [...]

Apesar da decisão de admissibilidade do processo extraditório ativo advir do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), tal departamento não se manifesta em nome próprio, mas sim por delegação administrativa (Art. 12, IV do Decreto n. 9.360/2018) do Excelentíssimo Ministro da Justiça, autoridade coatora da presente impetração [...]

Cumpre-nos ainda salientar que a autoridade coatora possui discricionariedade para negar processamento à extradição ativa do ora paciente, tendo em vista o que determina a Lei n. 13.445/2017, Lei da Migração [...]

Inegável o papel de protagonismo exercido pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) nas extradições ativas, por delegação da ora autoridade coatora, fazendo a admissibilidade do pedido extraditório, o que é possível inferir-se pela leitura do Manual da Extradição do Ministério da Justiça [...]

Chancela qualquer tese contrária parte do voto do Ministro Sérgio Kukina deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, ao analisar caso semelhante no HC n. 434.686, afirma de maneira cabal que, havendo possível irregularidade na fase administrativa do processo de extradição, que é o caso dos autos, tem legitimidade para figurar como autoridade coatora o Ministro da Justiça [...]

Ainda, é de suma importância observar o que dispõe a Súmula n. 510 do Supremo Tribunal Federal:

Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

Infere-se do arcabouço lógico normativo transcrito no presente tópico ser evidente, portanto, a correta eleição da autoridade coatora na presente impetração, assim como a aludida tem a discricionariedade para fazer o juízo de admissibilidade jurídica do processo de extradição ativa e, quando feito, agiu ilegalmente, tendo em vista que deixou de valorar as garantias fundamentais do paciente, assim como a incongruência deste pedido extradicional, que, além de custoso aos cofres públicos, gerará mais danos se for completado do que se não fosse admitido, sendo, portanto, ineficiente.

Importante, por fim, salientar que o presente *Habeas Corpus* não se insurge contra atuação de autoridades estrangeiras, mas sim contra ato administrativo do Excelentíssimo Ministro da Justiça que proferiu juízo de admissibilidade jurídica do processo de extradição ativa, de tal forma que o processo de extradição que corre na justiça da Grã-Bretanha não tem influência alguma na análise de mérito da presente impetração.

[...]

Nessa linha de raciocínio, os impetrantes sustentam a “manifesta necessidade de revogação da decisão administrativa da autoridade coatora que emitiu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente” (fls. 11). Afirmam que seria “cristalino contrassenso trazer o paciente para cumprir pena no Brasil”, destacando, nesse viés, a “notória precariedade do sistema penitenciário brasileiro” (fl. 15). Assentam, ainda, que não foram observados “direitos e garantias fundamentais do paciente” (fl. 21). Pedem a concessão de medida liminar, a fim de que seja suspenso o procedimento administrativo de extradição até o julgamento do presente *writ*. No mérito, requerem a revogação da decisão administrativa que emitiu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente.

Prossigo para anotar que, por meio da decisão de fls. 435/442, indeferi o pedido de concessão de medida liminar, solicitei informações à autoridade impetrada e abri vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Contra essa decisão, os impetrantes formularam pedido de reconsideração, que foi por mim indeferido, por meio do *decisum* encartado às fls. 455/456.

Na sequência, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 462/1.073), aduzindo, em síntese:

(I) sua ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto:

(a) “No Brasil, a Autoridade Central designada para atuar nos procedimentos de extradição não coincide com a autoridade ministerial ora impetrada, qual seja o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública. (fl. 1.059);

(b) há precedente deste Superior Tribunal (HC 61.765/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 30/10/2006, p. 365) no sentido da ilegitimidade passiva da autoridade coatora que não tenha dado ensejo a “nenhum ato concreto que atentasse contra o direito de locomoção do [...] paciente, limitando-se, apenas, a solicitar a adoção de providências para o processamento da extradição do paciente, foragido da Justiça Brasileira” (fls. 1.059/1.060);

(c) “as supostas ilegalidades arguidas na inicial são atinentes ao mérito do pedido de extradição, estando pois relacionadas à atuação do Juízo de Direito da Vara Criminal de Itapema/SC” (fl. 1.060);

(II) no procedimento de extradição, as atribuições afetas à autoridade central brasileira estão restritas à análise de aspectos formais dos pedidos formulados pelas autoridades judiciárias competentes, sendo juridicamente impossível a análise do mérito dos pedidos extradicionais;

(III) é da competência exclusiva do Estado requerido dispor sobre procedência ou não do pedido de extradição, razão pela qual “extrapola às atribuições ínsitas à Autoridade Central brasileira, qual seja o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, no procedimento administrativo de extradição ativa ou passiva proceder à análise de mérito do pedido de extradição, restando sua atuação restrita à análise da presença dos pressupostos formais de admissibilidade dos pedidos encaminhados pelas autoridades judiciárias competentes” (fl. 1.067); e

(IV) há necessidade de dilação probatória no que respeita às “condições sanitárias e logísticas de qualquer espécie de estabelecimento” prisional brasileiro (fl. 1.067).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Araújo, opinou pela denegação da ordem (fls. 1.079/1.083).

É o necessário relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como assentei na decisão por meio da qual indeferi o pedido de concessão de medida liminar, de acordo com a legislação de regência (notadamente a Lei de Migração, o Decreto n. 9.199/2017, a Portaria n. 217/2018-MJ e o Decreto n. 9.360/2018), cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI, do Ministério da Justiça, o desempenho da função de Autoridade Central em matéria de extradição.

Ora, a atuação desse órgão integrante da estrutura do Poder Executivo está adstrita ao exame técnico-formal dos pedidos de extradição formulados pelo Poder Judiciário brasileiro (vale dizer, o papel desempenhado pelo Poder Executivo, por intermédio do Ministério da Justiça, tem natureza eminentemente instrutória em tema de extradição ativa).

Leia-se, a propósito, o conteúdo dos arts. 81, § 2º, e 88, § 1º, da Lei de Migração, *in verbis*:

Art. 81. A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.

[...]

§ 2º A extradição e sua rotina de comunicação serão realizadas pelo órgão competente do Poder Executivo em coordenação com as autoridades judiciárias e policiais competentes.

Art. 88. Todo pedido que possa originar processo de extradição em face de Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao órgão competente do Poder Executivo diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

§ 1º Compete a órgão do Poder Executivo o papel de orientação, de informação e de avaliação dos elementos formais de admissibilidade dos processos preparatórios para encaminhamento ao Estado requerido.

Esse entendimento foi adotado Primeira Seção desta Corte no julgamento do *HC 434.686/DF* (mencionado pelos impetrantes). Confira-se a ementa do precedente:

Administrativo. *Habeas corpus* cível. Extradicação ativa. Alegado constrangimento ilegal que teria ocorrido na fase administrativa do procedimento extradicial. Legitimidade [...] do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da impetração. Incompatibilidade entre o Decreto n. 7.935/2013 (que promulgou a Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa e que disciplina a extradicação do paciente) e a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração). Inocorrência. Desnecessidade de dilação probatória. Pretendida revogação da decisão administrativa que remeteu ao Estado requerido o pedido de extradicação. Alegação de “falsa” promessa de reciprocidade por parte do Estado brasileiro. Inconfiguração. Superveniente alteração do status do paciente pela aquisição de nacionalidade portuguesa originária. Questão a ser apreciada pelo Estado requerido. Ordem de *habeas corpus* denegada.

1. De acordo com a legislação de regência (notadamente a Lei de Migração, o Decreto n. 9.199/2017, a Portaria n. 217/2018-MJ e o Decreto n. 9.360/2018), cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI do Ministério da Justiça o desempenho da função de autoridade central na área de extradicação, que se dá *por delegação do Ministro de Estado da Justiça*.

2. Na hipótese vertente, o exame técnico-formal realizado pelo DRCI, cuja natureza eminentemente instrutória está em consonância com a novel Lei de Migração, serviu como fundamento para a decisão administrativa do Ministro da Justiça de remeter ao Estado requerido o pedido de extradicação do paciente. Em tal contexto, desponta a legitimidade dessa autoridade ministerial para figurar no polo passivo da impetração.

3. No caso, é fato irrefutável a nova condição de português nato do paciente, sendo desnecessária, nesse aspecto, dilação probatória.

4. É também incontroverso que, ao tempo em que formulado pelo Estado brasileiro o pedido de extradicação do paciente, este ainda ostentava a tão só condição de português “naturalizado”, fazendo verossímil a promessa de reciprocidade então acenada pelo Governo Brasileiro. Relewa observar, mais, que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras sempre deixaram claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu art. 5º, LI, veda a extradicação de brasileiro nato, a significar, portanto, que o Estado Brasileiro não poderia, em relação a estes, assegurar a observância da cláusula de reciprocidade.

5. Assentada a lealdade da promessa de reciprocidade originariamente externada pelo Estado brasileiro (de acordo com as circunstâncias presentes no

momento em que esse ato foi formalizado), forçoso é concluir que a posterior aquisição da condição de português “nato”, pelo extraditando, é circunstância meritória a ser valorada exclusivamente pelo Estado requerido.

6. Não corresponde à realidade a alegação dos impetrantes de que “o Governo português está sendo mantido em erro por falsa promessa de concessão de reciprocidade de tratamento (ou seja, de futura extradição de brasileiros natos (originários) para Portugal)”. No ponto, a documentação constante dos autos revela que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade originária portuguesa pelo paciente, tendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extradicional, porquanto a aquisição do novo status somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que já houvera deferido a extradição. Esse cenário corrobora a compreensão de que o Estado português tem plena ciência de que o Brasil não extradita seus cidadãos natos.

7. *Habeas corpus* denegado.

(HC 434.686/DF, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, Julgado em 23/5/2018, DJe 27/6/2018)

Fixadas essas premissas, convém deixar claro que, na moldura fática subjacente a esse mencionado *habeas corpus*, havia particularidades que levaram esta Primeira Seção a reconhecer a legitimidade do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da impetração.

Com efeito, naquele caso, a análise realizada pelo DRCI constituiu-se em fator de *fundamentação/motivação* para a decisão administrativa do Ministro de Estado da Justiça, que, ao encaminhar a documentação ao Ministério das Relações Exteriores para posterior envio ao Estado requerido, fez cancelar a regularidade formal do procedimento administrativo que transcorreu no âmbito do apontado departamento.

Ademais, o alegado *constrangimento ilegal* teria ocorrido na fase **administrativa** da tramitação do pedido de extradição (vale relembrar: os impetrantes sustentavam que o Ministro de Estado da Justiça teria formalizado uma “falsa” promessa de reciprocidade ao Estado requerido).

No caso presente, ao invés, não há nos autos notícia de que o Ministro de Estado da Justiça tenha, até o momento, praticado qualquer ato no procedimento administrativo de extradição ativa. De fato, tanto a documentação juntada pelos impetrantes quanto as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora sinalizam que, na espécie, a tramitação do procedimento se deu nos limites da Secretaria de Nacional de Justiça, à qual se acha subordinado o DRCI.

Mas não é só. No presente caso, as alegações veiculadas na inicial do *writ* não apontam qualquer violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente, que decorressem de ato comissivo ou omissivo atribuível ao Ministro de Estado da Justiça.

De fato, os impetrantes se voltam, unicamente, contra aventadas ilegalidades atinentes ao chamado mérito do pedido extradicional (questionam, notadamente, a conveniência do cumprimento da pena no Brasil e as deficitárias condições do sistema penitenciário brasileiro), cujas circunstâncias refogem ao exame técnico-formal a cargo do DRCI. Noutras palavras, as assacadas ilegalidades, acaso presentes, estariam relacionadas à atuação valorativa do Juízo de Direito da Vara Criminal de Itapema/SC, no passo em que determinou a extradição do paciente José Vieira.

Nesse contexto, o Ministro de Estado da Justiça não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da presente impetração.

Ante o exposto, *não conheço do habeas corpus*.

Deixo, outrossim, de propor o redirecionamento do presente remédio constitucional para outra instância judiciária porquanto os impetrantes elegeram como única autoridade coatora o Ministro de Estado da Justiça, sem indicação de outra qualquer que pudesse, desde logo, legitimar a remessa do caso para a instância que se devesse ter por competente.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.373-DF (2014/0294418-5)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Impetrante: ISH Tecnologia S/A

Advogado: Willer Tomaz de Souza - DF032023

Soc. de Adv.: Willer Tomaz Advogados Associados

Impetrado: Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Ato do Ministro de Estado do Controle e da Transparência. Declaração de inidoneidade

para licitar ou contratar com a Administração Pública. Ausência de qualquer ilegalidade no processo administrativo. Ordem denegada.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por *ISH Tecnologia S/A* com o propósito de suspender decisão proferida pelo Ministro da Controladoria Geral da União - CGU, nos autos do PA n. 00190.018887/2013-25/CGU, instaurado por força da Portaria n. 439 de 6/3/2014/CGU, com vista a apurar possível irregularidade no Processo Licitatório n. 2009/032646, conduzido pelo Município de João Pessoa/PB.

2. As irregularidades apuradas deram conta de que Impetrante, bem como as empresas *Idéia Digital* (vencedora do certame), *ZCR, Sysdesing, ISN, Redisul* e servidores da Secretária de Administração do Município agiram em conluio no intuito de fraudar o caráter competitivo do Pregão Presencial n. 19/2009 e fazer da participante *Idéia Digital* a vencedora do certame.

3. A Nota Técnica n. 1.255/2014/CGU/CGR/COREP conclui pela participação da Impetrante. Para tanto, levou em consideração provas periciais, testemunhais e documentais produzidas em Inquérito Policial e vez transportadas ao processo administrativo sob o crivo do contraditório, bem como em auditoria da Controladoria-Geral da União.

4. A impetração alega que houve violação ao devido processo legal em razão do indeferimento da pedido de postulação pela prova pericial em razão da sua intempestividade. O pleito teria o propósito de comprovar que os documentos que confirmariam sua participação na fraude teriam sido produzidos, à sua revelia, pela empresa *Ideia Digital*.

5. O afastamento do óbice da tempestividade, por si só não garantiria a efetividade/possibilidade de a medida ser deferida no bojo do processo administrativo, pois tal mister demandaria da defesa a demonstração, não só de que sua produção alteraria a verdade dos fatos apurados, como também ilidiria os demais elementos probatórios já produzidos e cuja natureza se assimila ao requerido pela Impetrante.

6. Ademais, a COREP fez menção ao fato de que não obstante haja indícios da falsificação da assinatura do representante da Impetrante na ficha de retirada do certame, ainda pesaria a seu

desfavor o restante do arcabouço probatório no sentido de confirmar a participação dos prepostos da Impetrante ao longo do procedimento licitatório (elementos listados no voto)

7. O processo administrativo *sub examine* visa a tutela do interesse público primário, pautando-se, pois pela busca da verdade material. Necessário se faz uma ponderação entre a técnica da defesa e o trabalho de apuração levada a efeito pela administração pública de forma que, ao final, a verdade perseguida, que atenda ao interesse público, seja revelada, na mesma proporção em que as garantias constitucionais de defesa sejam asseguradas.

8. Os demais elementos probatórios juntados aos autos - testemunhas, materiais e periciais que evidenciavam sua participação na conduta fraudulenta - não foram impugnadas em sua totalidade pela Impetrante, ocasionando a presunção de veracidade dos mesmos. Assim, mesmo que prova indeferida atingisse sua finalidade, outras produzidas submetidas ao crivo do contraditório, dariam conta da efetiva e contundente participação dos prepostos da Impetrante no esquema investigado.

9. A atividade instrutória do autoridade administrativa confere a essa a possibilidade de forma sua convicção em qualquer das provas com presunção de veracidade.

10. Não houve afronta ao devido processo legal, na sua acepção formal, pois o contraditório foi efetivamente assegurado. Não obstante a Impetrante tenha impugnado “a autenticidade dos documentos de habilitação e da proposta orçamentária no Pregão Presencial n. 19/2009”, o fato é que, ainda assim, persistiram várias outras provas que, mesmo isoladamente consideradas, seria suficientes para manter a penalidade que lhe foi imposta.

11. No caso em epígrafe - fraude em procedimento licitatório - o dispositivo normativo consentâneo com o objeto jurídico tutelado é o § 2, do art. 87, da Lei 8.666/93, esse, por sua vez, elenca que para a aplicação das sanções ali especificadas é facultado apenas defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. Inaplicabilidade, pois, do art. 44 da Lei 9.784/99.

12. Verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

13. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho denegou a segurança, revogou a liminar anteriormente proferida e julgou prejudicados os embargos de declaração opostos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Fabrício Dornas Carata, pela parte impetrante: ISH Tecnologia S/A, Dra. Layla Kaboudi, pela parte impetrada: Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 12.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *ISH Tecnologia S/A* com o propósito de suspender decisão proferida pelo Ministro da Controladoria Geral da União - CGU, nos autos do PA n. 00190.018887/2013-25/CGU, instaurado por força da Portaria n. 439 de 6/3/2014/CGU, com vista a apurar possível irregularidade no Processo Licitatório n. 2009/032646, conduzido pelo Município de João Pessoa/PB.

Narra a impetração que a Controladoria Geral da União instaurou processo administrativo com o propósito de se apurar suposta prática de ilícitos no âmbito das licitações do contratos relativos ao projeto “Jampa Digital”

ou “Cidade Digital” amparado no Convênio 01.0020.00/2009, celebrado em 13/10/2009 entre a União e a Prefeitura Municipal de João Pessoa/PB, no valor de R\$ 6.256.000.00 (seis milhões, duzentos e cinquenta e seis mil reais).

Informa que, em decisão do dia 16/10/2014, a autoridade coatora aplicou-lhe a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratação com a Administração Pública pelo prazo de 2 (dois) anos (art. 87, III, da Lei 8.666/93). E o fez por entender que a impetrante teria participado de esquema de simulação de competitividade para fins de favorecimento da empresa Ideia Digital, Sistemas, Consultoria e Comércio Ltda., vencedora do Pregão Presencial n. 19/2009.

Informa ter sido apontada a prática dos seguintes ilícitos: apresentação de atestado de um fornecedor supostamente inidôneo, certificado de irregularidade do FGTS vencido e oferta de preços similares aos apresentados pela vencedora.

Quanto ao atestado inidôneo, com vista a comprovar, ou sua autenticidade, ou o fato de não ter sido por ela produzido, pugnou pela realização de prova pericial, que foi indeferida pela autoridade coatora ao argumento de ter sido o pedido formulado extemporaneamente.

No que concerne a oferta de preços que sinalizaria um “acordo de confidencialidade” entre as empresas participantes do certame, aduz não ter sido sua autora, porquanto, trata-se de documento falso produzido pela empresa que efetivamente fraudou a licitação (Ideia Digital). A indeferida produção de prova pericial pretendia, também, comprovar referida falsificação.

Sustenta que, ao contrário das razões declinadas pela autoridade coatora, tanto a defesa apresentada, quanto o pedido de instrução probatório foram apresentados tempestivamente, pois, tendo o termo de entrega de cópia processo licitatório - objeto do processo administrativo - ocorrido em 23/4/2014, o protocolo da peça de defesa coincide com o prazo final, qual seja, 5/5/2014.

Com o fito de demonstrar o equívoco na seara administrativa, afirma acostar aos autos farta argumentação jurídica e probatória que, somadas, revelariam não só a assoalhada tempestividade do pleito probatório, como o sua necessidade, pois há indícios de ter sido vítima de falsificação de outros documentos acostados no processo licitatório.

Sustenta que, em afronta ao art. 44, *caput*, da Lei n. 9.784/99 e à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não foi intimada para apresentar alegações finais no bojo do processo administrativo.

Aduz que os atos de indeferimento insubsistente do pedido de produção de prova pericial somando à apontada falta de intimação, macularam seu direito líquido e certo à ampla defesa e ao contraditório.

Pugna pela concessão da ordem para que seja anulada a decisão proferida pela autoridade coatora, em consequência, que seja o processo administrativo retornado à fase de instrução na qual sera possível a produção de prova pericial e, na sequência, a apresentação finais.

Em decisão de fls. 2.335/2.337, deferi liminar para suspender, em relação à impetrante, os efeitos do ato indicado como coator até o julgamento deste mandado de segurança, afastando consequentemente possíveis restrições impostas à mesma no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

Às fls. 2.349/2.480, a autoridade impetrada apresentou informações, que podem ser assim sintetizadas:

1- A instauração do processo administrativo teve como base apuração realizada no Inquérito Policial n. 095/2012-SR/DPF/PB, sobre possíveis irregularidades na execução de convênio relacionado à implantação de rede de banda larga

2- Através do Ofício n. 6.113/2014/CGU-PR, a impetrante teria sido notificada para apresentar defesa escrita perante a Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados no prazo legal de 10 (dez) dias, conforme previsto no citado § 3º, do art. 87, da Lei n. 8.666/93, sendo essa a única legislação a disciplinar a questão. Diante da não incidência da parte final do art. 44 da Lei n. 9.784/99, a defesa escrita foi considerada intempestiva.

3- O indeferimento da produção de prova pericial se deu pela ocorrência de sua extemporaneidade e foi assim justificado: “o momento pretendido pela empresa para se manifestar sobre os documentos que integram o presente processo, para juntar todas as provas que entender necessárias ou realizar quaisquer outras medidas efetivamente ocorreu e este se deu quando a empresa tomou ciência da determinação de instauração de processo administrativo (fls. 315, 322 e 387). Eventuais peças probatórias que entendesse pertinentes para infirmar as constatações e comprovações decorrentes das perícias, laudos, relatórios e análises feitas pela Polícia Federal e pela CGU deveriam ter sido apresentadas e/ou produzidas pela ISH no prazo que a Administração lhe ofertou para apresentar sua defesa, prazo este que, vale assinalar, foi de 47 dias (de 19/03/2014 a 05/05/2014), ou seja, quase cinco vezes mais o decêndio legal

previsto na art. 87 da Lei n. 8.666/93 (fl. 387, 540 e 599)”, não havendo que se falar em qualquer cerceamento de defesa por parte da Controladoria-Geral da União (fl. 2.352).

4- Informa, ainda, que o processo administrativo que culminou com aplicação de penalidade ora impugnada valeu-se de prova legitimamente produzida em Inquérito Policial n. 095/2012-SR/DPF/PB. Aludido procedimento, que já se converteu em ação penal, teria constado a prática de atos ilícitos pela Impetrante, estando esse consubstanciado no conluio entre essa, a empresa *Ideia Digital* e outras do mesmo seguimento, com participação ativa de agentes públicos da Prefeitura de João Pessoa, com vista a fraudar o Pregão Presencial n. 19/2009.

5- Alega ter ficado pessoa jurídica *Ideia Digital*, vencedora do certame, mediante a participação de seus funcionários, atuou na elaboração do Projeto Executivo “Jampa Digital”, sob a supervisão de seus sócios e ingerência do Sr. Cristiano Galvão Brochado, na qualidade de Gestor de Projetos Especiais da RBV/FINEP/MCT, com vistas a atender os interesses da própria *Ideia Digital*, caracterizando, as- sim, patente violação ao art. 9º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, que veda a participação dos autores do projeto, direta ou indiretamente, na licitação ou execução do projeto.”

Contra a decisão liminar, União interpôs agravo regimental que foi improvido.

Instado a se manifestar, o ilustre representante do *parquet* opinou pela denegação da ordem.

É o necessário relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): De início, esclareço que os Mandados de Segurança n. 21.373/DF, n. 21.591/DF e esse n. 21.592/DF possuem a mesma base fática (Pregão n. 19/2009), mas diferem nos fundamentos do pedido. Por prudência, serão todos julgados na mesma assentada.

A impetrante *ISH Tecnologia S/A Ltda* objetiva a anulação dos efeitos da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo n. 00190.018887/2013-25/CGU, na qual a autoridade impetrada, com fulcro no art. 87, III, da Lei n.

8.666/93, aplicou-lhe a penalidade de suspensão temporária para participação em licitações, impedindo-a de contratar com a Administração Pública pelo prazo de 02 anos.

Consoante se extrai do parecer exarado pela douta assessoria jurídica em atuação junto à Controladoria-Geral da União o processo administrativo retro foi instaurado com vistas a apurar atos ilícitos supostamente praticados no âmbito das licitações e contratos decorrentes do Convênio n. 01.0020.0/2009-SICOV 704239, firmado em 13/10/2009, entre a União, por meio do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e a Prefeitura Municipal de João Pessoa/PB.

Por meio de aludido instrumento, a União repassou recursos federais na ordem de R\$ 6.256.000,00 (seis milhões, duzentos e cinquenta e seis mil reais) para a execução do projeto “Jampa Digital” ou “Cidade Digital”, cujo propósito seria a criação da “Plataforma de Convergência Social e Digital de João Pessoa”, com a implantação de rede metropolitana de banda larga sem fio, que levaria internet sem fio e gratuita à população da cidade, e reestruturação do ambiente tecnológico do Centro Administrativo Municipal.

As irregularidades apontadas ocorreram ao longo do Pregão Presencial n. 19/2009, de 17/8/2009, tendo o processo administrativo que as apurou sido instaurado a partir de sugestão da Polícia Federal, após apuração levada a efeito no Inquérito n. 95/2012-SR/DPF/PB - Operação Logoff.

Consta do relatório do referido inquérito que a Impetrante, bem como as empresas *Idéia Digital* (vencedora do certame), *ZCR*, *Sysdesing*, *ISN*, *Redisul* e servidores da Secretária de Administração do Município agiram em conluio no intuito de fraudar o caráter competitivo do certame e fazer da participante *Idéia Digital* a sua vencedora.

No relatório final do IPL 95/2012 restou concluindo - com base em prova técnica (exame de natureza documentoscópica) - ter a Impetrante praticado as seguintes condutas:

- 1- apresentado, em relação às demais concorrentes, documentação com coincidência de estruturas textuais; consulta ao site dos fabricantes e fornecedores com mesma data e horário em relação às demais concorrentes (fls. 104-105);
- 2- documentação técnica coincidente a de outras empresas, inclusive com a apresentação de folhetos em duplicidade para os mesmos equipamentos (fls. 105-105v);
- 3- orçamento com correlação de valores em proposta apresentada um dia após o termo de referência, com indicativo de ajuste prévio (fls. 16-19);

4- planilhas de preços elaboradas a partir de um mesmo arquivo digital de texto de outras empresas (fls. 102v e 120); e

5- carta inidônea de comprovação de fabricante (fls. 55v-56 e 234v-235) (Fls. 305v-306). (fl. 45)

De posse dessas informações, foi instaurado, no âmbito da Controladoria Geral da União, processo administrativo com vistas a apurar as possíveis condutas das empresas participantes do pregão que pudessem evidenciar fraude ao certame.

No que concerne à Impetrante, foi essa instada a defender-se das seguintes irregularidades:

No certame licitatório, a ISH apresentou carta inidônea de comprovação de qualificação técnica de fabricante (fls. 233v). De acordo com o Ofício do fabricante GE Supply do Brasil Ltda., datado de 12.07.2012, foi constatado que “a ISH jamais foi revendedora autorizada da signatária” (fls. 234v-235).

A CGU, por meio do Relatório de Ação de Controle n. 201204255, de 16.04.2012 (fls. 12-25), constatou fortes indícios de combinação de valores da ISH com a *Idéia Digital*, caracterizando ajuste prévio para frustrar o caráter competitivo do certame. Nas cotações apresentadas pela empresa ISH, os preços de 90% dos itens guardaram correlação direta com os valores apresentados pela *Idéia Digital*, estando os preços da ISH 6,6 % acima aos da *Idéia Digital* (fls. 16-19).

A participação da empresa no certame indica que foi ‘figurativa’, haja vista que apresentou certificado de regularidade do FGTS vencido, datado de 03.06.2009, na realização do Pregão Presencial n. 19/2009, em 14.07.2009, embora possuísse dois certificados válidos, emitidos em 18.06.2009 e em 13.07.2009. Nesse sentido, por algum motivo, apresentou deliberadamente certificado vencido, fato que ensejou sua exclusão do certame licitatório (fls. 103).

A ISH chegou a participar da licitação, inclusive havendo indícios de que o Sr. Ronald Deltmann Alves (preposto da empresa) foi quem elaborou orçamento com correlação de valores em proposta apresentada um dia após o termo de referência (indicativo de ajuste prévio) e compareceu, como figurante, nos pregões realizados (fls. 54v-56).

No certame investigado, a ISH apresentou, em relação às demais concorrentes, documentação com coincidência de estruturas textuais (fls. 102); consulta ao site dos fabricantes e fornecedores com mesma data e horário em relação às demais concorrentes (fls. 104-105); documentação técnica coincidente a de outras empresas, inclusive com a apresentação de folhetos em duplicidade para os mesmos equipamentos (fls. 105-105v); orçamento com correlação de valores em proposta apresentada um dia após o termo de referência, com indicativo de ajuste prévio (fls. 16-19); planilhas de preços elaboradas a partir de um mesmo

arquivo digital de texto de outras empresas (fls. 102v e 120); e carta inidônea de comprovação de fabricante (fls. 55v-56 e 234v-235).

Oportunizado a defesa escrita, alegou a Impetrante que todos os atos praticados ao longo do certame foram feitos exclusivamente pela empresa vencedora - *Ideia Digital*, que os praticou como se a Impetrante fosse. Sustentou que os documentos apresentados como sendo de sua lavra não foram efetivamente juntados/produzidos por quaisquer de seus prepostos. Tal alegação estaria evidenciada no fato de o próprio Laudo Pericial 542 /2012/DPF/PB ter constatado que a assinatura de seu sócio-diretor *Renato Jager Patrocínio*, lançado na proposta de preços supostamente apresentada, não detinha a mesma grafia daquela constante no seu contrato social.

Para provar tal afirmativa pugnou pela produção de prova pericial, que restou indeferido em razão da sua intempestividade. É nesse ponto que a Impetrante aponta o cerceamento de seu direito de defesa.

De fato, consoante documentos *apud acta*, não obstante da Nota Técnica n. 1255/2014/CGU/CGR/COREP constar o indeferimento em razão da intempestividade, tenho como insubsistente referido motivo, pois há patente tempestividade no pleito. Ocorre que tal circunstância, por si só, não é capaz de macular todo o procedimento administrativo, nem tampouco comprometer o contraditório ocorrido na espécie.

Explico.

A impetrante afirma que o pedido de postulação pela prova pericial teria o propósito de comprovar a autenticidade ou não dos documentos de habilitação e da proposta orçamentária no Pregão Presencial n. 19/2009. Tal pleito teria o intuito, ao fim e ao cabo, de demonstrar que os documentos listados teriam sido produzidos, à sua revelia, pela empresa *Ideia Digital*. Ocorre que, o afastamento do óbice da tempestividade, por si só não garantiria a efetividade/possibilidade de a medida ser deferida no bojo do processo administrativo, pois tal mister demandaria da defesa a demonstração, não só de que sua produção alteraria a verdade dos fatos apurados, como também ilidiria os demais elementos probatórios já produzidos e cuja natureza se assimila ao requerido pela Impetrante.

E mais, a tese que se pretendia provar com referida prova foi examinada pela COREP. Não obstante tenha essa reconhecido a possibilidade de falsificação da assinatura do representante da Impetrante na ficha de retirada do certame,

afastou tal alegação ao argumento de que o restante do arcabouço probatório é robusto no sentido de confirmar a participação dos prepostos da Impetrante ao longo do procedimento licitatório. (fl. 959)

No ponto, transcrevo os seguintes trechos da Nota Técnica produzida pela Coordenação - Geral de Responsabilização de Entes Privados, que - não obstante retrate provas produzidas em Inquérito Policial - transportadas ao processo administrativo, foram submetidas ao crivo de devido processo legal, ocasião em que a Impetrante quedou-se silente quanto à sua impugnação:

Analisando todas as argumentações exaradas neste tópico, entendemos que não merecem prosperar. Quanto às irregularidades contidas na ata da sessão pública do pregão presencial n. 19/2009, de 14.07.2009 (fls. 55 e 106v-107), o próprio Sr. Ronald Deltmann Alves confirmou em seu depoimento à Polícia Federal, em 22.05.2013, que representou a empresa *ISH Tecnologia* no Pregão Presencial n. 19/2009, conforme transcrição de seu depoimento, a seguir: “que considerando que esteve na Prefeitura Municipal de João Pessoa/PB em três ocasiões, em decorrência do pregão do projeto **lampa Digital**, esclarecendo que nas duas primeiras datas o pregão não se realizou em razão do pedido de impugnação: que apresentada ao declarante a cópia do Laudo n. 442/2012-SETEC/SR/DPF/PB, constante no item “d” dos quesitos relacionados no Ofício n. 0733/2013-(CGE)-SR/DPF/PB, acredita que a rubrica com seta indicativa da empresa *ISH/Ronald Dettman Alves* é do declarante, concordando em fornecer material gráfico para fins de exame pericial grafotécnico” (fls. 576-577) - grifos nossos.

Ademais, referida ata da sessão pública do pregão presencial n. 19/2009, de 14.07.2009 (fls. 55; 106v e 545-546v), foi devidamente periciada pela Polícia Federal, mediante Laudo Pericial n. 542/2012-SETEC/SR/DPF/PB, 14.09.2012 (fls. 100-111), em confronto com o material gráfico fornecido pelo próprio declarante, confirmando ter sido assinada pelo Sr. Ronald Deltmann Alves.

Registre-se que a assinatura/rubrica constante dessa ata foi confirmada pelo próprio depoente em sua declaração prestada à Polícia Federal em 22.05.2013 (fls. 576-577).

Também não procedem os argumentos da defesa no sentido de que apenas existem “indícios” de que o Sr. Ronald Deltmann Alves, representante da ISH, teria elaborado a proposta com correlação de valores e de comparecido como “figurante” nos pregões realizados. Na realidade, trata-se de declaração prestada à Polícia Federal, em 22.05.2013, em que o Sr. Ronald Deltmann Alves afirma que não se recorda se foi ele o responsável pela elaboração da proposta de preços ou se foi o Sr. Armsthon Zanellato, Diretor Comercial, a quem se repostava diretamente (fls. 576- 577).

O Sr. Ronald Deltmann Alves, preposto da ISH no certame, não afastou a possibilidade de ter elaborado a proposta de preços, invocando também a

possibilidade de que esse documento tenha sido produzido pessoalmente pelo então chefe imediato, Sr. Armsthon Zanellato, conforme transcrição: “acaso tenha sido apresentada alguma proposta de preço antes do pregão, a apresentação poderia ter se dado pelo próprio declarante ou pelo diretor comercial *Armsthon*; que caso tenha havido o encaminhamento da referida proposta de preços, ele pode ter se dado por e-mail, por fax ou pelo serviço de correios” (fls. 54v). *Confirmou, entretanto, que compareceu aos pregões presenciais como preposto da empresa ISH (fls. 576-577).*

Registra-se, ainda, que em depoimento prestado à Polícia Federal em 24.01.2013, o Sr. Renato Jager Patrocínio, Sócio-Diretor da ISH, confirma a participação da empresa ISH no certame do Pregão Presencial n. 19/2009, conforme trechos transcritos de seu depoimento, a saber (fls. 56 e 552): “que não tem conhecimento algum da licitação em questão; que sabe apenas que a empresa participou do pregão presencial porque era fora do Estado, mas não participou de fato e porque assinou a documentação autorizando a participação no pregão de um funcionário da empresa; que não sabe dizer se a empresa ISH forneceu cotação para a licitação em questão, sabendo apenas que participou do pregão presencial” (grifos nossos).

Importante destacar que na própria ata da sessão pública de 14.07.2009, o representante da ISH, Sr. Ronald Deltmann Alves, assina/rubrica todas as folhas, em que houve a divulgação dos valores das propostas de preços de todas as 06 (seis) empresas participantes do certame (fls. 22-23 e fls. 545-546v). Consta do referido documento, o registro da proposta de preços inicialmente ofertada pela ISH, por lotes, bem assim a sua redução após o procedimento de negociação. E, nesse momento, o preposto da ISH tinha plena consciência dos valores ali ofertados e, caso houvesse alguma irregularidade na proposta de preços da ISH, poderia ter perfeitamente manifestado naquela ocasião. Se não o fez, é porque estava de acordo com os valores constantes da ata de sessão pública de 14.07.2009 (fls. 545-546v).

(...)

Para demonstrar a existência de inúmeras coincidências quanto à documentação apresentada ao certame pela ISH em relação às outras empresas, elencamos as informações extraídas dos exames periciais realizados pela Polícia Federal, mediante Laudo Pericial n. 542/2012 - SETEC/SR/DPF/PB (fls. 100-111), a seguir descritas:

a) a planilha de preços da ISH não possuía o campo coluna “*Modelo/Referência*”, divergindo do modelo especificado no Anexo VI do Edital. Interessante registrar que essa mesma falha estava presente nas propostas apresentadas pelas empresas *Parxtech*, *Sysdes 1gn* e *ZCR* (fl. 102v);

b) semelhanças nas Especificações Técnicas (Anexo I do Edital), entre as empresas *Parxtech*, ISH e ITC, haja vista que não continha a descrição dos itens K (documentação); L (garantia) e M (exigências finais), exigidos no Edital (fls. 102);

c) as documentações técnicas dos equipamentos licitados, previstas no Anexo I do Edital (Termo de Referência - item K), das empresas ISH, *Parxtech*, *Idéia Digital*, *Sysdesign*, ZCR e ITC apresentam na 1ª página a denominação das empresas de forma manuscrita (fls. 103v);

d) as documentações relativas aos equipamentos apresentadas pelas empresas ISH, *Parxtech*, *Idéia Digital*, ZCR e *Sysdesign* são, na sua maioria, coincidentes, inclusive havendo apresentação de folhetos em duplicidade para os mesmos equipamentos (fl. 105-105v). (Fls. 963/964)

Restou assentado, ainda que a auditoria da Controladoria-Geral da União constatou evidências de combinações de valores na proposta de preços com a empresa vencedora, caracterizando, pois, ajuste prévio para frustrar o caráter competitivo do certame.

Como é cediço, o devido processo legal em sua acepção formal se materializa com as garantias processuais - observáveis também nos processo administrativos - do direito ao contraditório e à ampla defesa. E o direito ao contraditório só se efetiva com a ampla participação das partes no sentido de poder influenciar o julgador na tomada de suas decisões. Para isso, tem essas a seu cargo a possibilidade de postular por todas as formas de prova em direito admitidas. Uma vez evidenciada a necessidade da prova, seu irregular indeferimento é sim possível de controle jurisdicional, pois, ao fim a tutela a ser feita é do cumprimento dos princípios acima. (STF, RMS 24.823/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 19.05.2006).

Lado outro, também é certo que um processo administrativo tal como o que se examina, visa a proteção do interesse público primário, pautando-se, pois pela busca da verdade material. Dessa feita, considerando os interesses em jogo envolvidos, necessário se faz uma ponderação entre a técnica da defesa e o trabalho de apuração levada a efeito pela administração pública de forma que, ao final, a verdade perseguida, que atenda ao interesse público, seja revelada.

Sobre a atividade probatória desenvolvida na seara administrativa e a busca pela verdade material a cargo do administrador pública, peço venia para citar as lições de Hely Lopes Meirelles:

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora ou processante tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo

pelos partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 37ª edição. São Paulo: RT, 2011.)

Depreende-se do processo administrativo em exame que houve garantia à efetiva participação de todos os sujeitos envolvidos ao longo da apuração. Os elementos probatórios que pensavam contra o Impetrante foram disponibilizados a tempo e a hora - *ex vi* do IP 69 - tendo sido-lhe franqueado prazo bastante razoável para defesa (47 dias), postulando o que considerasse viável.

Apesar de postular pela prova pericial, quanto aos elementos testemunhas, materiais e periciais que evidenciavam sua participação na conduta fraudulenta e dos quais teve oportunidade de ser defender, optou pelo silêncio, ocasionando a presunção de veracidade dos mesmos. Assim, mesmo que a prova indeferida atingisse sua finalidade, outras produzidas ao crivo do contraditório, dariam conta da efetiva e contundente participação dos prepostos da Impetrante no esquema investigado em suas demais fases. Fica, pois, evidenciado a desnecessidade da prova pleiteada na formação da convicção da autoridade Impetrada.

Nessa ordem de ideias, considerando, repita-se, que a atividade instrutória do autoridade administrativa autoriza-lhe valer-se de qualquer das provas produzidas nos autos e que há outros elementos de prova com presunção de veracidade aptos a formar sua convicção, não há falar em afronta ao devido processo legal na espécie.

O contraditório foi efetivamente assegurado. A Impetrante teve oportunidade de impugnar todas as provas produzidas e capazes de ensejar possível penalidade. Não obstante eleger impugnar “a autenticidade dos documentos de habilitação e da proposta orçamentária no Pregão Presencial n. 19/2009”, o fato é que, ainda assim, persistiram várias outras provas que, mesmo isoladamente considerados, seria suficientes para manter a penalidade que lhe foi imposta, o que, por si só, impede a verificação do direito líquido e certo amparável na presente via.

Observa-se, pois, que inexistente direito e líquido e certo a proteger Impetrante em tela, pois a pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público que lhe foi aplicada, a juízo da autoridade administrativa, calcou-

se em farta documentação probatória. O indeferimento de prova pericial, em razão da via eleita, é, pois, insubsistente para o alcance da pretensão almejada.

Cumpra lembrar mais uma vez o magistério de Hely Lopes Meirelles, *in* Mandado de Segurança: “Direito líquido e certo é o se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, *há de vir expresso em norma legal* e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a extensão ainda não estiver delimitada; e *seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança*, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”

Em casos similares, assim tem decidido esta Corte:

Processual Civil e Administrativo. Aplicação da pena de inabilitação, por seis meses, para participar de procedimentos licitatórios. Ilegalidade. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade do *writ*.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Icomunicação Integrada Eireli contra ato do Ministro de Estado da Educação, que aplicou sanção administrativa consistente na declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, pelo prazo de seis (6) meses, a contar de 12.2.2015.

2. A impetrante afirma que, contra a decisão que rejeitou sua proposta, apresentou recurso administrativo e ingressou com representação no Tribunal de Contas da União. Rejeitado o primeiro, obteve melhor sorte no TCU, que determinou que a Comissão de Licitação a reincluisse no certame e procedesse à análise da viabilidade da sua proposta.

3. Entre a sua exclusão e reinclusão no certame, transcorreu o prazo de onze (11) meses, razão pela qual, após ter sido convocada para comprovar a exequibilidade de sua proposta, condicionou-a à inclusão de correção monetária dos valores, ajustando-as à inflação do período, bem como propôs a sua alteração, para acrescentar reajustes salariais decorrentes de Convenção Coletiva e o ônus financeiro relativo ao IRPJ e CSLL.

4. Diante da rejeição dos termos acima, a proposta foi recusada e determinou-se a abertura de processo administrativo para aplicação da penalidade de inabilitação temporária para participação em procedimentos licitatórios.

5. A plausibilidade na manifestação do desejo de modificar os valores apresentados na proposta original, diante da alegada inexecutabilidade do contrato em caso de não recomposição da inflação verificada no período de onze (11) meses, é matéria que exige dilação probatória, incompatível com o Mandado de Segurança, consoante firme orientação jurisprudencial do STJ.

6. Acrescente-se que a autoridade administrativa assegurou que eventuais prejuízos poderiam ser objeto de posterior repactuação, circunstância essa não impugnada pela impetrante.

7. Em relação ao desejo de incluir novas condições na proposta original, a Comissão de Licitação rejeitou a pretensão com base na vedação legal e nas normas editalícias.

8. Vale acrescentar que a empresa foi devidamente intimada da decisão que aplicou a penalidade e abriu prazo para apresentação de recurso, inexistindo nulidades formais no processo administrativo.

9. A aplicação da penalidade à parte que ainda não havia assinado o contrato encontra amparo legal no art. 81 da Lei 8.666/1993.

10. Consoante esclareceu o impetrado: “no concernente à busca da tutela do TCU, não se está reprovando tal atitude, considerando o Estado Democrático de Direito; o que causa repulsa é a utilização da máquina pública para paralisar o processo licitatório, ao argumento de irregularidade no procedimento, que legitimamente desclassificou sua proposta, que seria mais vantajosa para a Administração, e quando na iminência de ser sagrada vencedora do certame nega-se a honrá-la, exigindo a inclusão de benefícios inoportunos e ilegais, mesmo sendo informado que os primeiros poderiam ser analisados no momento da repactuação” (fl. 528, e-STJ).

11. A necessidade de dilação probatória (para aferição da tese de que seria indispensável a atualização monetária da proposta original, pelo decurso de onze meses) e a ausência de demonstração, por prova pré-constituída, da existência de direito líquido e certo obstam o reconhecimento de procedência da pretensão deduzida em juízo.

12. Segurança denegada.

(MS 21.694/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22/02/2017, DJe 19/04/2017)

Administrativo. Mandado de segurança. Ato do Ministro de Estado do Controle e da Transparência. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Ausência de qualquer ilegalidade no processo administrativo.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por *Construtora Gautama Ltda* contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Controle e da Transparência, consubstanciado na declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública, publicada no DOU de 19.11.2009, uma vez que constatou-se a existência de conluio entre a ora impetrante e outras empresas, materializado na celebração de um “protocolo de intenções” destinado a repartir objeto de licitação realizada pelo Departamento da Polícia Federal, frustrando o caráter competitivo do certame.

2. Segundo a documentação analisada, a decisão ora atacada foi fundamentada nas informações constantes da Nota Técnica n. 2.165/2009/CGU/CRG/CPAF, fls. 91/106, e do Parecer 233/2009/ASJUR/CGU-PR, fls. 110/120, os quais, após analisarem todos os fatos ocorridos, concluíram pela existência, no processo licitatório, das irregularidades e condutas ilícitas ora combatidas, como também pela penalidade aplicada à Impetrante.

3. A Nota Técnica n. 2.165/2009/CGU/CRG/CPAF, exarada no âmbito do processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, apreciou a defesa da impetrante concluindo que ocorreram fatos capazes de caracterizar as infrações penais previstas nos arts. 90 e 95, da Lei n. 8.666/93 e atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação mencionados no art. 88, II, da mesma lei, haja vista que restou comprovada a fraude no procedimento licitatório quando da elaboração por parte da impetrante de “protocolo de intenções” (ver fls. 206/207) com outras três empresas concorrentes para dividir o objeto a ser contratado, um dia antes da data programada para o recebimento e abertura dos envelopes. Considerou que o acordo teve por fim garantir a não participação daquelas outras empresas no processo licitatório, permitindo à impetrante lograr êxito no certame, ferindo o princípio da livre concorrência. Segue a referida nota técnica analisando vasto conteúdo probatório para, ao final, sugerir a aplicação da pena de declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública (fls. 90/105).

4. O Parecer n. 233/2009-ASJUR/CGU-PR confirmou a sugestão de aplicação da pena de inidoneidade sugerida na citada nota técnica, afastando apenas a caracterização da incidência do art. 95, da Lei n. 8.666/93, contudo, mantendo a conclusão pela incidência do art. 90 da mesma lei, o que já seria suficiente para a aplicação da pena (fls. 109/119).

5. Dessa forma, não há que se falar em ausência da demonstração da motivação do ato decisório ora impugnado, mostrando-se, a toda evidência, insubsistentes os argumentos aduzidos na exordial.

6. Com relação à auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (fls. 126/155), esta não tem identidade de objetivos com o processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, que culminou com a declaração de inidoneidade que se pretende afastar. A auditoria teve por objeto a própria execução das obras, enquanto que o processo administrativo investigou procedimentos prévios à própria contratação.

7. Verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

8. Segurança denegada.

(MS 15.102/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/03/2014, DJe 01/04/2014)

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Fraude configurada. Aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal. Ato da Controladoria Geral da União. Competência do Ministro de Estado do Controle e da Transparência. Alegações de nulidades no processo administrativo que culminou na aplicação da penalidade afastada. Procedimento regular.

1. Hipótese em que se pretende a concessão da segurança para que se reconheça a ocorrência de nulidades no processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal.

2. O Ministro de Estado do Controle e da Transparência é autoridade responsável para determinar a instauração do feito disciplinar em epígrafe, em razão do disposto no art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República combinado com os artigos 18, § 4º, da Lei n. 10.683/2003 e 2º, inciso I, e 4º, § 3º, do Decreto n. 5.480/2005.

3. A regularidade do processo administrativo disciplinar deve ser apreciada pelo Poder Judiciário sob o enfoque dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, sendo-lhe vedado incursionar no chamado mérito administrativo.

4. Nesse contexto, denota-se que o procedimento administrativo disciplinar não padece de nenhuma vicissitude, pois, embora não exatamente da forma como desejava, foi assegurado à impetrante o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como observado o devido processo legal, sendo que a aplicação da pena foi tomada com fundamento em uma série de provas trazidas aos autos, inclusive nas defesas apresentadas pelas partes, as quais, no entender da autoridade administrativa, demonstraram suficientemente que a empresa impetrante utilizou-se de artifícios ilícitos no curso do Pregão Eletrônico n. 18, de 2006, do Ministério dos Transportes, tendo mantido tratativas com a empresa Brasília Soluções Inteligentes Ltda. com o objetivo de fraudar a licitude do certame.

5. Pelo confronto das provas trazidas aos autos, não se constata a inobservância dos aspectos relacionados à regularidade formal do processo disciplinar, que atendeu aos ditames legais.

6. Segurança denegada.

(MS 14.134/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 04/09/2009)

Da apontada violação ao art. 44, caput, da Lei 9.784/99.

Quanto a possível afronta ao art. 44, *caput*, da Lei n. 9.784/99 em razão da ausência de intimação da impetrante para apresentação de alegações finais no

bojo do processo administrativo, esclareço que - em juízo perfunctório - com espreque em precedente da lavra de Sua Excelência Ministro Ari Pargendler (MS 20.703/DF) deferi liminar para suspender os efeitos da decisão proferida no processo administrativo até ulterior deliberação desse órgão colegiado quanto aos efeitos da ausência dessa fase e do alcance de possível nulidade.

Ocorre que, após uma análise acurada dos autos e de toda a jurisprudência desta Corte de Justiça a respeito do tema - *v.g.* MS 20.703/DF e MS 17.431/DF - nas hipótese de fraude à licitação e aplicação da penalidade de inidoneidade, observa-se ser o art. 87, IV, § 3º da Lei 8.666/93 a norma que regula a espécie, sendo, pois, inaplicável a lei geral.

Extrai-se de um dos referidos precedentes que: “a ausência de abertura de prazo para oferecimento de defesa final sobre a possível aplicação da pena de inidoneidade, consoante a determinação expressa contida no artigo 87, § 3º, da Lei de Licitações, acarreta a nulidade a partir desse momento processual.”

Eis a ementa desse julgado:

Administrativo. Mandado de segurança. Declaração de inidoneidade de empresa licitante. Procedimento. Defesa final. Cerceamento. Art. 87, IV e § 3º, da Lei n. 8.666/93.

1. O mandado de segurança foi impetrado contra a aplicação da pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, por suposta ocorrência de fraude em Pregão Eletrônico, junto ao respectivo Ministério.

2. O artigo 87, § 3º, da Lei n. 8.666/93 dispõe ser do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, a competência para a aplicação da pena de inidoneidade prevista no inciso IV do referido dispositivo, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de dez dias.

3. O processo iniciou-se em decorrência de representação de empresa concorrente perante o pregoeiro, que, após adotar as providências cabíveis, determinou a remessa dos autos ao Coordenador Geral de Compras e Contratos, órgão vinculado à Subsecretaria de Assuntos Administrativos (SAA).

4. Após a instrução processual e realização de diligências junto aos órgãos integrantes da Subsecretaria de Assuntos Administrativos (SAA) e Subsecretaria de Planejamento e Orçamento, os autos foram conclusos ao Subsecretário de Assuntos Administrativos Substituto, que sugeriu ao Ministro de Estado a aplicação da pena de inidoneidade.

5. Durante todo o trâmite, a empresa impetrante foi notificada apenas para apresentar resposta à representação inicial da empresa concorrente; depois, perante o pregoeiro e, por último, quanto à defesa prevista no § 2º do art. 87, com

prazo de 5 dias, por determinação do Subsecretário de Assuntos Administrativos Substituto.

6. A ausência de abertura de prazo para oferecimento de defesa final sobre a possível aplicação da pena de inidoneidade, consoante a determinação expressa contida no artigo 87, § 3º, da Lei de Licitações, acarreta a nulidade a partir desse momento processual, não logrando êxito a pretensão de nulidade *ab initio*. Precedente.

Desse modo, fica prejudicado o exame das demais alegações relativas à ilegalidade do ato coator.

7. Segurança concedida em parte.

(MS 17.431/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26/09/2012, DJe 03/10/2012)

Ocorre que, consoante Parecer n. 192/2014-ASJUR/CGU-PR, o Corregedor-Geral da União determinou a notificação de todas as empresas, para “nos termos do art. 87, § 3º, da Lei 8.666/93, apresentar no prazo improrrogável de dez dias defesa escrita em relação as irregularidades que lhe foram imputadas”. (fl. 68). Na ocasião, impetrante teria “pugnado pelo reconhecimento de sua inocência com relação aos ilícitos apurados no presente processo administrativo que foram praticados exclusivamente pela empresa *Ideia Digital*, ou, alternativamente a produção de prova pericial para a comprovação de sua inocência.”

Extrai-se da farta documentação acostadas aos autos que referida argumentação foi levada a efeito, tendo sido rejeitada pelos argumentos já declinados em item anterior.

Conclui-se, pois, que tendo a impetrante sido notificada da existência de processo administrativo em razão dos fatos descritos na nota técnica em epígrafe, apresentado defesa prévia oportunamente e, antes da aplicação da penalidade em si, sido intimada para apresentar defesa prevista no art. 87, § 3º, da Lei 8.666/93, o devido processo legal, previsto para a espécie, foi atendido.

Ainda que assim não fosse, como bem pontuou o ilustre representante do *parquet*, “a ausência de intimação para esse ato configura nulidade relativa - pois incide em norma de caráter dispositivo e é direcionada a interesse da parte -, de modo que necessita da comprovação do prejuízo efetivo. O que não ocorreu, conforme verifica-se no teor da minuciosa Nota Técnica n. 1.255/2014/CGU/CRG/COREP (fls. 2.378/2.460) e na defesa apresentada no processo administrativo n. 00190.018887/2013-25 (fls. 2.363/2.378).

Portanto, não há que se falar em comprometimento da ampla defesa, uma vez que a impetrante teve acesso às acusações e ao processo administrativo, tendo-lhe sido concedido amplo prazo para apresentação de defesa e contraprovas.

Por fim, *in obiter dictum*, apesar de ter citado em decisão singular as razões de decidir nos autos do MS 20.703/DF, uma melhor reflexão, embasada na própria ordem cronológica dos fatos declinados, leva a conclusão de que o fim ali alcançado seria o mesmo previsto no art. 87, IV, § 3º, da Lei 8.666/93, ou seja, intimação para defesa final, antes da aplicação da penalidade. Tendo essa determinação sido observada na espécie, não há razão sequer para se diferenciar as hipóteses.

Por todas essas considerações, verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela Impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado amparável nessa estreita via.

Ante o exposto, *denego* a segurança.

Em tempo, derrogo a liminar de fls. 2.335/2.337 e julgo prejudicado os embargos declaratórios opostos pela União.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, eminentes Julgadores, Ministro *Herman Benjamin*, gostaria de fazer minha observação apenas quanto à parte processual. Sei que, quando se reivindica, em favor de qualquer pessoa apenada ou processada, a observância estrita de todas as etapas do devido processo legal, passa-se a impressão de abonar-se a conduta ímproba, a conduta ilegal ou ilícita.

2. Quanto a essa sensação, sou testemunha e vítima dessa verdade. A ideia que se passa é de tolerância, transigência, abonação de qualquer irregularidade quando se reivindica que se observe o devido processo legal, em qualquer atividade sancionadora ou punitiva, inclusive e principalmente na área criminal.

3. No presente caso, Senhor Presidente, não vou fazer qualquer observação quanto ao mérito, que Vossa Excelência expôs com proficiência, eloquência e verticalidade em seu voto, inclusive para não passar a ideia de que abono o que foi feito pelas empresas.

4. O que me sensibiliza, neste caso, é simplesmente a falta de alegações finais. Será que o devido processo legal pode ser sacrificado em qualquer de suas etapas em benefício do que Vossa Excelência chamou de verdade material? Como se chega à verdade material com sacrifício de alguma etapa do processo?

5. Vejo, neste caso, que as provas produzidas pela Polícia e pela própria autoridade sancionadora foram disponibilizadas para as partes, mas somente depois de produzidas. É uma exigência do devido processo legal que a parte interessada no processo possa acompanhar a produção probatória no momento em que ela se realiza, e não *a posteriori*.

6. Apresentar ao indiciado ou acusado um volume de provas depois de tê-las produzida, isto, penso eu, não satisfaz a exigência do devido processo legal, pelo menos na fase probatória, porque a colaboração, a participação, a interveniência do interessado nas provas devem se dar no momento exato em que essas provas se realizam, e não *a posteriori*. Ainda mais num caso como esse em que a prova foi feita pela Polícia e pela própria autoridade sancionadora. Dessa forma, a defesa fica extremamente sacrificada, e, a meu ver, essa uma técnica da qual a Administração não deve e não precisa se valer. Pelo contrário, a Administração deve abrir oportunidade para as alegações finais e produzir a prova pela qual a parte protestou, para dissipar qualquer dúvida em relação à tendenciosidade ou prejuízo de defesa, ou qualquer outra alegação que se possa fazer *a posteriori*.

7. A douta Advogada da União bem afirmou que não há previsão de alegações finais na Lei 8.112/90, em processo disciplinar. E também não há previsão de apresentação de parecer escrito dos assessores da autoridade coatora. Então, no próprio instante em que se abre uma oportunidade para um parecer em favor da punição, deve-se abrir também para uma manifestação a favor da não punição ou a favor do temperamento da punição.

8. A saudosa Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER dizia que, quando se sacrifica qualquer etapa do devido processo legal, o prejuízo é implícito – porque se sacrificou. O Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que quando há a denúncia tem que se ouvir previamente o acusado, a fim de que ele possa fazer uma oposição. Quando se omite essa prévia do acusado de crime, anula-se o processo, mesmo tendo havido toda a fase probatória posterior. A omissão das alegações finais é tão severa que compromete o devido processo legal. O justo processo jurídico tem de ser observado rigorosamente em todas as etapas. Se fragilizarmos alguma delas, estaremos fragilizando toda a sua extensão, todo o seu contexto.

9. Peço vênia a Vossa Excelência para conceder a ordem em Mandado de Segurança, a fim de que se abra oportunidade para as alegações finais da parte.

10. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.588.969-RS (2016/0074499-8)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT

Recorrido: Samara Silva de Andrade Lima

Advogado: João Adão Cardoso Ajala - RS053200

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia de natureza repetitiva. Ação de anulação de ato administrativo. Auto de infração lavrado pelo DNIT. Multa de trânsito. Excesso de velocidade. Rodovia federal. Competência do DNIT. Previsão legal. Exegese conjugada do disposto no art. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e no art. 21, VI, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Jurisprudência do STJ. Tese firmada sob o rito dos recursos especiais repetitivos. Art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. Retorno dos autos à origem, para exame, no caso concreto, das demais questões suscitadas na inicial. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

I. Na sessão realizada em 09/03/2016, em homenagem ao princípio *tempus regit actum* – inerente aos comandos processuais –, o Plenário do STJ sedimentou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência exata dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Tal compreensão restou sumariada no Enunciado

Administrativo 2/2016, do STJ (“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”).

II. No caso, o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, devendo, portanto, à luz do aludido diploma processual, ser analisados os requisitos de sua admissibilidade.

III. Na origem, trata-se de Ação de Anulação de Ato Administrativo, ajuizada por Samara Silva de Andrade Lima contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em 22/04/2015, objetivando a anulação do Auto de Infração E014195567, lavrado pela autarquia, com fundamento no art. 218, I, do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê multa por excesso de velocidade. A inicial da ação sustentou a incompetência do DNIT para realizar a fiscalização, autuar e impor multas, por excesso de velocidade, nas rodovias federais, a inexistência de sinalização, no trecho da rodovia federal em que lavrada a autuação, bem como o impedimento ao exercício do direito de defesa, na via administrativa. A sentença julgou procedente o pedido, para anular a penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, com base no entendimento do TRF/4ª Região sobre a incompetência do DNIT para a aplicação de multa, por excesso de velocidade, nas rodovias e estradas federais. Apelou a autarquia e o Tribunal de origem manteve a sentença, negando provimento ao recurso.

IV. A controvérsia ora em apreciação, submetida ao rito dos recursos especiais representativos de controvérsia, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, cinge-se à análise da existência de competência (ou não) do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções, em face do descumprimento de normas de trânsito em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

V. A Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a par de atribuir à Polícia Rodoviária Federal a competência para aplicar e arrecadar multas por infrações de trânsito, no âmbito das rodovias e estradas federais, nos termos de seu art. 20, III, confere aos órgãos executivos

rodoviários da União a competência para executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar, consoante previsto em seu art. 21, VI.

VI. Com o advento da Lei 10.561, de 13/11/2002, que incluiu o § 3º no art. 82 da Lei 10.233/2001, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT foi expressamente autorizado a exercer, em sua esfera de atuação – ou seja, nas rodovias federais, consoante disposto no art. 81, II, da referida Lei 10.233/2001 –, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 da mesma Lei 10.233/2001, que ressalva a competência comum da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para os fins previstos no art. 21, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

VII. Inconteste, assim, a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para executar a fiscalização do trânsito, por força da referida autorização legislativa, que expressamente outorgou, à autarquia, a competência para exercer, na sua esfera de atuação – vale dizer, nas rodovias federais –, diretamente ou mediante convênio, as atribuições expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro.

VIII. Com efeito, nas rodovias federais, a atuação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF deve ser realizada em conjunto, de acordo com suas atribuições, para a realização de uma efetiva fiscalização do trânsito, com o escopo de assegurar o exercício do direito social à segurança, previsto no art. 6º, *caput*, da CF/88.

IX. O entendimento ora expandido encontra ressonância na reiterada jurisprudência do STJ, que se orientou no sentido de que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para aplicar multa de trânsito, por excesso de velocidade, nas rodovias federais, conforme a conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97.

Nesse sentido: STJ, REsp 1.592.969/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016; REsp 1.593.788/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 28/06/2016; REsp 1.583.822/RS, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, DJe de 30/06/2016; AgInt no REsp 1.592.294/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 11/10/2016; AgInt no REsp 1.596.546/RS, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016; AgInt no REsp 1.580.031/RS, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016.

X. Tese jurídica firmada: O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para a fiscalização do trânsito nas rodovias e estradas federais, podendo aplicar, em caráter não exclusivo, penalidade por infração ao Código de Trânsito Brasileiro, consoante se extrai da conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

XI. Recurso conhecido e parcialmente provido, para reconhecer a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para aplicar multa de trânsito, nas rodovias federais, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam examinadas as demais questões suscitadas na inicial, não apreciadas pelas instâncias ordinárias.

XII. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2005 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Sustentaram, oralmente, os Drs. CLáudio Peret, pelo recorrente e João Adão Cardoso Ajala, pela recorrida.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 11.4.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, com base na alínea *a* do permissivo constitucional, em 04/01/2016, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Administrativo. Infração de trânsito. Aplicação de multa. Excesso de velocidade. Incompetência do DNIT.

Consoante jurisprudência dominante desta Corte, o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). Por outro lado, *o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade* (fl. 103e).

Os Embargos de Declaração, opostos contra o referido acórdão, foram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento, como elucida a ementa do julgado:

Administrativo. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Obscuridade.

1. Os embargos de declaração constituem recurso interposto perante o magistrado ou colegiado prolator da decisão impugnada, com vistas à supressão de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no texto que possa dificultar a exata compreensão da manifestação judicial. E mesmo quando opostos com o objetivo de prequestionar matéria a ser versada em provável recurso extraordinário ou especial, devem atender aos pressupostos delineados no artigo 535, do CPC, pois não se prestam, por si só, para forçar o ingresso na instância superior, decorrendo, sua importância, justamente do conteúdo integrador da sentença ou do aresto impugnado. Com efeito, não se revelam

meio hábil ao reexame da causa ou modificação do julgado no seu mérito, pois opostos quando já encerrado o ofício jurisdicional naquela instância.

2. O magistrado não é obrigado a analisar todos os argumentos ou dispositivos legais invocados pelas partes, desde que aprecie o que é indispensável para o deslinde do feito (fl. 125e).

Sustenta o recorrente, em síntese, a ocorrência de afronta aos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97, sob o fundamento de que “não ignora o recorrente que, a partir do julgamento da Ação Civil Pública n. 2001.70.00.009820-1, firmou-se, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, orientação jurisprudencial no sentido da incompetência da autarquia em exercer o poder de polícia nas rodovias federais, especialmente no que tange à aplicação e arrecadação de multas por excesso de velocidade” (fl. 138e).

Alega que, todavia, “após esse julgamento, sobreveio lei nova, a Lei n. 10.233/01, a qual conferiu, a modo expresse, essa competência ao DNIT: Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação: (...) § 3º É, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 desta Lei (Incluído pela Lei n. 10.561, de 13.11.2002)” (fl. 138e), acrescentando que as “competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997” são, entre outras, as seguintes: Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: (...) VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar; (...) VIII - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar” (fls. 138/139e).

Defende que, com o advento da Lei 10.233/2001 (art. 82, § 3º), “não há dúvida alguma de que o DNTI possui, sim, competência para exercer as atribuições previstas no art. 21, inciso VI, da Lei n. 9.503/97” (fl. 145e).

Ressalta que “o Conselho Nacional de Trânsito, órgão máximo normativo do Sistema Nacional de Trânsito, com competência para estabelecer as normas regulamentares do Código de Trânsito Brasileiro e dirimir conflitos sobre circunscrição e competência de trânsito no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigos 7º, inciso I, e 12, incisos I e XIV, da Lei n. 9.503/97)

editou a Resolução n. 289/2008, a qual ‘dispõe sobre normas de atuação a serem adotadas pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT e o Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF na fiscalização do trânsito nas rodovias federais’” (fl. 145e).

Conclui que “o DNIT, na condição de órgão executivo rodoviário da União, está autorizado a usar todo e qualquer equipamento ou aparato técnico que o habilite no desempenho de sua função primeira, controle das vias federais de circulação, dentro do âmbito de sua atuação, qual seja, segurança e engenharia do tráfego, podendo autuar e multar os infratores das normas de trânsito, como também arrecadar as multas que aplicar” (fl. 146e).

Requer, por fim, “a admissão e o provimento ao especial, com o reconhecimento de que o Tribunal *a quo* ofendeu os artigos 82, § 3º, da Lei n. 10.233/01, e 21, inciso VI, da Lei n. 9.503/97, e, por conseguinte, com a reforma do acórdão recorrido, para restabelecer os efeitos do Auto de Infração n. E014195567” (fl. 146e).

Não foram oferecidas contrarrazões ao recurso (fl. 152e).

O Recurso Especial foi admitido (fls. 155/156e).

A fls. 169/170e, determinou-se a submissão do presente Recurso Especial ao rito dos recursos especiais repetitivos, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, uma vez que a questão tratada nos autos – relativa à competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções, em face do descumprimento de normas de trânsito em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade – revela caráter representativo de controvérsia de natureza repetitiva. Determinou-se, ainda, fosse oficiado aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, comunicando a instauração deste procedimento, a fim de que fosse suspensa a tramitação dos processos, individuais ou coletivos, que versassem sobre a mesma matéria, de acordo com o disposto no art. 1.037, II, do CPC/2015, facultando-lhes, ainda, a prestação de informações, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do § 1º do art. 1.038 do CPC/2015. Determinou-se, outrossim, a abertura de vista ao Ministério Público Federal (art. 1.038, III, § 1º, do CPC/2015) para manifestação, em 15 (quinze) dias.

O Ministério Público Federal manifesta-se no sentido do provimento do Recurso Especial, bem como pela fixação da tese a ser aplicada aos casos repetitivos (fls. 175/181e).

A fls. 185/193e, a Promotoria de Justiça de Araguari/MG apresenta Nota Técnica, no sentido da impossibilidade de o DNIT aplicar multa, por excesso de velocidade, em razão da falta de convênio com a Polícia Rodoviária Federal.

Destaca-se que, segundo informações do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP do STJ, em 20/02/2018, havia 1.933 processos sobrestados, na origem, referentes ao tema 965, que discute “a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade”.

Incluído o processo em pauta de julgamento de 28/02/2018, a recorrida *Samara Silva de Andrade Lima* requereu a realização de sustentação oral por videoconferência (fls. 197/199e).

Encaminhados os autos ao Ministro *Mauro Campbell Marques*, Presidente da Primeira Seção, indeferiu ele o pedido, “tendo em vista que, até a presente data, inexistente regulamentação neste Tribunal Superior que discipline as orientações e procedimentos para a realização dessa atividade” (fl. 208e), decisão publicada em 26/02/2018 (fl. 209e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Ato Administrativo, ajuizada por Samara Silva de Andrade Lima contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em 22/04/2015, objetivando a anulação do Auto de Infração E014195567, lavrado pela autarquia, com fundamento no art. 218, I, do Código de Trânsito Brasileiro (“transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias: I - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento): Infração - média; Penalidade - multa”). A inicial da ação sustentou a incompetência do DNIT para realizar a fiscalização, autuar e impor multas, por excesso de velocidade, nas rodovias federais, a inexistência de sinalização, no trecho da rodovia federal em que lavrada a autuação, bem como o impedimento ao exercício do direito de defesa, na via administrativa.

A sentença julgou procedente o pedido, “para anular a penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, resolvendo o processo com apreciação do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil” (fl. 59e), com base no entendimento do TRF/4ª Região sobre a incompetência do DNIT para a aplicação de multa, por excesso de velocidade, nas rodovias e estradas federais (fls. 58/60e).

Apelou a autarquia e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença, negando provimento ao recurso, conforme a ementa do julgado:

Administrativo. Infração de trânsito. Aplicação de multa. Excesso de velocidade. Incompetência do DNIT.

Consoante jurisprudência dominante desta Corte, o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). Por outro lado, o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade (fl. 103e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, foram eles parcialmente acolhidos, tão somente para fins de prequestionamento (fl. 125e).

Publicado o acórdão em 20/11/2015 (fl. 128e), o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT interpôs o presente Recurso Especial, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, apontando contrariedade aos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97, conforme já relatado.

Passo, a seguir, à apreciação do Recurso Especial representativo da controvérsia.

De início, é de se registrar que, na sessão realizada em 09/03/2016, em homenagem ao princípio *tempus regit actum* – inerente aos comandos processuais –, o Plenário do STJ sedimentou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência exata dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater.

Tal compreensão restou sumariada no Enunciado Administrativo 2/2016, do STJ, *in verbis*: “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”.

No caso, o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, devendo, portanto, à luz do aludido diploma processual, ser analisados os requisitos de sua admissibilidade.

Com o advento do CPC/2015, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos foi estabelecido nos arts. 1.036 a 1.041 do referido diploma normativo.

No âmbito do Regimento Interno desta Corte, o tema está regulado nos arts. 104-A e 256 a 256-X do RISTJ.

Em consonância com o disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e no art. 256, *caput*, do RISTJ, previu-se a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, exigência cumprida, no caso, em razão de também ter sido afetado o REsp 1.613.733/RS, que cuida do mesmo tema.

O presente recurso é apto, consoante previsto no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015 e no art. 256, § 1º, do RISTJ.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

A controvérsia ora em apreciação cinge-se à análise da existência de competência (ou não) do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para promover autuações e aplicar sanções, em face do descumprimento de normas de trânsito em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

Para melhor compreensão da questão, cumpre transcrever o voto condutor do acórdão recorrido:

A esfera de atuação do DNIT corresponde à infra-estrutura do Sistema Federal de Viação (art. 81 da Lei 9.503/97). O artigo 82 da mesma lei especifica as atribuições do DNIT, todas correlacionadas à infra-estrutura, como estabelecer padrões e normas técnicas, elaborar projetos, contratar e acompanhar obras de construção, ampliação e manutenção de rodovias.

Consoante disposto no § 3º do artigo 82 é, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei no 9.503, de 1997.

Portanto, o DNIT possui competência para fazer cumprir as normas de trânsito, executar e fiscalizar, inclusive impondo penalidades no âmbito de suas atribuições, a teor dos incisos I e VI do artigo 21 do CTB.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região prevalece o entendimento de que o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII).

Por outro lado, o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

Nesse sentido, são irretocáveis os fundamentos que alicerçaram a r. sentença, os quais adoto integralmente como razões de decidir:

1. Relatório

Trata-se de ação ordinária entre as partes supra, na qual busca a autora a anulação da penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, com pedido de antecipação de tutela para a suspensão da eficácia das penalidades deles decorrentes, bem como a suspensão da eficácia dos efeitos da pontuação correspondente, com base no art. 6º, § 2º, da Resolução n. 182/05 do CONTRAN.

Argumenta com: (a) a incompetência do DNIT para realizar a fiscalização de excesso de velocidade; (b) a insuficiência/inexistência de sinalização; e (c) a ausência do devido processo administrativo, com oportunidade para o autor formular alegações finais no processo.

Intimada ao recolhimento das custas iniciais, foi acostada guia no evento 6.

A análise da antecipação de tutela foi postergada para momento posterior à contestação, em razão da ausência demonstração de prejuízo irreparável à autora (evento 14).

Citado (evento 20), o réu contestou o feito no evento 21, sustentando que o art. 21, inc. VI do Código de Trânsito e o § 3º do art. 82 da Lei n. 10.233/2001 outorgam ao DNIT a competência para aplicar e arrecadar multas. Acresce que o dispositivo do CTN não deve ser interpretado restritivamente, limitando sua atuação para as atividades executivas do órgão, as quais não compreendem multas por excesso de velocidade.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

2. Fundamentação

A ação é procedente, nos termos do entendimento das duas Turmas de Direito Administrativo sobre a incompetência do DNIT para a aplicação de sanção por excesso de velocidade:

Administrativo. Auto de infração por excesso de velocidade. Código de Trânsito Brasileiro. (In)competência do DNIT. Nulidade.

1. O artigo 20, III, do CTB estabelece a competência da Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais, para aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito e as medidas administrativas decorrentes. 2. Por outro lado, as atribuições do DNIT relacionam-se às infrações por excesso de peso, dimensões e lotação de veículos, bem ainda às construções e edificações às margens da rodovia federal, nível de emissão de poluentes e ruído produzido pelos veículos automotores ou pela sua carga. 3. Disso decorre a legitimidade passiva da União Federal, e não do DNIT, para responder a respeito da nulidade de auto de infração por excesso de velocidade - bem como o reconhecimento da nulidade dos autos de infração objeto do presente feito. (TRF4, AC 5005321-38.2013.404.7206, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 26/02/2015)

Agravo de instrumento. Trânsito. Antecipação de tutela. Suspensão de multa. DNIT. Competência. 1. O juiz poderá antecipar os efeitos da tutela desde que, havendo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, podendo também conceder a tutela antecipada quanto o pedido se mostrar incontroverso. 2. O DNIT não tem competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF4, AG 5001674-51.2015.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 15/04/2015)

Defiro a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade da multa, que aguarda pagamento conforme documento juntado sob OUT1 no evento 12, até o trânsito em julgado da presente sentença.

3. Dispositivo

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para anular a penalidade decorrente do auto de infração de série n. E014195567, resolvendo o processo com apreciação do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Nos termos da fundamentação, defiro a antecipação de tutela para suspender os efeitos do auto de infração descrito na inicial, até o trânsito em julgado da presente sentença.

Condeno o DNIT a ressarcir as custas adiantadas pela parte autora e ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), face ao pequeno valor da causa e considerando que o arbitramento sobre esse valor aviltaria o trabalho do patrono da parte autora. A verba deverá ser atualizada pela variação do IPCA-E/IBGE, de acordo com o art. 27 da Lei n. 13.080/2015 (LDO). Quanto às custas remanescentes, são isentas, nos termos do art. 4º, I, da Lei n. 9.289/96.

(...)

No mesmo sentido, seguem precedentes desta Corte:

*Administrativo. Agravo de instrumento. Suspensão dos efeitos de auto de infração até o julgamento final da lide. **Multa por excesso de velocidade. Incompetência do DNIT.** Consoante jurisprudência dominante desta Corte, o DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). Por outro lado, o DNIT não teria competência para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade. (TRF4, AG 5026484-27.2014.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 29/01/2015)*

*Administrativo. **Infração de trânsito. Aplicação de multa. Incompetência do DNIT.** 1. Compete à Polícia Rodoviária Federal atuar e aplicar sanções pelo descumprimento de normas de trânsito praticadas em rodovias e estradas federais, como o excesso de velocidade. 2. O DNIT é competente para impor multas e outras medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (CTB, art. 21, inc. VIII) e o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (CTB, art. 21, inc. XIII). (TRF4, AG 5026487- 79.2014.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 02/12/2014)*

Assim, nenhuma reforma merece a r. sentença monocrática.

Prequestionamento

Tendo em vista o disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explícito que a decisão recorrida não contrariou nem negou vigência e nenhum dos dispositivos legais invocados.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É o voto (fls. 99/102e).

A parte recorrida, na inicial, no que concerne à tese jurídica ora discutida, defende que a Polícia Rodoviária Federal detém a exclusiva competência para garantir a segurança pública, à luz do disposto no art. 144, II, § 2º, da CF/88, e promover autuações e aplicar sanções pelo descumprimento de normas de trânsito, nas rodovias e estradas federais, em consonância com o disposto no art. 1º, III, do Decreto 1.655/95, assim como no art. 20, I, II e III, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

No seu entendimento, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT poderia tão somente aplicar penalidade de multa sobre infrações relativas a transporte, tais como por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, nos termos do disposto no art. 21, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

Além da incompetência do DNIT, a inicial sustenta a inexistência de adequada sinalização, no trecho da rodovia federal em que lavrada a autuação, bem como o impedimento ao exercício do direito de defesa, na via administrativa.

A seu turno, o recorrente, nas razões do Especial, considera que a previsão, inserida no art. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001, atribuiu competência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para exercer as atribuições previstas no art. 21, VI, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Ressalta que o DNIT, “na condição de órgão executivo da União, está autorizado a usar todo e qualquer equipamento técnico que o habilite no desempenho de sua função primeira, controle das vias federais de circulação, dentro do âmbito de sua atuação, qual seja segurança e engenharia do tráfego, podendo autuar e multar os infratores das normas de trânsito, como também arrecadar as multas que aplicar” (fl. 146e).

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT foi criado pela Lei 10.233, de 05/06/2001, que dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre e criou também o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

O art. 80 da referida Lei 10.233/2001 estabelece, como objetivo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT, implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infraestrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade e ampliação, mediante construção de novas vias e terminais, nos seguintes termos:

Art. 80. Constitui objetivo do DNIT implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.

Já o art. 81 da aludida Lei 10.233/2001 define a esfera de atuação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT, *in verbis*:

81. A esfera de atuação do DNIT corresponde à infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, sob a jurisdição do Ministério dos Transportes, constituída de:

- I - vias navegáveis, inclusive eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis;
- II - ferrovias e rodovias federais;
- III - instalações e vias de transbordo e de interface intermodal, exceto as portuárias;
- IV - (revogado).

Por sua vez, estabelecem os arts. 20 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro):

Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

- I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;
- II - realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;
- III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

IV - efetuar levantamento dos locais de acidentes de trânsito e dos serviços de atendimento, socorro e salvamento de vítimas;

V - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;

VI - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, e zelar pelo cumprimento das normas legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções e instalações não autorizadas;

VII - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas, adotando ou indicando medidas operacionais preventivas e encaminhando-os ao órgão rodoviário federal;

VIII - implementar as medidas da Política Nacional de Segurança e Educação de Trânsito;

IX - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

X - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XI - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio, quando solicitado, às ações específicas dos órgãos ambientais.

Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;

III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário;

IV - coletar dados e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas;

V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de policiamento ostensivo de trânsito, as respectivas diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

VII - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

VIII - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar;

IX - fiscalizar o cumprimento da norma contida no art. 95, aplicando as penalidades e arrecadando as multas nele previstas;

X - implementar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito;

XI - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

XII - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XIII - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio às ações específicas dos órgãos ambientais locais, quando solicitado;

XIV - vistoriar veículos que necessitem de autorização especial para transitar e estabelecer os requisitos técnicos a serem observados para a circulação desses veículos.

Parágrafo único. *(Vetado)*.

De fato, a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a par de atribuir à Polícia Rodoviária Federal a competência para aplicar e arrecadar multas por infrações de trânsito, no âmbito das rodovias e estradas federais, nos termos de seu art. 20, III, confere aos órgãos executivos rodoviários da União a competência para executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar, consoante previsto em seu art. 21, VI.

Com o advento da Lei 10.561, de 13/11/2002, que incluiu o § 3º no art. 82 da Lei 10.233/2001, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT foi expressamente autorizado a exercer, em sua esfera de atuação – ou seja, nas rodovias federais, consoante disposto no art. 81, II, da referida Lei 10.233/2001 –, diretamente ou mediante convênio, as competências

expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 da mesma Lei 10.233/2001, que ressalva a competência comum da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para os fins previstos no art. 21, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, vale dizer, para, nas rodovias federais por ela administradas, “fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar”.

A propósito:

Lei 10.233/2001

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei n. 10.561, de 13.11.2002).

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação:

(...)

§ 3º *É, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 desta Lei (Incluído pela Lei n. 10.561, de 13.11.2002).*

Dessarte, é inconteste a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para executar a fiscalização do trânsito, por força da referida autorização legislativa, que expressamente outorgou, à autarquia, a competência para exercer, na sua esfera de atuação – ou seja, nas rodovias federais (art. 81, II, da Lei 10.233/2001) –, diretamente ou mediante convênio, as atribuições expressas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro.

Nesse contexto, conforme previsto na legislação de regência – art. 82, § 3º, da 10.233/2001 e art. 21, VI, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) –, a competência para aplicar e arrecadar multas por infrações de trânsito, nas rodovias federais, não é exclusiva da Polícia Rodoviária Federal, em razão da previsão legal da execução da fiscalização de trânsito pelos órgãos executivos rodoviários da União, na esfera de sua circunscrição, previsão que, quanto ao DNIT, foi esclarecida e reforçada, expressamente, no referido § 3º do art. 82 da Lei 10.233/2001, introduzido pela Lei 10.561, de 13/11/2002.

Da interpretação dos referidos dispositivos legais infere-se a intenção do legislador de ampliar a competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multas, por infrações de trânsito, nas rodovias e estradas federais, tais como por excesso de velocidade.

Preceitua o art. 91 do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 91. O CONTRAN estabelecerá as normas e regulamentos a serem adotados em todo o território nacional quando da implementação das soluções adotadas pela Engenharia de Tráfego, assim como padrões a serem praticados por todos os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito.

Em cumprimento à referida previsão legislativa, o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN editou a Resolução 289, de 29/08/2008, que “dispõe sobre normas de atuação a serem adotadas pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT e o Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF *na fiscalização do trânsito nas rodovias federais*”, considerando “*a necessidade de intensificar a fiscalização do trânsito nas rodovias federais, objetivando a redução dos altos índices de acidentes e a conservação do pavimento, coibindo o desrespeito aos limites de velocidades e o tráfego de veículos com excesso de peso*”.

Na mencionada norma regulamentadora ficaram assim estabelecidas as competências do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF para o exercício da fiscalização do trânsito:

Art. 1º *Compete ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, Órgão Executivo Rodoviário da União, no âmbito de sua circunscrição:*

I - exercer a fiscalização do excesso de peso dos veículos nas rodovias federais, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro - CTB, respeitadas as competências outorgadas à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT pelos arts. 24, inciso XVII, e 82, § 1º, da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, com a redação dada pela Lei n. 10.561, de 13 de novembro de 2002; e

II - *exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais, utilizando instrumento ou redutor eletrônico de velocidade tipo fixo, assim como a engenharia de tráfego para implantação de novos pontos de redução de velocidade.*

Art. 2º *Compete ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF:*

I - exercer a fiscalização por excesso de peso nas rodovias federais, isoladamente, ou a título de apoio operacional ao DNIT, aplicando aos infratores as penalidades previstas no CTB; e

II - exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais com a utilização de instrumento ou medidor de velocidade do tipo portátil, móvel, estático e fixo, exceto redutor de velocidade, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro - CTB.

Parágrafo único. Para a instalação de equipamento do tipo fixo de controle de velocidade, o DPRF solicitará ao DNIT a autorização para intervenção física na via.

Assim, nas rodovias federais, a atuação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal - DPRF deve ser realizada em conjunto, de acordo com suas atribuições, para a realização de uma efetiva fiscalização do trânsito, com o escopo de assegurar o exercício do direito social à segurança, previsto no art. 6º, *caput*, da CF/88.

O entendimento ora expandido encontra ressonância na reiterada jurisprudência do STJ, que se orientou no sentido de que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para aplicar multa de trânsito, por excesso de velocidade, em rodovias federais, conforme a conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21, VI, da Lei 9.503/97, como se colhe do voto do Ministro *Herman Benjamin*, Relator do REsp 1.592.969/RS, *in verbis*:

Conforme dispõe o art. 20, III, da Lei 9.503/1997 - CTB, a Polícia Rodoviária Federal possui competência para aplicar e arrecadar multas impostas por infrações de trânsito. Cito o referido dispositivo de lei:

Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

(...)

(...)

III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

Contudo tal competência da Polícia Rodoviária Federal não é exclusiva, pois, segundo o art. 21 do CTB, os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem exercê-la. Transcrevo o referido artigo:

Art. 21. *Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:*

(...)

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

A Lei 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e dá outras providências, trouxe uma ampliação das funções exercidas pelo DNIT em seu art. 82, § 3º, inclusive a de aplicar penalidades de trânsito por excesso de velocidade em rodovias federais. In verbis:

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação:

(...)

§ 3º É, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei n. 9.503, de 1997, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 desta Lei.

Por oportuno, saliento que não é permitido ao intérprete da lei restringir a competência do DNIT, quando a norma jurídica quis ampliá-la. No caso sub judice, a mera interpretação gramatical é apta a trazer o sentido da norma para o mundo dos fatos, portanto, depreende-se que o órgão administrativo possui competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multas por excesso de velocidade nas rodovias federais.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao Recurso Especial, para restabelecer os efeitos dos Autos de Infração impugnados.

É como voto.

O referido acórdão encontra-se assim ementado:

Administrativo. Processual Civil. Ausência de omissão, art. 535, II, do CPC. Competência do DNIT. Aplicação. Multa de trânsito. Excesso de velocidade. Rodovia federal. Utilização. Interpretação restritiva.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A competência da Polícia Rodoviária Federal para aplicar multas de trânsito nas rodovias federais não é exclusiva, pois, segundo o art. 21 do CTB, os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem exercê-la.

3. A Lei 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e dá outras providências, trouxe uma ampliação das funções exercidas pelo DNIT em seu art. 82, § 3º, inclusive a de aplicar penalidades de trânsito por excesso de velocidade em rodovias federais.

4. Não é permitido ao intérprete da lei restringir a competência do DNIT, quando a norma jurídica quis ampliá-la. No caso sub judice, a mera interpretação gramatical é apta a trazer o sentido da norma para o mundo dos fatos, portanto, depreende-se que o órgão administrativo possui competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multas por excesso de velocidade nas rodovias federais.

5. Recurso Especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.592.969/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016).

No mesmo sentido os seguintes precedentes da Primeira e da Segunda Turmas do STJ:

Processual Civil. Administrativo. Enunciado Administrativo 2/STJ. Recurso especial. *Trânsito. Aplicação de multa. Rodovias federais. Competência do DNIT. Recurso especial provido.*

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2/STJ: "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 interpretação do art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro c/c o art. 82 da Lei n. 10.233/2001 confere ao DNIT competência para fiscalizar o trânsito e aplicar multa por excesso de velocidade nas rodovias federais.

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.593.788/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/06/2016).

Administrativo. Recurso especial. *Infração de trânsito por excesso de velocidade. Rodovia federal. Competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte-DNIT para executar a fiscalização de trânsito, aplicar e arrecadar multas.*

1. Da conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei n. 10.233/01 e art. 21, VI, da Lei n. 9.503/97 (CTB), depreende-se que o DNIT detém competência para executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar. Precedente: REsp 1.592.969/RS, Rel. Ministro **Herman Benjamin**, 2ª Turma, DJe 25/5/2016.

2. Recurso especial do DNIT provido (STJ, REsp 1.583.822/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 30/06/2016).

Processo Civil e Administrativo. *Competência do DNIT. Aplicação. Multa de trânsito. Excesso de velocidade. Rodovia federal.*

1. *A conjugada exegese que se extrai dos arts. 82 da Lei n. 10.233/01 e 21, VI, da Lei n. 9.503/97 direciona no sentido de que o DNIT detém competência para aplicar multa por excesso de velocidade, a exemplo da que é objeto de discussão na presente ação.*

2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no REsp 1.596.546/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016).

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Recurso especial provido. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. *Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Competência. Aplicação de multa. Excesso de velocidade.*

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

II - *O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes detém competência para aplicar multa por excesso de velocidade.*

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido (STJ, AgInt no REsp 1.580.031/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 19/10/2016).

Seguindo a mesma orientação, *inter plures*: REsp 1.591.729/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 28/06/2016; REsp 1.604.077/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 28/06/2016; REsp 1.618.405/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 06/09/2016; AgInt no REsp 1.585.656/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 07/10/2016; AgInt no REsp 1.592.294/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 11/10/2016.

Para corroborar o entendimento expendido, valho-me, ainda, do seguinte trecho do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fonseca:

Da leitura da legislação transcrita, constata-se que compete a Polícia Rodoviária Federal a aplicação e arrecadação de multas impostas por infrações de trânsito (inciso III, do art. 20, do CTB). Entretanto, tal competência não é exclusiva, mas sim concorrente, consoante o disposto no caput do artigo 21 do CTB.

A Lei n. 10.233/2001 ampliou as atribuições do DNIT relativa à fiscalização de trânsito, conforme estabelecido no artigo 82, § 3º, razão pela qual a Autarquia é competente para exercer, sem prejuízo de outras, as atribuições de fiscalização, engenharia, operação e educação de trânsito, incluídas a fiscalização por excesso de velocidade. Essas atribuições estão também previstas na Portaria DENATRAN 31/02 e Resolução CONTRAN N. 289/08.

Resolução CONTRAN n. 289/2008:

Art. 1º Compete ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, Órgão Executivo Rodoviário da União, no âmbito de sua circunscrição:

I - exercer a fiscalização do excesso de peso dos veículos nas rodovias federais, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, respeitadas as competências outorgadas à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT pelos arts. 24, inciso XVII, e 82, § 1º, da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, com a redação dada pela Lei n. 10.561, de 13 de novembro de 2002; e II - exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais, utilizando instrumento ou redutor eletrônico de velocidade tipo fixo, assim como a engenharia de tráfego para implantação de novos pontos de redução de velocidade.

Art. 2º Compete ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF:

I - exercer a fiscalização por excesso de peso nas rodovias federais, isoladamente, ou a título de apoio operacional ao DNIT, aplicando aos infratores as penalidades previstas no CTB; e II - exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais com a utilização de instrumento ou medidor de velocidade do tipo portátil, móvel, estático e fixo, exceto redutor de velocidade, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro – CTB.

Parágrafo único. Para a instalação de equipamento do tipo fixo de controle de velocidade, o DPRF solicitará ao DNIT a autorização para intervenção física na via.

Assim, ambos os órgãos, o DNIT e o DPRF, podem exercer fiscalização eletrônica de velocidade. Esclarecidas as atribuições do ponto de vista da legislação e do regulamento, restaria apenas analisar a questão sob o aspecto de eventual conflito de atuação. Nesse ponto, nenhum papel tem o administrado, pois o interesse aqui se circunscreve à governança pública.

Em síntese, a Lei n. 9.503/97 estabelece a competência de acordo com a circunscrição de atuação da autoridade. Assim, o DNIT exercerá a sua atribuição quando se tratar de infração cometida em rodovia federal sob a sua presença.

Vale destacar que a única restrição estabelecida no art. 82, § 3º, da Lei n. 10.233/01, ao atribuir ao DNIT as competências do art. 21 do CTB, foi a observância pela Autarquia do dispositivo que confere à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, nas rodovias concedidas à iniciativa privada, a competência para a aplicação de multas por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (art. 24, XVII, da Lei n. 10.233/01).

A possibilidade de vários órgãos da União exercer a fiscalização de velocidade dá ao mesmo ente mais capacidade de resultado, isto é, de entregar à sociedade os benefícios decorrentes da política pública. Na verdade, fiscalizar e aplicar multas são a rigor da competência da União, que distribui, nos termos da lei e do regulamento, essa atribuição.

A previsão de atribuição não exclusiva em nada afeta a legitimidade do DNIT para exercer a fiscalização e aplicação de multas por excesso de velocidade.

Entendimento Jurisprudencial

Tal entendimento vem sendo corroborado por julgados de ambas as Turmas dessa Primeira Seção. Os julgados citados abaixo ilustram a assertiva:

(...) (fls. 179/180e).

Conclui-se, portanto, pela competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para executar a fiscalização de trânsito e aplicar multas por infrações ao Código de Trânsito Brasileiro, como por excesso de velocidade.

Tese jurídica firmada (art. 104-A, III, do RISTJ)

Para cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese:

O Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT detém competência para a fiscalização do trânsito nas rodovias e estradas federais, podendo aplicar, em caráter não exclusivo, penalidade por infração ao Código de Trânsito Brasileiro, consoante se extrai da conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Solução dada ao caso concreto (art. 104-A, IV, do RISTJ)

Firmada a tese jurídica, resta o exame do caso concreto.

De acordo com a sentença e o acórdão, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT é competente para impor multas e outras

medidas administrativas relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos (art. 21, VIII, do CTB) e por emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga (art. 21, XIII, do CTB), mas não para promover autuações e aplicar sanções em face do descumprimento de outras normas de trânsito, em rodovias e estradas federais, como por excesso de velocidade.

Com efeito, o julgamento do Tribunal de origem diverge da jurisprudência do STJ e da tese firmada no presente recurso repetitivo, merecendo, assim, ser reformado, a fim de que seja reconhecida a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para exercer a fiscalização de trânsito. Como remanesceram questões outras, suscitadas na inicial e que não apreciadas pelas instâncias ordinárias – que se cingiram a anular a autuação, por incompetência do DNIT –, devem os autos retornar à origem, para o seu devido exame.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial e dou-lhe parcial provimento, para declarar a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para aplicar multas de trânsito, nas rodovias federais, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam examinados os demais fundamentos da inicial, como se entender de direito.

Conclusão

Em face do exposto, proponho seja firmada a tese “*O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para a fiscalização do trânsito nas rodovias e estradas federais, podendo aplicar, em caráter não exclusivo, penalidade por infração ao Código de Trânsito Brasileiro, consoante se extrai da exegese conjugada dos arts. 82, § 3º, da Lei 10.233/2001 e 21 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)*”, conhecendo-se e dando-se parcial provimento ao Recurso Especial, para reconhecer a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT para aplicar multas de trânsito, nas rodovias federais, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam examinadas as demais questões suscitadas na inicial, não apreciadas pela instância *a quo*.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, a Lei 10.233/2001, que cria o DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, não atribuiu poder de polícia de tráfego, apenas alude a essa atribuição, mas não fornece a estrutura fiscalizatória. Quem dispõe da estrutura fiscalizatória é a Polícia Rodoviária Federal.

2. Invoco minha experiência para afirmar, em primeiro lugar, que nunca vi o DNIT atuar no tráfego da BR 116, uma rodovia que não é privatizada. Há postos, viaturas e radares da PRF, inclusive com placas de avisos. No trecho Fortaleza-Limoeiro, por exemplo, não existe presença do DNIT.

3. O segundo ponto, que me chamou muito a atenção no presente caso, é que não basta uma Lei estabelecer uma atribuição assim em abstrato, como aconteceu neste caso da Lei 10.233/2001, sem apontar os recursos tecnológicos e os meios para realizar tal atribuição. E mais, superpondo-se, Ministra *Regina Helena Costa*, a um outro Órgão Federal e criando um conflito atribucional absolutamente desnecessário e evitável, a não ser que se reconhecesse que a PRF não está cumprindo com sua responsabilidade, o que não é o caso; como também não é o caso de atribuir à PRF, digamos, a conservação de rodovias, porque é atribuição do DNIT.

4. Penso, Senhor Presidente, que essa cumulação ou essa superposição de atribuições fiscalizatórias do tráfego nas rodovias federais é algo que afronta o equilíbrio do sistema porque já existe um Órgão Federal que desempenha essa função, há muito tempo, com equipamentos, com experiência, com pessoal, com radares, viaturas e, principalmente, com pessoas treinadas para exercer essa atividade.

5. O DNIT atua na conservação de rodovias, fiscalização e verificação de condições de trafegabilidade. A circulação nas rodovias é uma atribuição tradicional da PRF. Não há nenhuma indicação de deficiência nesse serviço e, principalmente, Ministra *Regina Helena Costa*, ainda que houvesse, o DNIT não aporta nenhuma vantagem, uma vez que não tem viaturas, equipamentos, nem pessoal qualificado para esse serviço. A meu ver, essa questão parece uma disputa de forças entre os dois Órgãos, na qual a PRF saiu perdendo.

6. Penso que a Lei 10.233/2001 não se harmoniza com o sistema, daí porque meu voto é no sentido de não reconhecer no DNIT a função fiscalizatória do tráfego, ou seja, da circulação de veículos nas rodovias federais, porque é uma

função que já pertence a outro Órgão, que tem tradição no exercício dessa atribuição, com pessoal treinado, viaturas e equipamentos. O DNIT tem uma outra função, mais voltada para o aspecto estruturante das rodovias.

7. Peço vênias à eminente Relatora, que produziu um voto brilhante e muito bem cuidado, mas penso que com isso se fomenta um conflito administrativo desnecessário e evitável entre o DNIT e a PRF. Então, a PRF fica com sua fiscalização e o DNIT com as funções importantíssimas que tem desde a Lei de sua criação.

8. É assim que voto, Senhor Presidente, pedindo mais uma vez respeitosa vênias à douta Relatora e aos ilustres julgadores que a acompanharam.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Senhor Presidente, pelo visto, a maioria já formou sua convicção quanto ao tema. Então, vou ficar vencido em meu voto, porque entendo que a função da Polícia Rodoviária Federal sempre foi o de fiscalizar as estradas, a conduta dos motoristas, com vistas a garantir a segurança de todos nas vias federais. É claro que, em se tratando de julgamento de repetitivo, daqui por diante, vou acatar a decisão aqui proferida, citando-a e acompanhando o posicionamento ora firmado. Mas, neste momento, pedindo vênias à Relatora, vou divergir e acompanhar o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.612.818-PR (2016/0180943-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Achilles Romeu Perussolo

Advogado: Rose Mary Grahl e outro(s) - PR018430

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) - “Amicus Curiae”

Advogados: Gisele Lemos Kravchychyn - SC018200

Diego Henrique Schuster e outro(s) - RS080210

Interes.: Confederação Brasileira de Aposentados, Pensionistas e Idosos -
“Amicus Curiae”

Advogado: Gabriel Dornelles Marcolin e outro(s) - RS076643

EMENTA

Previdenciário. Recurso especial representativo de controvérsia. Reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso. Equiparação ao ato de revisão. Incidência do prazo decadencial. Artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991. Tema 966. Recurso especial não provido.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento a um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

2. Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial.

3. No âmbito da previdência social, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.

4. O direito ao benefício mais vantajoso, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado, deve ser exercido por seu titular nos dez anos previstos no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991. Decorrido o decênio legal, acarretará a caducidade do próprio direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, no prazo previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991.

5. O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso equipara-se ao ato revisional e, por isso, está submetido ao regramento legal. Importante resguardar, além da segurança jurídica

das relações firmadas com a previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

6. *Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: sob a exegese do caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991, incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.*

7. Recurso especial do segurado conhecido e não provido. Observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial do segurado e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Regina Helena Costa e o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.” Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 13.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por Achilles Romeu Perussolo contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Previdenciário. Decadência. Direito adquirido ao melhor benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto

e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado “direito adquirido ao melhor benefício”.

Em suas razões de recurso especial, sustenta o recorrente, em suma, a não ocorrência do instituto da decadência, porquanto não se trata de mera revisão de benefício previdenciário, mas de reconhecimento do melhor benefício, adquirido e incorporado ao seu patrimônio jurídico, combinando o *caput* do artigo 103 da Lei de Benefícios com o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Aberta vista para apresentar contrarrazões ao recurso especial, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - deixou o prazo transcorrer *in albis*.

Noticiam os autos que Achilles Romeu Perussolo, devidamente qualificado nos autos, ajuizou ação em face do INSS, objetivando o reconhecimento do direito à aposentação com base na Lei 6.950/1981, alegando ser mais vantajosa, renunciando à aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença rejeitou o pedido, nos termos do artigo 269, IV, do CPC/1973, em razão da decadência do direito a pleitear o benefício mais vantajoso.

O autor, ora recorrente, apelou, tendo o Tribunal *a quo*, por intermédio do Desembargador Federal Relator, com base no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC/1973, dado provimento à apelação, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que, superada a prejudicial, fosse apreciado o pedido.

O Juízo da Vara Federal Previdenciária de Curitiba proferiu sentença, julgando o pedido procedente em parte.

O INSS apelou e houve reexame necessário, tendo o Tribunal *a quo* dado parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da seguinte ementa:

Previdenciário. Revisão. Decadência. Teto de contribuição de 20 salários mínimos de referência. Lei 6.950/81. Leis 7.787/89 e 7.789/89. Direito adquirido. Preenchimento dos requisitos. Possibilidade da aplicação do artigo 144 da Lei n. 8.213/91.

1. Os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 (data da edição da MP 1.523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial.

2. Tendo a parte autora preenchido os requisitos para a concessão do benefício antes do advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, tem direito adquirido ao benefício calculado de acordo com a legislação anterior.

3. Reconhecido o direito adquirido ao cálculo da RMI em data anterior ao advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, o benefício teria sido concedido no denominado “buraco negro”, de modo que aplicável em tese o disposto no artigo 144 da Lei 8.213/91.

4. Na aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, ou se reconhece direito adquirido ao cálculo da RMI com base na legislação vigente antes das modificações legislativas, caso mais favorável ao segurado (o que é improvável), ou se reconhece o direito à incidência integral da Lei 8.213/91. Assim, não se cogita, com a aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, da possibilidade de a nova renda mensal a ser implantada a partir de junho de 1992 ser superior ao limite de salário-de-contribuição no referido mês (art. 144 c.c. art. 33 da Lei 8.213/91, na redação original).

5. Como a hipótese é de reconhecimento de direito adquirido, a RMI fictícia deverá ser apurada em 01/07/89, computando-se os salários-de-contribuição vertidos até junho/89, e utilizando-se o limitador do salário-de-benefício e da RMI vigente em julho/89. Obtida a RMI em 01/07/89, ela deverá ser atualizada com base nos índices aplicáveis ao reajustamento dos benefícios da previdência social até a DER, observados obviamente os efeitos do artigo 144 da Lei 8.213/91. Somente deverá ser aplicada proporcionalmente no primeiro reajuste posterior a julho/89 (art. 41, II, da Lei 8.213/91 - redação original), pois na DER o benefício, como reconhecido o direito adquirido em data anterior, em rigor já seria um benefício em manutenção.

O INSS opôs embargos de declaração, aos quais foi negado provimento.

Contra o acórdão, o INSS interpôs recurso extraordinário e recurso especial. Contrarrazões em ambos os recursos.

O Presidente do Tribunal *a quo* sobrestou ambos os recursos, com base nos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, respectivamente.

Após julgamentos dos temas de repercussão geral e recurso especial repetitivo, o Presidente do Tribunal *a quo* remeteu os autos à Turma julgadora, para juízo de adequação, consoante determinado nos artigos 543-B, § 3º, e, 543-C, § 7º, II, do CPC/1973.

Em novo julgamento dos recursos de apelação e oficial, a Turma do Tribunal *a quo* reconheceu a decadência, nos termos da ementa transcrita à fl. 1 deste voto. Contra esse acórdão, Achilles Romeu Perussolo, ora recorrente, opôs embargos de declaração, parcialmente providos, sem efeito modificativo.

Contra esse acórdão, Achilles Romeu Perussolo interpôs o presente recurso especial e recurso extraordinário, ambos admitidos pelo Presidente do Tribunal *a quo*.

Autos remetidos ao STJ e distribuídos a este Relator, que propôs afetação do feito ao rito do recurso especial repetitivo, ato acolhido pelo colegiado da Primeira Seção, em 23/11/2016, com publicação no DJe em 1º/12/2017.

Autos ao Ministério Público Federal, que apresentou parecer, em que opina pelo conhecimento em parte do recurso especial e, nessa extensão, pelo não provimento.

Autos conclusos ao Relator, que deferiu a inclusão do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP e da Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - COBAP, como *amici curiae*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente cumpre dizer que recai sobre o presente recurso especial o Enunciado Administrativo 3/STJ o qual dispõe *in verbis*: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

O presente recurso especial preenche os pressupostos de conhecimento e o tema central está prequestionado. Conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento de um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

O requerente sustenta ter direito adquirido ao melhor benefício, isto é, a uma aposentadoria mais vantajosa, direito esse que, no seu entender, não estaria alcançado pelo prazo decadencial decenal.

A matéria tem relevância social, porque pode influir na situação jurídica de um grande número de segurados do INSS e há multiplicidade de recursos com idêntica tese jurídica. Sob esse enfoque, a tese jurídica tornou-se representativa da controvérsia.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais, exerce relevante papel no cumprimento dos objetivos constantes no artigo 3º, I, II e III, da Constituição da República de 1988. O equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social é promovido e coberto também pelas contribuições

previdenciárias vertidas pelos segurados. Nos claros termos do *caput* do artigo 195 e parágrafo único do artigo 194 da Constituição, a previdência social deve ser financiada por toda a sociedade e de forma equitativa.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis. São direitos fundamentais que demandam atuações positivas do Estado, voltadas à melhoria da condição de vida dos indivíduos.

A relação jurídica que envolve a prestação previdenciária está lastreada na necessidade do trabalhador que se depara com uma situação de risco social. No caso, é a perda da capacidade laboral que deve ser protegida e reparada pela previdência social, por intermédio da concessão da aposentadoria, conceituada como um direito social fundamental do homem.

Muitas das vezes, quase em sua totalidade de situações, as prestações previdenciárias compõem o mínimo existencial do cidadão brasileiro. O Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir com o dever de observar os princípios da implementação progressiva dos direitos sociais e da proibição do retrocesso social, possibilitando ao Poder Judiciário determinar prestações que possam recompor o estado de risco social, em que o segurado encontra-se.

O professor Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, p. 657, afirma que os direitos sociais elevam-se, em nosso direito constitucional positivo, à natureza de cláusulas pétreas, consoante artigo 60 da Carta Magna.

Conforme leciona Wladimir Novaes Martinez, em Princípios de Direito Previdenciário, p. 124, a prestação previdenciária, desde sua criação, vem sendo justificada como prolongamento da remuneração do trabalhador, aferida em função desta e abrangente das relações trabalhistas.

O direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção, no formato da lei vigente à época.

Em relação à sistemática de quantificação dos benefícios previdenciários, é fundamental compreender a divisão metodológica das três etapas básicas do cálculo. Na primeira fase, são identificados os salários de contribuição que integram o período básico de cálculo; na segunda, apura-se uma média dos salários de contribuição com a devida correção monetária, da qual resulta o salário de benefício; em terceiro momento, aplica-se o coeficiente estabelecido na Lei Previdenciária sobre o salário de benefício, resultando em uma renda

mensal inicial, a qual corresponde ao valor do benefício que será concedido até o primeiro reajuste.

Da natureza jurídica do prazo previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991

O *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 assim dispõe *in verbis*:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Os institutos da decadência e da prescrição, é bem verdade, são bem delineados pela doutrina e jurisprudência. Todavia, foram e são passíveis de questionamento quanto à sua configuração no caso concreto.

Sob a perspectiva da hermenêutica, colhe-se importante lição de Daniel Machado da Rocha e João Baltazar Junior, tendo em conta a finalidade alimentar das prestações previdenciárias, de que a regra de decadência e prescrição recebem certo temperamento próprio dos direitos indisponíveis.

O Direito como ciência assegura estabilidade e segurança nas situações jurídicas, mostrando-se o prazo uma importante ferramenta para o exercício de direitos em tempo hábil.

A clássica distinção entre os institutos está em que a decadência refere-se ao direito potestativo do titular, preocupa-se com a inércia de seu beneficiário, diz respeito ao fundo do direito. A prescrição volta-se às parcelas oriundas desse direito, refere-se ao crédito propriamente dito.

O legislador, com efeito, atribuiu ao *caput* do artigo 103 a natureza decadencial do prazo para o exercício do direito em revisar o ato de concessão do benefício, embora muitos estudiosos do tema, incluindo magistrados atuantes da área previdenciária, entendam ser o prazo prescricional.

A despeito de ambos os institutos terem sofrido alterações, notadamente quanto à possibilidade de suspensão, interrupção e renúncia, Câmara Leal sugere uma reflexão bastante plausível e atual, a saber *in verbis*:

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição (Câmara Leal, "Da prescrição e da decadência", 1ª edição, páginas 133 e 134)

A reflexão proposta por Câmara Leal é bastante esclarecedora, porque há situações em que a ação representa o próprio exercício do direito e sendo o direito ao benefício previdenciário um direito potestativo, do qual surge para o INSS uma obrigação de fazer, as revisões que o envolvem também incluem-se na natureza potestativa.

Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial. Assim, o direito de revisar, tido como direito potestativo, decai em dez anos. Todavia, há uma segunda reflexão importante decorrente do *caput* do artigo 103 acerca de sua incidência sobre o direito subjetivo, potestativo e adquirido ao melhor benefício previdenciário. Isto porque, há o direito ao benefício em si e o direito a revisar o benefício, concedido por intermédio de ato administrativo, oriundo do procedimento de concessão.

Portanto, consiste este o desafio da presente tese jurídica representativa da controvérsia: o direito à aposentadoria mais vantajosa, garantida pela Lei Previdenciária e atos normativos complementares, a ser concretizado em prestações mensais, pode ser atingido pelo decurso do tempo, de modo a caducar?

Breves apontamentos doutrinários acerca da decadência previdenciária

Acerca do instituto da decadência, colhe-se a lição de Fábio Zambitte Ibrahim, em seu Curso de Direito Previdenciário, 20ª edição, *in verbis*:

A decadência, como visto, fulmina o direito, excluindo por via indireta qualquer possível pretensão do interessado. Todavia, é fundamental lembrar-se que tal hipótese esbarra na garantia constitucional do direito adquirido, que não pode ser aviltado pela lei, a qual, por sua vez, evidentemente não poderá fixar prazos para seu exercício.

A decadência somente poderá atingir direitos potestativos abstratamente considerados, nunca o direito concreto, individualizado, já integrado ao patrimônio jurídico do segurado da Previdência Social, sob pena de desrespeito à Constituição.

Igualmente pertinentes são os ensinamentos de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, em obra doutrinária intitulada *Direito da Seguridade Social*, Editora Livraria do Advogado, 1ª edição, *in verbis*:

Todavia, é preciso que se frise que seu objeto, até mesmo em face dos princípios da hipossuficiência e da protetividade dos segurados, é bastante limitado, atingindo exclusivamente a revisão do ato de concessão de benefício.

Portanto, não há decadência do direito ao benefício, já que o dispositivo legal determina sua incidência quando em discussão revisão de ato concessório, isto é, de benefício já em manutenção.

Daí decorre que o segurado pode, a qualquer tempo, requerer, judicial ou administrativamente, benefício cujo direito tenha sido adquirido há bem mais de 10 anos.

Por outro lado, discussões no entorno do benefício previdenciário ou de sua renda, que sejam posteriores ao ato de concessão também ficam fora do prazo decadencial, como, por exemplo, aquelas pertinentes ao reajustamento de benefícios previdenciários.

Resta, portanto, como único objeto do prazo decadencial, a matéria pertinente ao cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários: tem-se, aqui, um benefício concedido, e a discussão envolve revisão de um elemento do ato de concessão, qual seja, a fixação da renda mensal inicial da prestação.

A decadência previdenciária no Superior Tribunal de Justiça

No que toca à decadência para o segurado revisar seu benefício, cumpre elucidar que no STJ o tema foi objeto dos Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, ambos da Relatoria do Ministro Herman Benjamim, submetidos ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, tendo a 1ª Seção assim decidido, *in verbis*:

Previdenciário. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recursos representativos de controvérsia (REsps 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). Revisão do ato de concessão de benefício previdenciário pelo segurado. Decadência. Direito intertemporal. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997, aos benefícios concedidos antes desta

norma. Possibilidade. Termo *a quo*. Publicação da alteração legal. Agravo regimental. Indeferimento de intervenção como *amicus curiae* e de sustentação oral. Agravo regimental da CFOAB.

1. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) opôs Agravo Regimental contra decisão que não o admitiu como “amicus curiae”.

2. O CFOAB possui, no caso, interesse jurídico abstrato, e a pretensão de defesa da segurança jurídica não se coaduna com o instituto do “amicus curiae”, que exige a representatividade de uma das partes interessadas ou a relação direta entre a finalidade institucional e o objeto jurídico controvertido. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental da CFOAB não provido.

Agravo regimental da Cobap

4. A Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas (Cobap), admitida no feito na condição de “amicus curiae”, apresentou Agravo Regimental contra o indeferimento de sustentação oral.

5. A Corte Especial definiu, em Questão de Ordem examinada no REsp 1.205.946/SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves, sessão de 17.8.2011), que o “amicus curiae” não tem direito à sustentação oral.

6. De acordo com os arts. 543-C, § 4º, do CPC e 3º, I, da Resolução STJ 8/2008, antes do julgamento do Recurso Especial admitido como representativo da controvérsia, o Relator poderá autorizar a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse no debate.

7. Agravo Regimental da Cobap não provido.

Matéria submetida ao regime do art. 543-C do CPC

8. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O.0 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

9. Dispõe a redação supracitada do art. 103: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

Situação análoga. Entendimento da Corte Especial

10. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que “o prazo previsto na Lei n. 9.784/99 somente

poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei” (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, ale 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, D,1 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

O objeto do prazo decadencial

11. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

12. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, e não é possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

13. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

14. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

Resolução da tese controvertida

15. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997).

16. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento, com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios, de que “o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)” (REsp 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

Caso concreto

17. Concedido, no caso específico, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de revisão de ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

18. Agravos Regimentais não providos e Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1.309.529/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 4/6/2013)

Previdenciário. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recursos representativos de controvérsia (REsps 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). Revisão do ato de concessão de benefício previdenciário pelo segurado. Decadência. Direito intertemporal. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela MP 1.523-9/1997 aos benefícios concedidos antes desta norma. Possibilidade termo *a quo* publicação da alteração legal. Matéria submetida ao regime do art. 543-C do CPC.

1. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O.0 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

2. Dispõe a redação supracitada do art. 103: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tornar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

Situação análoga. Entendimento da Corte Especial

3. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que “o prazo previsto na Lei n. 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei” (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, ale 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, D.I 14.11.2005.

O objeto do prazo decadencial

4. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

5. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

6. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

7. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência

desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

Resolução da tese controvertida

8. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997).

9. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento — com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios — de que “o termo inicial de prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)” (REsp 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

Caso concreto

10. Concedido, *in casu*, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de rever ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

11. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1.326.114/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 13/5/2013)

Depreende-se dos fundamentos extraídos dos citados representativos da controvérsia que o escopo do prazo decadencial contido no dispositivo em comento é estabilizar em dez anos as relações jurídicas entre os segurados e a previdência social, evitando a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário a qualquer tempo.

Igualmente, é possível extrair dos citados representativos mais duas assertivas relevantes para o presente julgamento: 1ª) o suporte de incidência do prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito ao benefício previdenciário em si; 2ª) o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico e não é possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

A revisão do ato de concessão do benefício previdenciário, no âmbito do STJ, abarca toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetidos à Administração previdenciária, quando do requerimento do benefício.

Nesse sentido precedente da Segunda Turma de minha Relatoria:

Previdenciário. Embargos de declaração. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Revisão da renda mensal inicial. Cômputo de tempo rural. Decadência. Não ocorrência. Tema não apreciado pela Administração previdenciária quando concedido o benefício. Embargos de declaração do segurado rejeitados.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício em razão de tempo rural não computado, tema não apreciado pela Administração. Por isso não há falar em decadência.

4. Omissão não verificada quanto ao termo inicial do prazo decadencial, uma vez que, no presente caso, afastou-se por completo a decadência para o segurado revisar a renda mensal inicial de seu benefício.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.429.312/SC, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 3/9/2015)

Especificamente, quanto ao direito de revisão do ato concessório do benefício, o STJ tem precedentes no sentido de que a decadência prevista no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não alcança questões que não foram resolvidas no ato administrativo de concessão do benefício, porquanto o prazo decadencial limita-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir tema não apreciado pela Administração.

Nesse sentido:

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço. Revisão da renda mensal inicial. IRSM de fevereiro/94. Decadência. Não ocorrência.

Termo inicial. Data da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. Recurso especial conhecido e não provido.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício pela aplicação integral do IRSM de fevereiro/1994 porque a Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004, expressamente garantiu a revisão dos benefícios previdenciários pela inclusão de tal índice no fator de correção dos salários de contribuição anteriores a março de 1994. O presente caso não envolve revisão do ato administrativo que analisou o pedido de deferimento da prestação previdenciária.

4. O termo inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser a edição da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. A ação neste caso foi ajuizada em 11/10/2011, portanto, não se passaram mais de dez anos entre o termo inicial e o ajuizamento da ação.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.501.798/RS, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/5/2015)

Previdenciário. Benefício previdenciário. Decadência. Não ocorrência. Prescrição. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/91. 1. Hipótese em que se consignou que “a decadência prevista no artigo 103 da Lei 8.213/91 não alcança questões que não restaram resolvidas no ato administrativo que apreciou o pedido de concessão do benefício. Isso pelo simples fato de que, como o prazo decadencial limita a possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não pode atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração”.

2. O posicionamento do STJ é o de que, quando não se tiver negado o próprio direito reclamado, não há falar em decadência. *In casu*, não houve indeferimento do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais, uma vez que não chegou a haver discussão a respeito desse pleito.

3. Efetivamente, o prazo decadencial não poderia alcançar questões que não foram aventadas quando do deferimento do benefício e que não foram objeto de apreciação pela Administração. Por conseguinte, aplica-se apenas o prazo prescricional, e não o decadencial. Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.407.710/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 22/5/2014)

No presente momento, referida tese tornou-se representativa da controvérsia. Foram afetados ao rito dos recursos especiais repetitivos o Recurso Especial 1.644.191/RS e o Recurso Especial 1.648.336/RS, que se tornaram o Tema 975: “questão atinente à incidência do prazo decadencial sobre o direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário do regime geral (art. 103 da Lei 8.213/1991), nas hipóteses em que o ato administrativo da autarquia previdenciária não apreciou o mérito do objeto da revisão”.

Ainda, o STJ, em casos de superveniência de sentença trabalhista ao ato de concessão, reconhecendo vínculos de trabalho, com trânsito em julgado após o decênio legal, tem afastado o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991.

Ilustrativamente:

Previdência Social. Trânsito em julgado de sentença trabalhista, posterior ao deferimento do benefício, repercutindo na base de cálculo deste.

Hipótese em que o prazo de decadência do direito à revisão do ato de concessão do benefício flui a partir do trânsito da sentença trabalhista.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(REsp 1.309.086/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe 10/9/2013)

Importante ressaltar que o STJ assentou o entendimento de que, para adequação de benefícios previdenciários aos tetos constitucionais, consoante Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, não há falar em decadência.

Nesse sentido:

Processual Civil. Embargos de declaração. Benefício previdenciário. Revisão do pedido de IRSM/1994. Decadência. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/1991. Esclarecimento quanto à não incidência do referido dispositivo nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

1. O prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 aplica-se somente aos casos em que o segurado busca a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário.

2. Por conseguinte, não incide a decadência prevista no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991 nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais

20/1998 e 41/2003 a benefícios previdenciários concedidos antes dos citados marcos legais, pois consubstanciam mera revisão das prestações supervenientes ao ato de concessão.

3. A Instrução Normativa INSS/PRES 45, de 6 de agosto de 2010, corrobora tal entendimento: “art. 436. Não se aplicam às revisões de reajustamento e às estabelecidas em dispositivo legal, os prazos de decadência de que tratam os arts. 103 e 103-A da Lei 8.213, de 1991”.

4. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354/SE, submetido à sistemática da repercussão geral, nos termos art. 543-B, § 3º, do CPC, afirmou que “não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional”.

5. Embargos de Declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para prestar esclarecimentos.

(EDcl no AgRg no REsp 1.444.992/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 4/8/2015)

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Revisão de benefício. Aplicação imediata dos tetos previstos nas EC's 20/98 e 41/2004. Normas supervenientes. Prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91. Não incidência.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A teor do entendimento consignado pelo STF e no STJ, em se tratando de direito oriundo de legislação superveniente ao ato de concessão de aposentadoria, não há falar em decadência.

3. No caso, a aplicação dos novos tetos surgiu somente com as EC's 20/98 e 41/03, motivo pelo qual se revela de rigor o afastamento da decadência.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.420.036/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 14/5/2015)

Merece menção, também, que a Segunda Turma reanalisa, neste momento, o caso de incidência do prazo decadencial diante da edição da Lei 10.999/2004. Mas indico que, em um primeiro momento, a Segunda Turma afastou a

decadência e há precedente da Primeira Turma afastando a decadência, no que foi seguida pela Sexta Turma, em julgamento de processo remanescente.

Confirmam-se os seguintes julgados:

Processo Civil. Previdenciário. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Revisão da RMI. IRSM de fevereiro de 1994. Decadência. Termo inicial. Edição da MP n. 201/2004, convertida na Lei n. 10.999/2004. Inocorrência.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - Esta Corte adotou entendimento segundo o qual o termo inicial do prazo decadencial para a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, com a aplicação integral do IRSM do mês de fevereiro de 1994, é a data da edição da MP n. 201/2004, convertida na Lei n. 10.999/2004. Precedentes.

III - Recurso especial desprovido.

(REsp 1.445.016/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 28/9/2017)

Previdenciário. Recurso especial. Revisão de renda mensal inicial. Inclusão do IRMS de fevereiro de 1994. Direito à revisão reconhecido na Lei 10.999/2004. Não configuração da decadência na hipótese de revisão prevista em lei. Ato omissivo da Administração. Recurso especial do INSS a que se nega provimento.

1. No período compreendido em janeiro/1993 e fevereiro/1994, os salários de contribuição foram corrigidos pela variação do IRSM para fins de apuração do valor do salário de benefício.

2. Em março de 1994, com a entrada do Plano Real, o índice de atualização passou a ser a URV, a teor do que dispôs a Lei 8.880/1994. Ocorre que no momento de conversão dos salários de benefício em URV não se aplicou a inflação verificada no mês de fevereiro de 1994, que alcançou o índice de 39,67%.

3. Reconhecendo tal situação, em 2004, foi editada MP 201/2004, posteriormente convertida na Lei 10.999/2004, garantindo a inclusão do percentual de 39,67% (correspondente à variação do IRSM de fevereiro de 1994) na atualização monetária dos salários de contribuição anteriores a março de 1994 que integrem o PBC.

4. A revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, nos termos acima expostos, deve ser realizada, como se verifica, por força de expressa disposição legal, impondo um comportamento positivo à Administração Pública, quanto à revisão do ato administrativo com vistas a atender esse direito fundamental.

5. Nesse contexto, a ação revisional em tela não busca propriamente o reconhecimento da ilegalidade do ato de concessão do benefício, mas, antes, fazer atuar a lei reconhedora da violação do direito previdenciário e da necessária revisão do ato administrativo.

6. Não se cuida de típica ação revisional que teria como condição a iniciativa do interessado, e, sim, de revisão reconhecida em expressa determinação legal, não sendo admissível atribuir a inércia ao particular, quando a omissão é da Administração.

7. Forçoso destacar que a Autarquia Previdenciária em sua IN 45/2010, reconhecia expressamente que as revisões determinadas em dispositivos legais, ainda que decorridos mais de 10 anos da data em que deveriam ter sido pagas, deveriam ser processadas, observando-se somente a prescrição quinquenal.

8. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

(REsp 1.612.127/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/5/2017)

Processual Civil e Previdenciário. Revisão de benefício previdenciário. Decadência. Repercussão geral. Tema n. 313. Acórdão submetido a juízo de retratação. Art. 1.030, II, do CPC. Inviabilidade. Inexistência de contrariedade ao que ficou decidido no RE n. 626.489/RG/SE/STF. Situação fática diversa. Ato administrativo. Demanda ajuizada em 26/1/2007, antes do implemento do prazo decadencial. Controvérsia acerca da aplicação do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 10.999/2004.

1. Retornam estes autos para novo julgamento, por força do inciso II do art. 1.030 do Código de Processo Civil.

2. A circunstância dos autos não se coaduna com a tese apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 626.489/SE, em sede de repercussão geral, pois, no caso vertente, a ação foi ajuizada antes do implemento do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/1991. Afora isso, a controvérsia travada nos autos diz respeito à aplicação ou não do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 10.999/2004.

3. Fica mantido o acórdão proferido pela Sexta Turma, que negou provimento ao agravo regimental do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, afastando a aplicação do entendimento firmado em sede de repercussão geral ao presente caso, por não serem semelhantes.

4. Devolução dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça para que, se for o caso, dê prosseguimento ao processamento do recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I, b, do Código de Processo Civil.

(AgRg no REsp 1.151.454/MS, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 15/3/2017)

Previdenciário. Processual Civil. Decadência. Revisão. Benefício previdenciário. Termo inicial. Lei 10.999/2004. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

1. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal.

2. Aplica-se o prazo de decadência instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao direito de revisão dos benefícios concedidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997). Essa orientação foi reafirmada nos julgamentos dos Recursos Especiais 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, proferidos na sessão de 28.11.2012 (pendentes de publicação), pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008).

3. Na hipótese dos autos, a situação é outra. A decadência deve ser contada a partir da edição da Lei 10.999/2004, de 15 de dezembro de 2004, cujo teor autorizou, expressamente, a revisão dos benefícios concedidos após 1994. Assim, ajuizada a ação em 22.4.2013, não houve implemento da decadência, pois a particularidade do feito revela que o prazo decadencial, em verdade, começou a fluir em 15.12.2004. Cito precedente em caso idêntico: (REsp 1.501.798/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015).

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.580.549/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 31/5/2016)

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço. Revisão da renda mensal inicial. IRSM de fevereiro/94. Decadência. Não ocorrência. Termo inicial. Data da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. Recurso especial conhecido e não provido.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício pela aplicação integral do IRSM de fevereiro/1994 porque a Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004, expressamente garantiu a revisão dos benefícios previdenciários pela inclusão de tal índice no fator de correção dos salários de contribuição anteriores a março de 1994. O presente caso não envolve revisão do ato administrativo que analisou o pedido de deferimento da prestação previdenciária.

4. O termo inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser a edição da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. A ação neste caso foi ajuizada em 11/10/2011, portanto, não se passaram mais de dez anos entre o termo inicial e o ajuizamento da ação.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.501.798/RS, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/5/2015)

Mas, no presente momento, o Ministro Herman está a propor, quanto ao tema específico da decadência e a edição da Lei 10.999/2004, um novo entendimento. Trata-se do julgamento iniciado no Recurso Especial 1.670.907/RS, em 17/10/2017, em que há voto-vista do Ministro Og Fernandes, fundamentando que o prazo previsto no *caput* do artigo 103 é prescricional. Pedi vista desses autos para melhor expor meu raciocínio acerca do termo inicial para contagem do prazo decadencial, em que reiterarei meu posicionamento. A Segunda Turma aguarda o voto-vista da Ministra Assusete Magalhães.

No caso ora em análise, a tese representativa da controvérsia é outra. Consiste em saber se o reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso implica revisão do benefício em manutenção, submetendo-se ao prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, ou se se trata de verdadeira concessão de novo benefício, com núcleo essencial diverso.

No Superior Tribunal de Justiça, é possível elencar algumas decisões proferidas pelos doutos integrantes da Segunda Turma no sentido de que incide o prazo decadencial ao pedido de reconhecimento do benefício mais vantajoso. Colacionam-se os seguintes julgados monocráticos: REsp 1.585.824/RS, Relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe de 15/3/2016; REsp 1.573.016/RS, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 7/3/2016; REsp 1.577.455/SC, Relatoria da Ministra Desembargadora Federal Convocada do TRF-3ª Região Diva Malerbi, DJe 13/4/2016; REsp 1.570.333/RS, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 5/2/2016; REsp 1.570.699/PR, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 5/2/2016; REsp 1.548.473/RS, Relatoria do

Ministro Humberto Martins, DJe 26/11/2015; REsp 1.556.332/SC, Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, DJe 27/10/2015.

A Primeira Turma, na apreciação do REsp 1.324.772/RS, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina, entendeu por bem afastar a decadência do caso analisado, não em razão de o pedido referir-se a benefício previdenciário mais vantajoso, mas por considerar o interstício inferior aos 10 (dez) anos previstos no artigo 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. Referido julgado foi ementado nos seguinte termos:

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Prazo decadencial. Matéria examinada sob o rito dos recursos repetitivos. Consolidação da jurisprudência da Primeira Seção. Decadência afastada. Revisão da renda mensal inicial - RMI. Retroação da data de início do benefício para que seja concedido o de valor mais vantajoso. Direito ao melhor benefício. Possibilidade. Precedentes do STF e deste STJ. Suscitada aplicação de regime híbrido de formas. Ausência de interesse recursal do INSS.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.

2. Conforme entendimento da Primeira Seção desta Corte, o qual foi chancelado no julgamento do REsp 1.309.529/PR e do REsp 1.326.114/SC, ambos de relatoria do Min. Herman Benjamin, pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), a contagem do prazo decadencial, previsto no art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91, introduzido pela Medida Provisória n. 1.523-9, de 27.6.1997, para os benefícios concedidos anteriormente à vigência desse normativo, tem como termo *a quo* a sua publicação. Nesse diapasão, na hipótese ora examinada, não há falar em decadência do direito de revisão do benefício.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento com repercussão geral do RE 630.501/RS (DJe 23/8/2013), firmou entendimento de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício.

4. Da mesma forma, é remansosa a jurisprudência deste STJ no sentido de que, preenchidos que se achassem à época os requisitos legais, o beneficiário faz jus à revisão de sua aposentadoria para que passe a perceber o benefício financeiro mais vantajoso.

5. Quanto à suposta violação do art. 144 da Lei n. 8.213/91, o acórdão recorrido dele não extraiu qualquer consequência prática desfavorável à autarquia, resultando inócua a revisão de sua exegese.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.324.772/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 24/2/2015)

Consigno que há decisão da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferida no REsp 1.403.232/RS, datada de 11/11/2015, cujo enfoque gira em torno do reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso. Nesse julgado não se enfrentou o tema da decadência, mas foram enfatizados os fundamentos contidos no Recurso Extraordinário 630.501/RS, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, no sentido de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício.

Por oportuno, faço menção ao julgamento que se iniciou na Egrégia Primeira Seção, nos Recursos Especiais 1.348.636/SP e 1.348.638/SP, cujo foco da discussão consistiu em reconhecer o direito adquirido à aposentadoria calculada no período denominado Buraco Negro, com sobrestado pedido de vistas deste Relator, aguardando seleção por parte do nobre Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho de novos recursos para afetação ao rito do recurso especial repetitivo.

Do direito adquirido ao melhor benefício previdenciário

É sabido que, em matéria previdenciária, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.

O direito adquirido é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXVI, limitadora do poder de legislar. A mesma proteção jurídica também está prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, em seu artigo 6º, determina o respeito ao direito adquirido.

Essa disposição da Lei de Introdução tem sido inserida, tradicionalmente, como garantia fundamental. Em seu § 2º, encontra-se a definição de direito adquirido, nos seguintes termos: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

O ponto comum e de convergência do tema assenta-se na integração desse direito, constituído de forma idônea na vigência de uma lei, ao patrimônio jurídico de uma pessoa.

Para Luís Roberto Barroso, em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 5ª edição, editora Saraiva, p. 219, “o direito adquirido traduz a

situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nessa hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova”.

Quando a lei previdenciária nova for menos favorável ao segurado e não ressaltar o direito adquirido ou não estabelecer normas de transição que conciliem a mudança do regime com a expectativa do direito, o Judiciário deve garantir, para fins de percepção de benefício, a aplicação da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos. O fato de o segurado não haver requerido a aposentadoria não o faz perder seu direito. Trata-se de distinguir a aquisição do direito do seu exercício. Preserva-se, portanto, o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular.

Direito adquirido, visto como um complexo fático-jurídico consolidado pelo transcurso do tempo, é decorrência, pois, do Estado de Direito.

Da imprescritibilidade do direito ao benefício previdenciário

Os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais. Logo, a pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário, observando-se o parágrafo único do artigo 103 da Lei 8.213/1991 c/c o artigo 1º do Decreto 20.910/1932.

Os direitos fundamentais não se submetem ao regime de preclusão temporal, não se admitindo sua extinção em decorrência do não exercício em tempo razoável, sob pena de retirar a proteção social, ameaçando a própria subsistência do trabalhador segurado. O trabalhador não pode ser penalizado por não requerer o benefício em momento posterior ao do aperfeiçoamento dos pressupostos legais para sua concessão.

A jurisprudência do STJ, em recentes julgados, consolidou o entendimento de que, nos feitos relativos à concessão de benefício, não prescreve o fundo de direito, mas apenas as verbas pleiteadas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação.

Colacionam-se alguns precedentes:

Processual Civil. Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Prescrição de fundo de direito. Inocorrência. Súmula n. 85/STJ. Inaplicabilidade.

I - É entendimento pacífico desta Corte que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, não sendo atingido pela prescrição de fundo de direito, porquanto se constitui em relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, incidindo a prescrição somente sobre as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Precedentes.

II - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

III - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.415.397/PB, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 17/6/2015)

Previdenciário. Recurso especial. Benefício assistencial. Lei 8.742/1993 e Lei 10.741/2003. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Recurso especial conhecido e não provido.

1. A questão central do recurso especial gira em torno da ocorrência ou não da prescrição da pretensão ao reconhecimento do benefício de amparo social.

2. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 20 da Lei n. 8.742/1993 e também pela Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso. Consiste no pagamento de um salário mínimo mensal às pessoas com deficiência ou idosas, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

3. O benefício em exame está consubstanciado nos fundamentos do Estado democrático de direito, tais como o da erradicação da pobreza e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se ao cidadão brasileiro o mínimo existencial.

4. Relativamente à ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito, parte-se da definição de que os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais.

5. A pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário.

Inteligência do parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991.

6. Recurso especial conhecido mas não provido.

(REsp 1.349.296/CE, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/2/2014)

Previdenciário. Concessão de benefício. Aposentadoria rural. Prescrição do fundo do direito. Não ocorrência. Art. 103 da Lei n. 8.213/91.

1. Na hipótese de concessão de benefício previdenciário, é sabido que a prescrição não atinge o direito ao benefício, mas somente as prestações não pagas, conforme se infere da leitura das redações, a antiga e a atual, do art. 103 da Lei n. 8.213/91.

2. “Em matéria de previdência social, a prescrição só alcança as prestações, não o direito, que pode ser perseguido a qualquer tempo.” (REsp 1.319.280/SE, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, DJe 15/8/2013.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.384.787/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 10/12/2013)

Previdenciário. Restabelecimento. Aposentadoria por idade rural. Prequestionamento implícito. Possibilidade. Súmula 211/STJ. Inaplicabilidade. Decadência. Prescrição. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/91.

1. O STJ admite o prequestionamento implícito nas hipótese em que os pontos debatidos no Recurso Especial foram decididos no acórdão recorrido, sem explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão. No caso dos autos, embora o Tribunal de origem não tenha feito menção expressa aos arts. 103 e 103-A da Lei 8.2013/1991, emitiu juízo de valor a respeito da prescrição. Assim, não há falar em aplicação da Súmula 211/STJ, já que ficou corretamente caracterizado o prequestionamento da matéria.

2. Quanto à prescrição, em se tratando de benefício previdenciário, incide na hipótese de revisão do ato de concessão/indeferimento de benefício o disposto no art. 103 da Lei 8.213/1991: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

3. Por sua vez, “prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveria ter sido paga, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil”, conforme dispõe o art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991.

4. Enquanto o prazo para revisão do ato de concessão/indeferimento de benefício é de dez anos, o prazo para haver prestações não pagas pela Previdência Social é quinquenal.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.398.869/PB, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/10/2013)

Previdenciário. Urbano. Tempo de serviço em condições especiais. Reconhecimento. Prescrição. Início de prova documental. Declaração de empresa em atividade. Conversão de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial.

I – O reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais, para fins de concessão de benefício previdenciário, é matéria de direito previdenciário que, consoante art. 103, da Lei 8.213/91, na redação original vigente por ocasião do ajuizamento da ação, não alberga a prescrição de fundo, senão das parcelas não pagas nem reclamadas na época própria.

II – Declaração de empresa em atividade, ainda que extemporânea ao tempo de serviço reclamado, serve como início de prova documental da atividade especial, a ensejar o reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais. Precedentes.

III – Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 253.365/PE, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 27/8/2001)

Consoante regra geral de hermenêutica previdenciária, o segurado, ao preencher os requisitos legalmente exigidos para se aposentar, adquire o direito correspondente, direito que passará a integrar o seu patrimônio jurídico. Tratando-se de direito já incorporado ao patrimônio jurídico, a falta de seu exercício não acarreta, por si só, a perda do direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, a qualquer tempo.

Acerca do fundo de direito, o STJ já firmou orientação de que não prescreve o fundo do direito referente ao benefício previdenciário, de modo que é suscetível apenas de sofrer os efeitos da prescrição das parcelas vencidas e impagas na época própria. Tanto é verdade essa assertiva que, se o segurado vier a perder essa qualidade após o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão de aposentadoria ou pensão junto ao Regime Geral de Previdência Social, isso não afetará o seu direito ou o de seus dependentes de obterem o benefício respectivo, de acordo com o previsto no § 1º do artigo 102 da Lei 8.213/1991.

O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso não trata de revisão pura e simples do ato concessório de benefício previdenciário, mas à ela se equipara, porque implica a substituição do ato de concessão. Revisão pura e simples corresponde à discussão acerca das parcelas integrantes do mesmo benefício, o reestudo, a releitura das condições de sua concessão, porque identificado erro no cálculo do benefício.

Supremacia do interesse público como princípio máximo da Administração Pública previdenciária

A supremacia do interesse público, alicerce de todo o direito público, está inserida no reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso. A finalidade dos atos administrativos, como bem observa Leonardo Carneiro da Cunha, à página 31 de sua obra intitulada *A Fazenda Pública em Juízo*, deve ser informada pelo interesse público. A própria Administração previdenciária reconheceu esse interesse público e vinculou-se a ele, por intermédio de sua regulamentação normativa. A Fazenda Pública igualmente está destinada a preservá-lo.

A própria Administração previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2015 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso. Confira-se *in verbis*: “o INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido”.

Os §§ 3º e 4º do artigo 56 do Decreto 3.048/1999 ressalvam ao segurado, independentemente da data do requerimento do benefício, o direito à aposentadoria pelas condições legalmente previstas à época do cumprimento de todos os requisitos, assegurando sua concessão pela forma mais benéfica, desde a entrada do requerimento.

Ainda, nos termos do Enunciado 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social elaborado à luz do Decreto 611/1992, “a Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

Posição do Supremo Tribunal Federal: observância dos RE 630.501/RS e RE 626.489/SE

Quanto ao reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso sob o ângulo do direito adquirido, é preciso assentar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 630.501/RS, cuja repercussão geral fora reconhecida, firmou entendimento de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício. Confira-se a ementa:

Aposentadoria. Proventos. Cálculo. Cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – Ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.

(RE 630.501/RS, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 21/2/2013, DJe 26/8/2013)

Conforme acentuado no voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, condutor do acórdão do RE 630.501/RS, que se formou por maioria, o direito adquirido ao melhor benefício implica a possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e a renda mensal que estaria percebendo, se houvesse requerido o benefício em momento anterior em que reuniu os requisitos.

No julgamento do RE 630.501/RS foi enfatizado: admitir que circunstâncias posteriores possam implicar renda mensal inferior àquela garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos, é permitir que o direito adquirido não possa ser exercido tal como adquirido. Assim, o direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção.

Na repercussão geral em destaque, ficou esclarecido: para se apurar o direito adquirido ao melhor benefício, recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a data do início do benefício à data em que já teria sido possível exercer o direito à aposentadoria. Os pagamentos é que não retroagem à nova data de início do benefício, pois dependentes do exercício do direito.

A *ratio decidendi* desse importante precedente foi a de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador. A garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova também foi destacada no precedente de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante § 1º do artigo 102 da Lei 8.213/1991, acrescido pela Lei 9.528/1997. A alteração posterior nas circunstâncias de fato não suprime o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular.

O Supremo Tribunal Federal, posteriormente ao julgamento do RE 630.501/RS, em repercussão geral reconhecida no RE 626.489/SE, ao analisar o tema da decadência do direito de o segurado revisar seu benefício, muito embora não tenha enfrentado a tese aqui classificada como representativa da controvérsia, assentou as seguintes premissas em destaque:

II. *Validade e alcance da instituição de prazo para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário*

6. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) constitui um sistema básico de proteção social, de caráter público, institucional e contributivo, que tem por finalidade segurar de forma limitada trabalhadores da iniciativa privada. A previdência social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III).

7. Cabe distinguir, porém, entre o direito ao benefício previdenciário em si considerado - isto é, o denominado fundo do direito, que tem caráter fundamental - e a graduação pecuniária das prestações. Esse segundo aspecto é fortemente afetado por um amplo conjunto de circunstâncias sociais, econômicas e atuariais, variáveis em cada momento histórico. Desde a pirâmide etária e o nível de poupança privada praticado pelo conjunto de cidadãos até a conjuntura macroeconômica, com seu impacto sobre os níveis de emprego e renda.

8. Isso faz com que a definição concreta do sistema de previdência precise equacionar interesses por vezes conflitantes: dos trabalhadores ativos e dos segurados, dos contribuintes abastados e das pessoas mais humildes, da geração atual e das futuras. Em linha de princípio, a tarefa de realizar esse complexo equilíbrio situa-se na esfera de formação do legislador, subordinando-se à decisão política das majorias parlamentares. Somente haverá invalidade se a escolha legislativa desrespeitar o núcleo essencial do direito em questão. Resta saber se a instituição do prazo ora analisado e a sua incidência sobre os benefícios já concedidos incorreu ou não nesse tipo de vício.

9. Entendo que a resposta é negativa. No tocante ao direito à obtenção de benefício previdenciário, a disciplina legislativa não introduziu prazo algum. Vale dizer: o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esse ponto é reconhecido de forma expressa no art. 102, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, bem como em diversas passagens em que a referida lei apenas dispõe que o atraso na apresentação do requerimento fará com que o benefício seja devido a contar do pedido, sem efeito retroativo. Nesse sentido, permanecem perfeitamente aplicáveis as Súmulas 443/STF e 85/STJ, na medida em que registram a imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido.

10. A decadência instituída pela MP n. 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário. Em outras palavras: a pretensão de discutir a graduação econômica do benefício já concedido. Como é natural, a instituição de um limite temporal máximo destina-se a resguardar a segurança jurídica, facilitando a previsão do custo global das prestações devidas. Em rigor, essa é uma exigência relacionada à manutenção do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, propósito que tem motivado sucessivas emendas constitucionais e medidas legislativas. Em última análise, é desse equilíbrio que depende a

continuidade da própria Previdência, não apenas para a geração atual, mas também para as que se seguirão.

11. Com base nesse raciocínio, não verifico inconstitucionalidade na criação, por lei, de prazo de decadência razoável para o questionamento de *benefícios já reconhecidos*. Essa limitação incide sobre o aspecto patrimonial das prestações. Não há nada de revolucionário na medida em questão. É legítimo que o Estado-legislador, ao fazer a ponderação entre os valores da justiça e da segurança jurídica, procure impedir que situações geradoras de instabilidade social e litígios possam se eternizar. *Especificamente na matéria aqui versada, não é desejável que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário possa ficar indefinidamente sujeito à discussão*, prejudicando a previsibilidade do sistema como um todo. Esse ponto justifica um comentário adicional.

12. O Regime Geral de Previdência Social é um sistema de seguro na modalidade de repartição simples, a significar que todas as despesas são diluídas entre os segurados. Não se trata, portanto, de um conjunto de contas puramente individuais, e sim de um sistema fortemente baseado na solidariedade. Isso aumenta a interdependência entre os envolvidos. Diante disso, há maior razão para a estipulação de um prazo razoável para a revisão de atos de concessão, conciliando os interesses individuais com o imperativo de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. (Destaques nossos)

Depreende-se do destacado precedente do Supremo Tribunal Federal que o direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não há de ser afetado pelo decurso do tempo, apenas no tocante ao crédito dele decorrente.

O prazo decadencial incide sobre o conteúdo do ato administrativo: período básico de cálculo; salários de contribuição; salário de benefício; e incidência ou não do fator previdenciário sobre o cálculo; e a renda mensal inicial desse cálculo. Esses são os aspectos econômicos do cálculo do benefício.

O STF protege o núcleo do direito fundamental. Permite possa o direito fundamental ao benefício previdenciário ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esses são os dizeres do próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 626.489/SE. A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário, em outras palavras, a pretensão de discutir os componentes que formaram a graduação econômica do benefício já concedido.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no *caput* do artigo 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício.

Conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que a decadência justifica-se como respeito ao erário, ao dinheiro público, como ele é gasto, evitando descompasso nas contas da previdência social. Se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria. Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria.

Da incidência do prazo previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 nas hipóteses de reconhecimento de benefício previdenciário mais vantajoso, observância da orientação do Supremo Tribunal Federal

Muito embora nos autos do ARE 704.398/RS, DJe de 25/2/2014, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, tenha sido firmado que se situa no plano da legalidade, e não da constitucionalidade, a controvérsia trazida referente à interpretação do termo “revisão”, infere-se das repercussões gerais citadas, que o Supremo Tribunal Federal faz incidir o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 à pretensão em se reconhecer o direito ao melhor benefício.

Destarte, devo me curvar à orientação do Supremo Tribunal Federal, contida no RE 630.501/RS, ainda que no meu modo de sentir, o prazo decadencial contido no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não deva incidir para o pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso, por se tratar de um outro núcleo essencial. O reconhecimento do benefício mais vantajoso equipara-se à pretensão revisional.

Conclusões

O direito ao benefício em si não está sujeito à preclusão do fundo de direito, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado e não é permitido pelo próprio ordenamento que lei modifique-o ou extinga-o.

O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário.

O reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão do ato concessório de aposentadoria.

O equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário é promovido e coberto também pelas contribuições previdenciárias vertidas pelos segurados. As relações jurídicas com a previdência social devem estar protegidas e asseguradas pela estabilidade. O prazo de dez anos previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 alcança o ato concessório, de modo a delimitar, no tempo, a possibilidade de alterá-lo e/ou substituí-lo.

O segurado tem, portanto, dez anos, para aferir a viabilidade de alteração do seu ato de concessão de aposentadoria, após o qual caducará o direito adquirido ao melhor benefício.

Tese representativa da controvérsia

Por conseguinte, fica assentada a tese, para fins de recurso especial repetitivo de que, *incide o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.*

Do caso concreto

Discute-se acerca do direito adquirido ao cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário segundo as regras vigentes antes do advento das Leis 7.787/1989 e 7.789/1989.

Entende a parte demandante que, como contribuía até as alterações legislativas com base em um teto de contribuição de vinte salários mínimos, nos termos do artigo 4º da Lei 6.950, de 4/11/1981, e antes dos citados diplomas legais, já havia preenchido os requisitos para obtenção da aposentadoria com base em norma anterior, que lhe seria mais vantajosa.

No caso, a aposentadoria fora concedida em 7/10/1991 e a ação ajuizada em 16/4/2009.

A pretensão da parte autora/recorrente, embora não tenha conotação revisional *stricto sensu* indicada no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, equipara-se à revisão, submetendo-se, portanto, ao prazo decadencial.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

Ementa: Previdenciário. Recurso especial admitido como repetitivo. Tema 966/STJ. *Reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso. Não incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991.* Implementação dos requisitos legais para concessão de benefício mais vantajoso em momento anterior à concessão do benefício em manutenção. Recurso especial do segurado provido.

1. Cinge-se a controvérsia em determinar se o prazo decadencial decenal previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 incide nas hipóteses em que o Segurado busca a retroação da data inicial do benefício à data de implemento dos requisitos necessários para a concessão de aposentadoria mais vantajosa, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

2. Deve-se ressaltar que a questão central dos autos envolve o reconhecimento ao direito adquirido a um benefício mais vantajoso do que aquele que percebe o Segurado, o que denota a importância da tese que se enfrenta, amparada no reconhecimento de um direito social de extrema fundamentalidade.

3. Os Direitos Sociais demandam uma ação vigilante do Poder Público, que deve agir de modo a proteger qualquer violação à tais garantias, especialmente, quando se cuida de benefício de caráter alimentar, que proporciona a sobrevivência e a vida digna do indivíduo. Nessas ações é que se faz mais imperativa a necessidade de o Estado atuar de modo a conferir a máxima proteção ao cidadão, garantindo-lhe o mínimo existencial para uma vida com dignidade.

4. O decurso de tempo não pode legitimar a violação de um direito fundamental, que deve ser respeitado e efetivado em sua integralidade. Afinal, o reconhecimento da preclusão temporal para fins de concessão de benefício previdenciário expõe seu beneficiário à situação de risco social, entregando-o à própria sorte mesmo quando seja inegável que faz jus a determinada forma de proteção social.

5. Tal orientação foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, sob o rito de repercussão geral,

onde o Exmo. Min. Rel. *Luís Roberto Barroso*, consignou que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário.

6. Para exame da controvérsia, é preciso delimitar o conceito de melhor benefício, entendido, aqui, como o direito à percepção do benefício mais vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação.

7. Em outras palavras, é assegurado o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício no momento em que o Segurado preenche os requisitos para o gozo de determinado benefício, ainda que lei posterior o revogue, altere seus critérios de concessão ou de cálculo.

8. O reconhecimento do direito adquirido nessas hipóteses visa tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando aos Segurados a incorporação do direito à concessão do benefício em seu patrimônio jurídico, ainda que o Segurado não requeira a concessão da prestação no momento do preenchimento dos requisitos necessários, não há perda do direito, que poderá ser exercido há qualquer tempo.

9. A própria Autarquia Previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2016 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o Segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso, reconhecendo que o INSS deve conceder o melhor benefício a que o Segurado fizer jus, cabendo ao Servidor orientar nesse sentido.

10. Assim, se há falar em inércia, esta deve ser imputada ao INSS que descumpriu a sua função de reconhecer o direito a benefício mais vantajoso a que fazia jus o Segurado.

11. Cumpre, então, analisar a possibilidade de reconhecimento da decadência do exercício do direito de pleitear a revisão de benefício fundamentada no direito adquirido ao melhor benefício.

12. A ação que busca o recálculo da RMI, com fundamento no reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, não busca alterar o ato de concessão do benefício em manutenção, almeja, em

verdade, a concessão de novo benefício, em momento anterior, a partir do exame da legislação e das premissas fáticas estabelecidas no momento de aquisição do direito.

13. Assim, se o fundamento da revisão do melhor benefício é o reconhecimento de direito adquirido a benefício incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado, que atende a todas as exigências legais e de custeio vigentes no momento de implemento dos requisitos, direito este que pode ser exercido a qualquer tempo, não havendo indeferimento expresso da Administração de tal reconhecimento, não há que se falar em incidência de prazo decadencial em tais ações.

14. De fato, o prazo decadencial, elencado no art. 103 da Lei 8.213/1991, atinge o direito à revisão do ato de concessão do benefício, limitando-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração, nem atingir o direito à concessão do benefício, ao estabelecer que *o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção* (REsp 1.326.114/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 13.5.2013).

15. Não há que se falar em desequilíbrio financeiro atuarial com o reconhecimento de tal direito, vez que as contribuições para aquisição do direito ao benefício foram vertidas à época própria. Ademais, se todo problema jurídico relevante da Seguridade Social for pensado na perspectiva das despesas sociais, não seriam necessárias as instituições públicas, dado que é precisamente a dimensão da equidade que conforma um sistema social solidário e possibilita a própria sustentabilidade social.

16. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: não incide o prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.

17. Recurso especial do Segurado conhecido e provido.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Achiles Romeu Perussolo*, com fundamento na alínea *c* do

art. 105, III da Carta Magna, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Previdenciário. Decadência. Direito adquirido ao melhor benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado "direito adquirido ao melhor benefício".

2. Nas razões do seu Apelo Especial, sustenta o recorrente que não incide o prazo decadencial nas ações em que se busca o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício.

3. O Ministério Público Federal manifestou parecer pelo desprovimento do recurso, defendendo a incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, ainda que se trata de revisão fundada no reconhecimento ao direito do melhor benefício.

4. Nas sessão do dia 16 de junho de 2018, o Exmo. Min. Relator *Mauro Campbell Marques* negou provimento ao Recurso Especial, entendendo pela fixação da tese de que o prazo decadencial insculpido no art. 103 da Lei 8.213/1991 aplica-se, igualmente, às ações que buscam a revisão de benefício com fundamento no reconhecimento ao direito adquirido ao melhor benefício.

5. Pedi vista para examinar com mais vagar a situação discutida nos autos.

6. Cinge-se, assim, a controvérsia, em determinar se o prazo decadencial decenal previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 incide nas hipóteses em que o Segurado busca a retroação da data inicial do benefício à data de implemento dos requisitos necessários para a concessão de aposentadoria mais vantajosa, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

7. De início, é importante frisar que a questão central dos autos é o reconhecimento ao direito adquirido a um benefício mais vantajoso do que aquele que percebe o Segurado.

8. Nota-se, assim, a importância da tese que se enfrenta. Amparada no reconhecimento de um direito social de extrema fundamentalidade.

9. Não se pode deixar de anotar que os Direitos Sociais invocam uma ação vigilante do Poder Público, que deve agir de modo a proteger qualquer violação à tais garantias, especialmente, quando se cuida de benefício de caráter alimentar, que proporcionam a sobrevivência e a vida digna do indivíduo. Nessas ações é que se faz mais imperativa a necessidade de o Estado atuar de modo a conferir a máxima proteção ao cidadão, garantindo-lhe o mínimo existencial para uma vida com dignidade.

10. Das lições do Professor PAULO BONAVIDES, extrai-se a orientação de que *os direitos sociais recebem em nosso Direito Constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais contidos em cláusulas pétreas, consoante artigo 60 da Carta* (CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 657).

11. Para exame da controvérsia, é preciso delimitar o conceito de *melhor benefício*, entendido, aqui, como o direito à percepção do benefício mais vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação.

12. Em outras palavras, é assegurado o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício no momento em que o Segurado preenche os requisitos para o gozo de determinado benefício, ainda que lei posterior o revogue, altere seus critérios de concessão ou seus critérios de cálculo.

13. O reconhecimento do direito adquirido nessas hipóteses visa a tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando o aos Segurados a incorporação do direito à concessão do benefício em seu patrimônio jurídico, ainda que o Segurado não requeira a concessão da prestação no momento em que preenche os requisitos necessários, não há perda do direito, que poderá ser exercido há qualquer tempo.

14. Define-se, assim, o direito ao melhor benefício como o direito a determinada RMI, calculada segundo os critérios legais e pressupostos fáticos vigentes no momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção, nos termos da lei vigente à época da aquisição do direito.

15. O reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 630.501/RS, Rel. Min. *Ellen Gracie*, DJe 36.8.2013, em repercussão geral, em que se garantiu ao Segurado a possibilidade de ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal

inicial obtida e a renda mensal que estaria percebendo, se houvesse requerido o benefício em momento anterior em que reuniu os requisitos, balizando, deste modo, o entendimento de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

16. De fato, os benefícios previdenciários envolvem direitos fundamentais, razão pela qual não se submetem ao regime de preclusão temporal, não havendo que se falar em sua extinção em razão do seu não exercício, sob pena de violação à proteção social que tal direito busca assegurar. Não pode o Segurado ser penalizado por não requerer o benefício em momento posterior ao preenchimento dos requisitos legais para a sua concessão, nem pode a Administração negar a concessão de benefício incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

17. Conforme alerta o ilustre Professor JOSÉ ANTONIO SAVARIS:

A situação jurídica fundamental em direito previdenciário é, evidentemente, o direito ao benefício previdenciário integralmente considerado. De sua parte, o direito a perceber as diferenças devidas que decorem de uma situação jurídica fundamental (direito ao benefício) “renasce cada vez” em que o direito é devido, conforme a periodicidade de seu pagamento, e, “por isso se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos”.

Nas obrigações previdenciárias, por se traduzirem em obrigações de trato sucessivo, o direito aos valores devidos se renova de tempo em tempo, pois o prazo prescricional renasce a cada vez que se torna exigível a prestação seguinte (Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2012, p. 310).

18. Sinteticamente, pode-se afirmar que o Segurado, quando preenchidos os requisitos para a concessão de aposentadoria, incorpora ao seu patrimônio jurídico o direito à tal concessão, não havendo que se falar na perda do direito pelo transcorrer do tempo.

19. Registrando-se que a própria Autarquia Previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2016 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o Segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso, reconhecendo que o INSS deve conceder o melhor benefício a que o Segurado fizer jus, cabendo ao Servidor orientar nesse sentido.

20. Assim, se há que falar em inércia, esta deve ser imputada ao INSS que descumpriu a sua função de reconhecer o direito a benefício mais vantajoso a que fazia jus o Segurado.

21. Cumpre, então, analisar a possibilidade de reconhecimento da decadência do exercício do direito de pleitear a revisão de benefício fundamentada no direito adquirido ao melhor benefício.

22. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.326.114/SC, firmou o entendimento de que, embora a Lei 9.528/1997 não possa operar de maneira retroativa, a data de sua edição (28.6.1997) deve ser o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para a revisão de benefícios concedidos antes de sua vigência.

23. Como bem pontua o Min. *Herman Benjamin*, por ato de concessão deve-se entender toda manifestação exarada pela Autarquia Previdenciária sobre o pedido administrativo de benefício previdenciário e as circunstâncias fático-jurídicas envolvidas no ato, como as relativas aos requisitos e aos critérios de cálculo do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

24. Assim, fixou-se a orientação de que o prazo decadencial, elencado no art. 103 da Lei 8.213/1991, afeta o direito à revisão do ato de concessão do benefício, limitando-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração, nem atingir o direito à concessão do benefício, ao estabelecer que *o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção* (REsp 1.326.114/SC, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 13.5.2013).

25. Baseada nessas premissas esta Corte tem afastado a incidência do art. 103 da Lei 8.213/1991 em diversas hipóteses, como por exemplo, nas ações que cuidam de pedido de revisão envolvendo questões não analisadas pela Administração no momento do requerimento administrativo; revisões amparadas em tempo de serviço reconhecido posteriormente à concessão do benefício em ação trabalhista ou quando a revisão está fundada em atos posteriores ao ato de concessão do benefício, como no caso da revisão que busca a adequação do valor do benefício previdenciário aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

26. No caso dos autos, o reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso não pode, assim, ser interpretado como revisão do ato concessório do benefício previdenciário, se tal pleito não foi analisado no momento da concessão. Tal ação deve ser vista como um pleito de concessão, objetivando o benefício mais vantajoso já incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado.

27. Não há que se falar em revisão do ato de concessão do benefício em gozo, mas do exame de uma nova concessão submetida a regramento legal totalmente diverso do aplicado, quando do deferimento do benefício em vigência.

28. Como visto, se o suporte de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário, não há que se falar em decadência da ação em que se busca o reconhecimento do direito adquirido a benefício mais vantajoso incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado em momento anterior ao gozo do benefício em manutenção.

29. Impõe-se, assim, reconhecer que o Segurado tem a garantia de ver apreciado o pedido de reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso de acordo com a data em que preencheu os requisitos necessários à sua concessão, mesmo após os dez anos fixados na Lei de Benefícios, porque o *caput* do artigo 103 não se aplica a esse situação jurídica. Haverá, em verdade, com o cálculo do novo benefício, nova renda mensal inicial, consequência matemática da fórmula estipulada na lei revogada, que se quer ver executada de forma ultrativa.

30. No magistério do já citado Professor JOSÉ ANTÔNIO SAVARIS:

Essa revisão se dá a partir de um distinto fundamento, qual seja, o direito adquirido que se manifesta na incorporação da prestação previdenciária mais vantajosa ao patrimônio jurídico do beneficiário.

O que se pretende, então, é a substituição do benefício previdenciário em gozo por outro mais vantajoso - que pode ser da mesma espécie do anterior - com DIB (data de início do benefício) em momento anterior no tempo. Mas não é apenas o caso de retroação da DIB, pois podemos encontrar situações nas quais, em momento anterior, o segurado tinha direito a benefício de outra espécie mais vantajoso do que aquele que lhe foi concedido e lhe é mantido pelo INSS (Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Alteridade, 6ª edição, 2016, p. 713).

31. Por fim, cabe colocar que não há que se falar em desequilíbrio financeiro atuarial com o reconhecimento de tal direito, vez que as contribuições para aquisição do direito ao benefício foram vertidas à época própria. Nem se poderia admitir que o argumento econômico alegado sem qualquer comprovação por parte da Autarquia pudesse servir como fundamento de negativa de um direito fundamental reconhecidamente incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo.

32. Propõe-se, assim, a fixação da seguinte tese: ***não incide o prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.***

33. Ante o exposto, com a devida vênia ao Ilustre relator, divirjo do entendimento apresentado, para conhecer do Recurso Especial do Segurado e lhe dar provimento, afastando a decadência reconhecida nas instâncias ordinárias. Determinando-se o retorno dos autos à origem para prosseguir no julgamento do feito.

34. É como voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: A questão controvertida diz respeito à incidência, ou não, do prazo decadencial, previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, na hipótese em que o segurado busca o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, cujos requisitos foram reunidos em momento anterior ao benefício já concedido.

Não obstante os entendimentos divergentes, acompanho o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*.

Com efeito, reconheço que, uma vez reunidos os requisitos legais, o segurado adquire o direito ao benefício previdenciário, podendo requerê-lo a qualquer tempo, sem limite temporal, porquanto se trata de direito fundamental, assegurado constitucionalmente.

Porém, uma vez concedido o benefício – ainda que não tenha sido o melhor, ou o mais vantajoso –, nasce, para o beneficiário, novo direito, qual seja, o de pedir a revisão do ato de concessão, pedido que estará sujeito ao prazo decadencial de 10 (dez) anos, conforme expressamente previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Vale observar que o STF, no julgamento do RE 626.489/SE, sob o regime da repercussão geral, concluiu pela inexistência de prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário, ou seja, para o segurado requerer o benefício previdenciário – que é direito fundamental, e, assim, não sujeito aos efeitos do prazo decadencial –, hipótese estranha à discussão e ao caso ora em análise, em que a pretensão não é o reconhecimento do direito de receber o benefício, pois já foi ele concedido, mas, antes, de revisar a sua renda mensal inicial, com fundamento no direito adquirido ao melhor benefício.

O STF examinou, especificamente, o direito adquirido ao melhor benefício, no julgamento do RE 630.501/RS, igualmente sob o rito da repercussão geral, concluindo que, também nesse caso, devem ser respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição das parcelas já vencidas.

A propósito, o Ministro *Mauro Campbell Marques*, no seu voto, invocando referidos precedentes do STF, destacou que “o prazo decadencial incide sobre o conteúdo do ato administrativo: período básico de cálculo; salários de contribuição; salário de benefício; a incidência ou não do fator previdenciário sobre o cálculo; e a renda mensal inicial desse cálculo. Esses são os aspectos econômicos do cálculo do benefício. *O STF protege o núcleo do direito fundamental. Permite possa o direito fundamental ao benefício previdenciário ser exercido a qualquer tempo, sem que atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário.* Esses são os dizeres do próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 626.489/SE. *A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário, em outras palavras, a pretensão de discutir os componentes que formaram a graduação econômica do benefício já concedido. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no caput do art. 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício”.*

Asseverou o Relator, ainda, que, “conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que (...) *se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria. Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria”.*

Realmente, em caso como o dos autos, em que o direito fundamental ao benefício previdenciário, garantido constitucionalmente, já foi exercido e concedido, pretendendo-se agora o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, quanto ao cálculo da renda mensal inicial, o que se quer, de fato, é a revisão do ato concessório do benefício, que, na forma dos aludidos precedentes do STF, sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos, previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Nesse contexto, entendo que, também para esses casos, deve ser aplicado o entendimento firmado no julgamento do Tema 544/STJ, nos Recursos Especiais repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, no sentido de que “incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, *no direito de revisão* dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência”.

Com efeito, o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques* – que, anteriormente, decidia em sentido diverso –, apoiou-se nas premissas fixadas pelo STF, nos aludidos Recursos Extraordinários 630.501/RS e 626.489/SE, de observância obrigatória, por julgados sob o regime da repercussão geral, pelo que não tenho dúvida em acompanhá-lo.

Em face do exposto, pedindo a mais respeitosa vênua àqueles que dele divergiram, acompanho o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, inclusive no caso concreto, para conhecer e negar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se, na origem, de ação ajuizada por *Achiles Romeu Perussolo*, beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB em 07.10.1991), objetivando o reconhecimento do direito adquirido ao cálculo do benefício com base na Lei n. 6.950/81, diploma vigente à época em que preencheu os requisitos legais para a concessão do benefício.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos (fls. 136/139e):

Por se cuidar de direito subjetivo já incorporado ao patrimônio do segurado, não pode a lei nova prejudicá-lo pelo fato de não ter sido exercido antes. Assim, é direito do segurado o recálculo da renda mensal inicial, consideradas as prestações vertidas até 02-07-89, dia imediatamente anterior ao do início da vigência da Lei 7.787/89, publicada em 03-07-89.

Quando entrou em vigor a Lei 7.787, em 02-07-89, o autor contava 35 anos, 05 meses e 08 dias de serviço, revelando-se, portanto, o direito à aposentadoria integral, com RMI de 100% do salário de benefício, pois preenchidos os requisitos para a sua concessão.

O tribunal de origem proveu parcialmente a apelação do INSS e a remessa necessária para reconhecer a prescrição quinquenal a contar do ajuizamento da demanda e fixar os consectários legais de acordo com os índices oficiais vigentes em cada período, consoante ementa que transcrevo (fls. 180/188e):

Previdenciário. Revisão. Decadência. Teto de contribuição de 20 salários mínimos de referência. Lei 6.950/81. Leis 7.787/89 e 7.789/89. Direito adquirido. Preenchimento dos requisitos. Possibilidade da aplicação do artigo 144 da Lei n. 8.213/91.

1. Os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 (data da edição da MP 1.523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial.

2. Tendo a parte autora preenchido os requisitos para a concessão do benefício antes do advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, tem direito adquirido ao benefício calculado de acordo com a legislação anterior.

3. Reconhecido o direito adquirido ao cálculo da RMI em data anterior ao advento da sistemática instituída pelas Leis 7.787/89 e 7.789/89, o benefício teria sido concedido no denominado "buraco negro", de modo que aplicável em tese o disposto no artigo 144 da Lei 8.213/91.

4. Na aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91, ou se reconhece direito adquirido ao cálculo da RMI com base na legislação vigente antes das modificações legislativas, caso mais favorável ao segurado (o que é improvável), ou se reconhece o direito à incidência integral da Lei 8.213/91. Assim, não se cogita, com a aplicação do artigo 144 da lei 8.213/91, da possibilidade de a nova renda mensal a ser implantada a partir de junho de 1992 ser superior ao limite de salário-de-contribuição no referido mês (art. 144 c.c. art. 33 da Lei 8.213/91, na redação original).

5. Como a hipótese é de reconhecimento de direito adquirido, a RMI fictícia deverá ser apurada em 01/07/89, computando-se os salários-de-contribuição vertidos até junho/89, e utilizando-se o limitador do salário-de-benefício e da RMI vigente em julho/89. Obtida a RMI em 01/07/89, ela deverá ser atualizada com base nos índices aplicáveis ao reajustamento dos benefícios da previdência social até a DER, observados obviamente os efeitos do artigo 144 da Lei 8.213/91. Somente deverá ser aplicada proporcionalidade no primeiro reajuste posterior a julho/89 (art. 41, II, da Lei 8.213/91 - redação original), pois na DER o benefício, como reconhecido o direito adquirido em data anterior, em rigor já seria um benefício em manutenção.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 202/206e).

A Autarquia Previdenciária interpôs recurso especial objetivando o reconhecimento da incidência do prazo decadencial para a revisão do ato de

concessão do benefício previdenciário, que restou sobrestado pelo Sr. Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com base no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (fl. 313e).

Após o julgamento do Tema 544/STJ, o Sr. Presidente do Tribunal *a quo* determinou a remessa dos autos à Turma Julgadora, para juízo de adequação, de acordo com os arts. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil de 1973 e 308, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fl. 326e).

Procedendo a novo julgamento da apelação interposta pelo INSS e da remessa necessária, a Turma Julgadora reconheceu a decadência, nos seguintes termos (fls. 344/345e):

Previdenciário. Decadência. Direito adquirido ao melhor benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado "direito adquirido ao melhor benefício".

Opostos embargos de declaração pelo segurado, foram parcialmente providos, sem efeitos infringentes, para acrescer fundamentos ao acórdão embargado e dar por prequestionados os dispositivos legais e constitucionais apontados (fls. 372/373e):

Previdenciário e Processo Civil. Decadência. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade e contradição. Não ocorrência. Prequestionamento.

A natureza reparadora dos embargos de declaração só permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal. Não ocorrendo qualquer uma das hipóteses, descabe o manejo do recurso em apreço.

Prequestionam-se artigos de lei na intenção de evitar o não conhecimento de eventuais recursos a serem manejados nas Instâncias Superiores.

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, o segurado aponta ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando, em síntese, que:

I. Arts. 2º, 128, 165, 458 e 535, II, do Código de Processo Civil - nulidade do acórdão recorrido em face da ausência de manifestação a respeito das normas que fundamentam a tese do ora Recorrente;

II. Arts. 103 da Lei n. 8.213/91 e 6º, § 2º, da LINDB - "o Recorrente possui direito adquirido ao recálculo da sua Renda Mensal Inicial, pois quando do seu pedido de concessão a Autarquia Previdenciária não levou em consideração qual seria o momento para se conceder o melhor benefício, sendo certo concluir pela inaplicabilidade do prazo decadencial instituído pela MP 1.523-9/97, a este caso concreto, (...)"; e

III. Art. 127 do Código de Processo Civil - "(...) a Corte Regional aplicou, equivocadamente, um julgamento por equidade ao caso concreto, quando permitiu a incidência do instituto da decadência ao caso em comento, mesmo não estando frente a um caso de revisão e sim frente um caso de recálculo com concessão primária melhor.

Sem contrarrazões (fl. 450e), o recurso especial foi admitido (fls. 455/456e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 484/489e, pelo desprovimento do recurso especial.

À fl. 567e, o Ministro Relator Mauro Campbell Marques admitiu, como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP.

Na sessão do dia 13.06.2018, o Sr. Relator negou provimento ao recurso especial em análise, entendendo pela aplicação do prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91, ao pedido de revisão de benefício com base no direito adquirido ao melhor benefício.

Em 24.10.2018, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto-vista divergente, afastando a decadência no caso de reconhecimento de direito adquirido ao benefício mais vantajoso.

Diante da divergência, solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

É o relatório.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Admissibilidade do recurso especial

Consigno, inicialmente, que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas. Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido

para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, uma vez que todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Anote-se, ainda, que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais.

II. Mérito Recursal

Cinge-se a controvérsia à análise da aplicação do instituto da decadência, previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91, ao direito do segurado ao cálculo da renda mensal inicial de seu benefício de acordo com as regras previstas em momento anterior à data de entrada do requerimento, quando preenchidos os requisitos para a aposentadoria.

O segurado que cumpriu os requisitos para o jubramento e continuou no mercado de trabalho possui, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, direito adquirido à concessão do benefício de acordo com a lei vigente no momento do implemento das condições mínimas necessárias para a aposentadoria, independentemente da oportunidade em que realizado o requerimento administrativo junto à Autarquia Previdenciária.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto n. 4.657/42 e alterações) igualmente trata da intangibilidade do direito adquirido:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (destaque meu).

A Lei de Benefício da Previdência Social (Lei n. 8.213/91 e alterações), por seu turno, assegura o *direito ao melhor benefício* em seu art. 122, que estabelece:

Art. 122. Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35

anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade.

Nessa moldura, foi editado o Enunciado n. 5, do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS (DOU de 18.01.1994), segundo o qual “a Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

Posteriormente, tal comando foi reproduzido no art. 687 da IN INSS/PRES n. 77/2015, com a seguinte redação “O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.”.

Por outro lado, a mesma Lei n. 8.213/91, em seu art. 103, *caput*, prescreve o prazo decadencial de dez anos para o segurado pleitear a revisão do ato de concessão do benefício:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a *revisão do ato de concessão de benefício*, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo (destaque meu).

Conforme se extrai da análise desse dispositivo, tal decadência consiste na extinção do direito de revisão do ato de concessão do benefício em manutenção pela inércia do titular que não o exerceu dentro do prazo legal, não atingindo o direito à concessão inicial do benefício previdenciário.

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 630.501/RS, submetido à repercussão geral, reconheceu o direito adquirido ao melhor benefício, em julgado assim ementado:

Aposentadoria. Proventos. Cálculo.

Cumpra observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – Ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.

(RE 630.501, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, DJe-166 divulg 23/08/2013 public 26/08/2013 Repercussão Geral - Mérito Ement vol-02700-01 pp-00057).

Recentemente, reafirmou tal orientação:

Direito Previdenciário. Agravo interno em recurso extraordinário. Benefício mais vantajoso. Direito adquirido. Reconhecimento. Precedentes.

1. O acórdão do Tribunal de origem está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, *em reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, ainda que sob a vigência de uma mesma lei, teria o segurado direito a eleger o benefício mais vantajoso*. Precedentes.

2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(RE 1.156.918 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, Processo Eletrônico DJe-240 divulg 12/11/2018 public 13/11/2018, destaque meu).

No julgamento do RE 626.489/SE, por sua vez, concluiu o Supremo Tribunal Federal pela incidência do prazo decadencial para a *revisão do ato de concessão do benefício, ao mesmo tempo em que firmou o entendimento da inexistência de prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário*:

Recurso extraordinário. Direito Previdenciário. Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Revisão do ato de concessão de benefício. Decadência.

1. *O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.*

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.

4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 626.489, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-184 divulg 22/09/2014 public 23/09/2014, destaque meu).

Entendo que, o segurado, à evidência, não pode ser prejudicado pela aplicação de prazo decadencial no que tange ao direito de ter seu benefício

calculado de acordo com as regras vigentes no momento em que preencheu os requisitos mínimos para a concessão do benefício, independentemente do momento em que efetuado o requerimento administrativo, porquanto *constitui dever do INSS aplicar corretamente a lei previdenciária e conceder ao segurado o melhor benefício a que ele fizer jus, conforme orientação estampada em atos normativos da própria Autarquia Previdenciária.*

José Antonio Savaris, analisando o tema, ressalta a necessidade de aplicação do *distinguishing* nos casos em que se busca, com a retroação da DIB (data de início do benefício), uma RMI (renda mensal inicial) mais vantajosa, porquanto não se trata de revisão do ato de concessão do benefício, mas de garantir ao segurado o direito de ter a RMI calculada com base em novo PBC (período básico de cálculo), anterior à data de entrada do requerimento administrativo:

A tese da inoccorrência do prazo decadencial, nas hipóteses em que o ato de concessão não recusa expressamente uma circunstância favorável ao segurado, tem perfeita aplicação nos casos de violação, por omissão, do direito à posição previdenciária mais benéfica - direito ao melhor benefício.

Caso típico de ação de concessão do melhor benefício é aquele em que o segurado busca proteção social mais efetiva, mediante retroação do período de cálculo para momento anterior à data do requerimento administrativo, quando os pressupostos para sua concessão já se encontravam aperfeiçoados.

É importante destacar, quanto a esse problema, que a ação que busca a retroação da data de início do benefício não impugna os critérios de cálculo ou as demais circunstâncias analisadas pelo INSS. *Não se trata, a rigor, de revisão do ato de concessão do benefício. Antes, o que se pretende é o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício incorporado anteriormente à DER (data de entrada do requerimento administrativo), com cálculo de nova renda mensal, sendo que apenas os efeitos financeiros - do benefício mais vantajoso - coincidem com a data do requerimento administrativo do benefício de que é titular o segurado (Direito Processual Previdenciário, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2016, pp. 394, destaque meu).*

Ora, o ato de revisão de benefício implica novo cálculo da renda mensal inicial, utilizando-se os parâmetros vigentes na data de entrada do requerimento; já o *pedido de concessão de benefício com base no direito adquirido ao melhor benefício representa a concessão de novo benefício, uma vez que serão aplicados critérios vigentes em legislação não considerada no momento do cálculo do benefício em manutenção.*

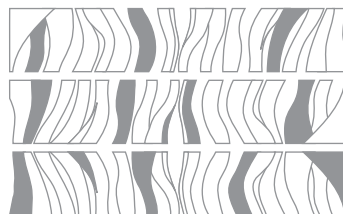
Assim, possui o segurado o direito adquirido ao benefício de aposentadoria calculado de acordo com regras mais vantajosas, considerando-se todas as datas

de exercício possíveis desde o preenchimento dos requisitos mínimos para o jubramento.

No caso em exame, não existindo discussão a respeito da renda mensal mais vantajosa, por força do direito adquirido, quando da prolação do ato administrativo que apreciou o pedido de concessão da aposentadoria e preenchidos os requisitos necessários sob a égide de legislação mais benéfica, faz jus o segurado à percepção do melhor benefício, respeitada a prescrição quinquenal.

Posto isso, peço licença ao Exmo. Ministro Relator e acompanho a divergência inaugurada pelo Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

É o voto.



Primeira Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 578.883-RS
(2014/0232782-2)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Agravante: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: José Guilherme Kliemann e outro(s) - RS029223
Agravado: Alderino Antonio Ferrari
Advogados: Jeverton Alex de Oliveira Lima - RS045412
Caroline de Cassia Cadora e outro(s) - RS072777
Paulo Cezar Lauxen e outro(s) - RS029160

EMENTA

Previdenciário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Pensão por morte. Óbito do instituidor do benefício ocorrido há mais de 5 anos. O decurso do tempo não legitima a violação de direito fundamental. Entendimento em harmonia com a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 626.489/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 23.9.2014. *Superação da jurisprudência consolidada pela Terceira Seção*. Benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível. Agravo interno do IPERGS a que se nega provimento.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, Rel. Min. *Roberto Barroso*, DJe 23.9.2014, com repercussão geral reconhecida, firmou entendimento de que *o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo*, sem que se atribua consequência negativa à inércia do beneficiário, reconhecendo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial de benefício previdenciário.

2. De fato, *o benefício previdenciário constitui direito fundamental da pessoa humana, dada a sua natureza alimentar, vinculada à preservação da vida*. Por essa razão, não é admissível considerar extinto o direito à concessão do benefício pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno. A compreensão axiológica dos Direitos Fundamentais *não*

cabre na estreiteza das regras do processo clássico, demandando largueza intelectual que lhes possa reconhecer a máxima efetividade possível. Portanto, no caso dos autos, afasta-se a prescrição de fundo de direito e aplica-se a quinquenal, exclusivamente em relação às prestações vencidas antes do ajuizamento da ação.

3. Não se pode admitir que o decurso do tempo legitime a violação de um direito fundamental. O reconhecimento da prescrição de fundo de direito à concessão de um benefício de caráter previdenciário excluirá seu beneficiário da proteção social, retirando-lhe o direito fundamental à previdência social, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional do mínimo existencial.

4. Agravo Interno do IPERGS a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 20.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra a decisão de minha lavra, assim ementada:

Previdenciário. Agravo em recurso especial. Restabelecimento/concessão de benefício indeferido na esfera administrativa. Benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível. Acórdão recorrido em confronto com a jurisprudência desta Corte. Agravo conhecido para dar provimento recurso especial do segurado provido para afastar a prescrição do fundo de direito e determinar o retorno dos autos (fls. 170).

2. Sustenta o IPERGS, no caso dos autos, a ocorrência da prescrição do fundo de direito, ante o fato de a instituidora da pensão ter falecido em 15.4.1993 e a presente ação ter sido ajuizada somente em 14.5.2011.

3. Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao órgão colegiado competente.

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A despeito das razões lançadas pelo agravante, razão não lhe assiste.

2. O processo previdenciário tutela um direito de relevância social fundamental. Na ação previdenciária há uma presumível contingência social, em razão do caráter alimentar da prestação, que se relaciona com a sobrevivência digna do autor da ação. Soma-se, a tais peculiaridades, a costumeira hipossuficiência econômica e informacional dos titulares de direitos previdenciários.

3. Tais contornos especiais demandam do julgador um olhar diferenciado para as pretensões que envolvem a concessão de uma prestação previdenciária, permitindo a adoção de técnicas diferenciadas de análise, mais condizentes com a realização das exigências de um direito fundamental, a fim de garantir um processo justo, que dê efetividade à proteção social que estas demandas encerram.

4. Os benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual não se admite a tese de prescrição do fundo de direito, como sustentado pela Autarquia. As prestações previdenciárias tem características de direitos indisponíveis, daí porque o benefício previdenciário em si não prescreve, somente as prestações não reclamadas no lapso de cinco anos é que prescreverão, uma a uma, em razão da inércia do beneficiário.

5. Nesse mesmo sentido, aliás, é a lição do ilustre Professor JOSÉ ANTONIO SAVARIS:

A situação jurídica fundamental em direito previdenciário é, evidentemente, o direito ao benefício previdenciário integralmente considerado. De sua parte, o direito a perceber as diferenças devidas que decorem de uma situação

jurídica fundamental (direito ao benefício) “renasce cada vez” em que o direito é devido, conforme a periodicidade de seu pagamento, e, “por isso se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos”.

Nas obrigações previdenciárias, por se traduzirem em obrigações de trato sucessivo, o direito aos valores devidos se renova de tempo em tempo, pois o prazo prescricional renasce a cada vez que se torna exigível a prestação seguinte (Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2012, p. 310).

6. Da mesma forma, lecionam os Professores JOÃO BATISTA LAZZARI e CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO:

A regra geral de prescritibilidade dos direitos patrimoniais existe em face da necessidade de se preservar a estabilidade das situações jurídicas. Entretanto, as prestações previdenciárias têm finalidades que lhes emprestam características de direitos indisponíveis, atendendo a uma necessidade de índole eminentemente alimentar. Daí que o direito ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão-somente as prestações não reclamadas dentro de certo tempo, que vão prescrevendo, uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário (LAZZARI, João Batista e CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. MANUAL DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO, São Paulo: LTr, 2015, p. 542).

7. Confirmando tais premissas, esta Corte fixou a orientação de que, cumpridas as formalidades legais, o direito ao benefício previdenciário incorpora-se ao patrimônio jurídico do beneficiário, não podendo ser objeto, dest’arte, de modificação ou extinção.

8. A propósito, os seguintes julgados:

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação ao art. 535 não configurada. Acórdão devidamente fundamentado. Concessão de pensão por morte. Inocorrência de prescrição do fundo de direito. Súmula 85/STJ. Agravo regimental do Estado do Maranhão desprovido.

1. Os benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível.

2. As prestações previdenciárias tem características de direitos indisponíveis, daí porque o benefício previdenciário em si não prescreve, somente as prestações não reclamadas no lapso de cinco anos é que prescreverão, uma a uma, em razão da inércia do beneficiário, nos exatos termos do art. 3º do Decreto 20.910/32.

3. É firme a orientação desta Corte Superior de que não ocorre a prescrição do fundo de direito no caso de inexistir manifestação expressa da Administração

negando o direito reclamado, estando prescritas apenas as prestações vencidas no quinquênio que precedeu à propositura da ação, nos termos da Súmula 85/STJ.

4. Agravo Regimental do *Estado do Maranhão* desprovido (AgRg no REsp 1.429.237/MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 5.10.2015).

Agravo regimental. Processual Civil. Previdenciário. Requerimento administrativo de benefício. Indeferimento. Marco inicial para contagem do prazo prescricional quinquenal. Efeitos da prescrição. Reversão do indeferimento. Imprescritibilidade do fundo de direito. Precedentes.

1. Não há falar em violação dos arts. 103 e 103-A da Lei 8.213/91, porquanto, no caso concreto, não se discute a revisão do ato de concessão de benefício, mas sim o direito de revisão do ato de indeferimento do pedido administrativo de restabelecer o auxílio-doença.

2. No caso dos autos, com o indeferimento definitivo do requerimento pelo INSS nasceu a pretensão resistida à reversão do entendimento administrativo, fazendo surgir os efeitos da prescrição e a aplicação do disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32. Assim, tendo o Tribunal *a quo* consignado que a ação foi ajuizada mais de 9 (nove) anos após o conhecimento do marco indeferitório, é de se reconhecer a prescrição.

3. Saliente-se que não há prescrição do fundo de direito da parte à concessão do benefício, pois este é imprescritível, permanecendo incólume o seu direito à obtenção do auxílio-doença ou qualquer outro benefício, se comprovar que atende os requisitos legais.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.534.861/PB, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 25.8.2015).

Previdenciário. Benefício negado pelo INSS. Prescrição do fundo de direito. Inexistência. Precedentes.

1. O direito à concessão de benefício do Regime Geral da Previdência Social ou benefício assistencial da LOAS pode ser exercido a qualquer tempo, não havendo que se falar em prescrição do fundo de direito quando negado na via administrativa. Precedentes: AgRg no REsp 1.471.798/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 06/10/2014; AgRg no AREsp 364.526/CE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 28/08/2014; AgRg no AREsp 493.997/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/06/2014; AgRg no AREsp 506.885/SE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 02/06/2014; AgRg no REsp 1.376.033/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/04/2014.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 336.322/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 8.4.2015).

Previdenciário. Concessão de pensão por morte. Benefício de renda mensal vitalícia concedido erroneamente pela Administração antes da medida provisória. Tribunal considerou correta a concessão de aposentadoria por invalidez. Decadência não configurada.

1. Caracterizado o benefício previdenciário como de caráter eminentemente alimentar, constituindo obrigação periódica e de trato sucessivo, não admite a pretendida prescrição do fundo do direito, mas tão somente das parcelas vencidas há mais de cinco anos, consoante já fixado pela Súmula 85/STJ.

2. O *caput* do art. 103 da Lei 8.213/1991 está voltado tão somente para o ato revisional de concessão do benefício. Não há que falar em prescrição do fundo de direito quando se trata de concessão de benefício previdenciário, inserido no rol dos direitos fundamentais.

3. O Tribunal de origem, mediante análise das provas dos autos, acolheu a argumentação da autora de que seu falecido cônjuge fazia jus à aposentadoria por invalidez, e não à Renda Mensal Vitalícia.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.502.460/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11.3.2015).

Processual Civil e Previdenciário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Concessão de benefício previdenciário. Decadência. Não ocorrência. Art. 103 *caput* da Lei 8.213/1991 aplicável ao ato de revisão do benefício. Agravo regimental não provido.

1. No presente caso, o benefício previdenciário ainda não foi concedido. O *caput* do art. 103 da Lei 8.213/1991 está voltado tão somente para o ato revisional de concessão do benefício. Prescrição do fundo de direito não há, quando se trata de concessão de benefício previdenciário, inserido no rol dos direitos fundamentais.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 493.997/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9.6.2014).

9. Tal orientação, foi também afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, julgado sob o rito de repercussão geral, onde o Exmo. Min. Rel. *Luís Roberto Barroso*, afirma que o direito à concessão de benefício previdenciário constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Vale aqui a transcrição do voto:

No tocante ao direito à obtenção de benefício previdenciário, a disciplina legislativa não introduziu prazo algum. Vale dizer: o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esse ponto

é reconhecido de forma expressa no art. 102, § 1º, 6 da Lei 8.213/1993, bem como em diversas passagens em que a referida lei apenas dispõe que o atraso na apresentação do requerimento fará com que o benefício seja devido a contar do pedido, sem efeito retroativo. Nesse sentido, permanecem perfeitamente aplicáveis as Súmulas 443/STF e 85/STJ, na medida em que registram a imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido.

10. Não se pode admitir que o decurso do tempo legitime a violação de um direito fundamental. O reconhecimento da prescrição de fundo de direito à concessão de um benefício de caráter previdenciário excluirá seu beneficiário da proteção social, retirando-lhe o direito fundamental à previdência social, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional do mínimo existencial.

11. Neste sentido, cabe trazer a valiosa lição dos Professores JOSÉ ANTÔNIO SAVARIS, DIEGO HENRIQUE SCHUSTER e PAULO AFONSO BRUM VAZ:

Em tema de proteção social, o regime de preclusão temporal pode conduzi a pessoa a uma condição de destituição perpétua de recursos necessários para sua subsistência, entregando-a à própria sorte, mesmo quando seja inegável que faz jus a determinada forma de proteção social. O decurso do tempo não legitima a violação de nenhum dos direitos humanos e fundamentais, os quais devem ser respeitados em sua integralidade.

A norma jurídica infraconstitucional que, em caso de violação estatal do direito à previdência social, estipula limite de prazo para o requerimento de tutela jurisdicional tendente a determinar a cessação da violação desses direitos humanos, a um só tempo, malferir o direito ao mínimo existencial de que se reveste o direito fundamental à previdência social e implica denegação de justiça.

Pela primeira via, o decurso do tempo separará a pessoa da proteção social a que a faz jus, de modo que o instituto da prescrição do fundo de direito, nesta seara, pode iludir o direito fundamental à previdência social (CF/1988, art. 6º, *caput*) e, por consequência, o princípio fundamental da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). Pela segunda via, a prescrição do fundo de direito revela-se violadora do direito constitucional de acesso à justiça (CF/1988, art. 5º, XXXV) e do direito a um remédio jurídico eficaz que proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição (SAVARIS, José Antônio; SCHUSTER, Diego Henrique/ VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz. *A Garantia da Coisa Julgada no Processo Previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 138-139).

12. Assim, o pedido de concessão do benefício de pensão por morte deve ser tratado como uma relação de trato sucessivo, que atende necessidades de

caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível. Assim, não havendo óbice legal a que se postule o benefício pretendido em outra oportunidade, o beneficiário pode postular sua concessão quando dele necessitar. Sendo inadmissível a imposição de um prazo para a proteção judicial que lhe é devida pelo Estado.

13. A propósito, citem-se os recentes precedentes:

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Servidor público estadual. Ofensa ao art. 535 do CPC não caracterizada. Reajuste de vencimentos. 24%. Lei Estadual 1.206/87. Prescrição. Súmula 85/STJ. Limites da coisa julgada e necessidade de produção de provas. Incidência da Súmula 7/STJ.

(...).

2. Inexistindo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito reclamado, não ocorre a prescrição do chamado fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, ficando caracterizada relação de trato sucessivo (Súmula 85 do STJ).

(...).

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 395.373/RJ, Rel. Min. Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 16.5.2014).

Processual Civil. Administrativo. Servidor público estadual. Reajuste de vencimentos. 24%. Lei Estadual 1.206/87. Prescrição. Súmula 85/STJ. Reserva do financeiro. LC 101/2000. Não violação. Ofensa à coisa julgada. Verificação dos elementos configuradores entre ações. Súmula 7/STJ.

1. Inexistindo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito reclamado, não ocorre a prescrição do chamado fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, ficando caracterizada relação de trato sucessivo (Súmula n. 85 do STJ). Precedente.

(...).

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 463.663/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 26.3.2014).

Administrativo. Servidor público. Poder Judiciário do Rio de Janeiro. Reajuste de vencimentos. Residual de 24%. Lei Estadual 1.206/1987. Prescrição. Súmula 280/STF. Súmula 85/STJ. Coisa julgada. Limites. Súmula 283/STF. Súmula 7/STJ.

1. Além da análise do prazo prescricional depender da interpretação dada à Lei Estadual 1.206/1987, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, inexistindo manifestação expressa da Administração Pública

negando o direito reclamado, não ocorre a prescrição do chamado fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, ficando caracterizada relação de trato sucessivo (Súmula 85 do STJ).

(...).

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 478.657/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 25.3.2014).

14. Não é demais destacar que no âmbito da Lei 8.112/1990, o art. 219 confere esse tratamento distinto àquele que tem legítimo interesse ao benefício previdenciário, reconhecendo que só ocorre a prescrição das prestações exigíveis há mais de 5 anos, uma vez que a lei permite o requerimento da pensão a qualquer tempo. Ilustrando tal assertiva, os seguintes julgados:

Agravo regimental no recurso especial. Administrativo. Pensão por morte. Violação do art. 535 do CPC. Omissão não verificada. Prescrição. Não ocorrência. Provimento negado.

1. O acórdão recorrido julgou a lide de modo fundamentado e coerente, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração e, por conseguinte, à violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, no caso de pensão por morte de servidor público, nos termos do art. 219 da Lei n. 8.112/90, a prescrição atinge somente as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. Todavia, havendo indeferimento administrativo, conta-se a partir daí o prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação ordinária, sob pena de prescrição do próprio fundo de direito.

3. No caso, houve indeferimento administrativo do pedido de pensão por morte em setembro de 1995 e a ação ordinária foi proposta em novembro de 1999, portanto, dentro do prazo prescricional.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.152.507/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 26.3.2015).

Administrativo. Servidor público federal. Concessão de pensão em razão de falecimento de servidor. Prescrição do fundo de direito. Inocorrência.

1. Conforme a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no caso de pensão de servidor público federal, estão sujeitas à prescrição apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, nos termos do art. 219 da Lei 8.112/90. Precedentes: AgRg no REsp 1.075.094/MG, 5ª T., Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), DJe 28/02/2011; REsp 925.452/PE, 5ª T., Min. Laurita Vaz, DJe 08/09/2009.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.384.116/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.8.2013).

15. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno do IPERGS.

16. É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.281.866-MG
(2011/0222240-7)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Agravante: Cooperativa de Economia e Crédito Mutuo dos Médicos de
Uberlândia Ltda - Unicred Uberlândia

Advogado: Paulo Roberto Cardoso Braga e outro(s) - MG051821

Agravado: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR0000000

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. LC 84/1996. Adicional de 2,5%. Incidência sobre cooperativas de crédito. Precedentes.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ firmaram a compreensão de que as sociedades cooperativas de crédito, por serem entidades equiparadas às instituições financeiras, sujeitam-se à incidência da contribuição adicional de 2,5% prevista na Lei Complementar 84/96.

2. Precedentes: *REsp 1.496.750/RS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/04/2015; *REsp 839.345/MG*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24/03/2010; e *REsp 411.162/RS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/09/2009.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 23.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: A hipótese é de agravo interno manejado por *Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos de Uberlândia Ltda - UNICRED Uberlândia*, contra decisão monocrática de fls. 264/266, que deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para determinar a sujeição da cooperativa à contribuição adicional de 2,5%, nos termos da jurisprudência do STJ.

A parte agravante, em suas razões, sustenta que “o Decreto n. 1.826 extrapolou os limites regulamentares que lhe são inerentes, com o que não pode ser exigida, das cooperativas de crédito, a contribuição adicional de 2,5%” (fl. 281). Segue afirmando “a ilegalidade da contribuição adicional de 2,5%, às Cooperativas de Crédito, por não estar incluída no rol constante no artigo 2º da LC 84/96, o qual arrola em “*numerus clausus*”, as instituições que deverão desembolsar malsinada contribuição adicional” (fl. 283).

Requer a reconsideração do *decisum*, ou a submissão do feito ao julgamento colegiado.

Aberta vista à parte agravada, a Fazenda Nacional apresentou a impugnação de fls. 325/327, postulando o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pela *Fazenda Nacional*, com base no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 202):

Constitucional e Tributário. Contribuição social. Adicional de 2,5% (dois e meio por cento) (art. 2º da LC 84/96 e art. 2º do Decreto 1.826/96). Inaplicabilidade à cooperativa de crédito.

1. “O adicional de 2,5%, previsto no art. 2º da Lei Complementar n. 84/96 não se aplica às entidades que não estejam mencionadas naquele dispositivo (princípio da tipicidade tributária e vedação de uso da analogia que implique cobrança de tributo não previsto em lei)”. (Precedente do TRF 1ª Região: AC 1998.38.00.036024-0/MG.).

2. Como a lei complementar não incluiu as cooperativas de crédito como sujeitos passivos desse adicional, não caberia ao decreto fazê-lo, vez que tal obrigação somente pode ser criada por lei.

3. Indevida a exigência, com base no art. 2º, do Decreto 1.826/96, regulamento da então vigente Lei Complementar 84/96, da contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento) da cooperativa de crédito.

4. Remessa oficial improvida.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73.

A parte recorrente aponta violação aos arts. 535 e 458 do CPC/73; 1º e 2º da LC 84/96; 17 e 18 da Lei 4.595/64; e 79 da Lei 5.764/71. Sustenta, em resumo, que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal a quo remanesceu omissis acerca das questões neles suscitadas; e (II) incide a contribuição social adicional de 2,5%, prevista no art. 2º da LC 84/96, às cooperativas de crédito.

Não houve contrarrazões (cf. certidão de fl. 249)

É o relatório.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com

fundamento no CPC/73 (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).

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

No mais, a irresignação merece acolhimento.

Com efeito, as Turmas que compõem a Primeira Seção firmaram sua compreensão no sentido de que as sociedades cooperativas de crédito, por serem entidades equiparadas às instituições financeiras, sujeitam-se à incidência da contribuição adicional de 2,5% prevista na Lei Complementar 84/96. Confirmam-se os julgados:

Processual Civil e Tributário. Decadência. Vício formal. Art. 173, II do CTN. Súmula 7/STJ. Lei Complementar 84/1996. Contribuição adicional de 2,5%. Cooperativa de crédito. Incidência. Possibilidade.

1. O Tribunal de origem registrou expressamente que, da decisão administrativa de anulação por vício formal da NFLD à notificação da contribuinte, quanto à nova NFLD, não decorreram os cinco anos a que alude o art. 173, II do CTN, sendo incogitável decadência quanto à NFLD 35.795.008-9. Assim, a análise dessa questão demanda reexame de provas, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.421.162/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 12.8.2014, DJe 26.08.2014.

2. As cooperativas de crédito são instituições financeiras (ainda que não possam utilizar a denominação “banco”) e têm por objetivo permitir o acesso ao crédito e a outros produtos financeiros (aplicações, investimentos, empréstimos, financiamentos, recebimento de contas, seguros, etc.). Podem fornecer talão de cheques ou cartão magnético ao associado que mantenha conta de depósito à vista na instituição. Além disso, a lei permite que pessoas jurídicas figurem como associadas nas cooperativas de crédito.

3. Incide o adicional de 2,5% nas “sociedades cooperativas de crédito”, pois o texto do art. 2º da LC 84/1996 irradia sua prescrição a toda e qualquer “sociedade de crédito”.

4. Recurso Especial da União provido e Recurso Especial da Cooperativa de Crédito não provido.

(REsp 1.496.750/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 06/04/2015)

Tributário. Contribuição previdenciária. LC 84/1996. Adicional de 2,5%. Incidência sobre cooperativas de crédito. Precedente. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 839.345/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010)

Na espécie, a Corte Regional consignou ser “indevida a exigência, com base no art. 2º, do Decreto 1.826/96, regulamento da então vigente Lei Complementar n. 84/96, da contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento), em relação à autora” (fl. 200).

Por estar em desconformidade com a orientação jurisprudencial acima demonstrada, merece reparos o acórdão recorrido.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para julgar improcedente o pedido inicial, e determinar que a cooperativa de crédito está sujeita à contribuição adicional de 2,5%, invertidos os ônus sucumbenciais no que imputados à Fazenda Nacional.

Publique-se.

Conforme antes consignado, as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ compreendem que as sociedades cooperativas de crédito, por serem entidades equiparadas às instituições financeiras, sujeitam-se à incidência da contribuição adicional de 2,5% prevista na Lei Complementar 84/96.

É oportuno trazer à baila a fundamentação do *leading case* que inaugurou essa orientação no STJ, a saber, *REsp 411.162/RS*, Min. Herman Benjamin, DJe de 11/09/2009:

A questão posta nos autos limita-se a estabelecer o enquadramento ou não das cooperativas de crédito à norma do art. 2º da Lei Complementar 84/1996, que prevê o adicional de 2,5% à Contribuição Previdenciária estabelecida no art. 1º da mesma lei. Eis a redação do dispositivo em referência:

Art. 2º No caso de bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, *sociedades de crédito*, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, *é devida a contribuição adicional de dois e meio por cento sobre as bases de cálculo definidas no art. 1º.* (grifei)

Tendo em vista a previsão legal, as cooperativas defendem que não estão sujeitas ao adicional por não se enquadrarem no conceito de “sociedades de

crédito” a que a LC 84/1996 faz menção, não sendo lícita a cobrança de tributo por analogia.

O INSS, por sua vez, assevera que as cooperativas de crédito são espécies do gênero “sociedades de crédito”, o que tem por consequência a submissão às regras previstas para as sociedades, como o adicional de 2,5% aqui discutido.

O tema em debate não diz respeito à cobrança de PIS/COFINS, que já está sedimentado nesta Corte pela ilegalidade da incidência da exação sobre as cooperativas. Reitero, por relevante, que a matéria dos autos é nova nesta Corte e diz respeito ao adicional da Contribuição Previdenciária, sem relação com os precedentes do STJ.

De início, é preciso esclarecer que *as cooperativas de crédito são instituições financeiras (ainda que não possam utilizar a denominação “banco”) e têm por objetivo permitir o acesso ao crédito e a outros produtos financeiros (aplicações, investimentos, empréstimos, financiamentos, recebimento de contas, seguros, etc.). Podem, inclusive, fornecer talão de cheques ou cartão magnético ao associado que mantenha conta de depósito à vista na instituição.* Além disso, a lei permite que pessoas jurídicas possam figurar como associadas nas cooperativas de crédito. Diferenciam-se, em muito, das demais cooperativas.

Essa a razão por que *as cooperativas de crédito são fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil, a quem compete ainda a análise sobre a constituição, a autorização para funcionamento, as alterações estatutárias e o cancelamento de autorização.*

No mérito, relembro que *a Lei 8.212/1991, bem como a Lei 5.764/1971, que define a Política de Cooperativismo, expressamente equipararam as cooperativas à noção de empresa para o fim de cobrança de Contribuição Previdenciária.* Por relevante, transcrevo o art. 15, parágrafo único, da Lei 8.212/1991 e o art. 91 da Lei 5.764/1971:

Lei 8.212/1991:

Art. 15. Parágrafo único. Equipara-se a empresa, para os efeitos desta Lei, o contribuinte individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras.

Lei 5.764/1971:

Art. 91. As cooperativas igualam-se às demais empresas em relação aos seus empregados para os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

Não é por outra razão que a jurisprudência desta Corte pacificou a orientação de que as cooperativas equiparam-se às empresas para fins de sujeição à legislação de custeio da Previdência Social. Nesse sentido o recente precedente da Ministra Eliana Calmon:

Lei Complementar 84/96, artigos 1º, II e 3º. Cooperativas. Contribuição previdenciária. Incidência sobre a remuneração paga aos médicos cooperados. Legalidade. Precedentes.

1. Acolhido o pedido sucessivo da Unimed, de tributação mais benéfica conforme a hipótese do art. 3º da extinta LC 84/96, com base em acórdão proferido em ação declaratória, e ausente impugnação a esse fundamento, não merece ser conhecido o recurso especial interposto pelo INSS, por força do óbice da Súmula 283/STF.

2. A entidade cooperativa capta recursos de terceiras pessoas através de ato negocial, a fim de receberem serviços médicos prestados por sua intermediação.

3. Os profissionais médicos que atendem aos terceiros são associados à cooperativa e dela recebem remuneração e não diretamente do terceiro que utilizou o serviço.

4. As cooperativas são equiparadas à empresa para fins de aplicação da legislação do custeio da Previdência Social. Assim, sobre os valores pagos mensalmente aos médicos, os cooperados, incide contribuição previdenciária.

5. Recurso especial do INSS não conhecido. Recurso especial da Unimed não provido.

Esclarecido esse ponto, verifico que a questão dos autos encontra solução na já citada Lei 5.764/1971, cujo art. 4º expressamente qualifica a cooperativa como sociedade, *in verbis*:

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

Para que não restasse qualquer dúvida sobre o tema, o Código Civil de 2002 veio ratificar o que a lei de cooperativismo já previa, evidenciando o termo “sociedades cooperativas” para caracterizá-las:

Art. 1.093. A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.

Dessa forma, assiste razão à Fazenda Nacional ao exigir o pagamento do adicional de 2,5% das “sociedades cooperativas de crédito”, pois o texto do art. 2º da LC 84/1996 irradia sua prescrição a toda e qualquer “sociedade de crédito”. Vale dizer: dispondo da natureza jurídica de “sociedade” e tendo por objeto social o “crédito”, às cooperativas de crédito aplica-se o disposto no art. 2º da LC 84/1996.

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

[grifos nossos]

Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

Tributário. Contribuição previdenciária. LC 84/1996. Adicional de 2,5%. Incidência sobre cooperativas de crédito. Possibilidade.

1. Hipótese em que se discute o enquadramento ou não das cooperativas de crédito na norma do art. 2º da Lei Complementar 84/1996, que prevê o adicional de 2,5% à Contribuição Previdenciária, estabelecida no art. 1º da mesma lei.

2. As cooperativas de crédito são instituições financeiras (ainda que não possam utilizar a denominação “banco”) que têm por objetivo permitir acesso a crédito e outros produtos financeiros (aplicações, investimentos, empréstimos, financiamentos, recebimento de contas, seguros, etc.). Podem fornecer talão de cheques ou cartão magnético ao associado que mantenha conta de depósito à vista na instituição.

3. Esclareça-se que *in casu* não se questiona a cobrança de PIS/COFINS – tema já pacificado no STJ no sentido da não-sujeição passiva das cooperativas –, mas a cobrança de adicional à Contribuição Previdenciária.

4. A esse respeito, é certo que o STJ fixou orientação de que as cooperativas são equiparadas a empresas, para fins de aplicação da legislação de custeio da Previdência Social (REsp 962.297/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 18/8/2009, DJ 3/9/2009).

5. Estabelecida essa premissa, a matéria dos autos encontra solução na Lei de Cooperativismo (art. 4º da Lei 5.764/1971) e, também, no Novo Código Civil. Ambos os diplomas expressamente preveem que as cooperativas têm natureza jurídica de sociedade.

6. Dessa forma, dispondo da natureza jurídica de “sociedade” e tendo por objeto social o “crédito”, às cooperativas de crédito aplica-se o disposto no art. 2º da LC 84/1996, que determina o pagamento do adicional de 2,5% pelas “sociedades de crédito”.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 411.162/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe 11/09/2009)

Assim, escoreita a decisão agravada ao aplicar a orientação jurisprudencial do STJ ao caso concreto.

Em face do exposto, *nega-se provimento* ao agravo interno.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.490.108-MG (2014/0272338-1)

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Recorrente: Pavotec Pavimentação e Terraplenagem Ltda

Advogados: Paulo André Campanha e outro(s) - MG043016

Marciley Fernandes - MG109161

Juliana de Carvalho Pimentel - MG113489

Recorrido: Município de Teófilo Otoni

Advogado: Francisco Galvao de Carvalho e outro(s) - MG008809

EMENTA

Tributário. ISS. Crédito tributário. Constituição. Apresentação de notas fiscais. Equiparação com declaração de débito. Impossibilidade. Súmula 436 do STJ. Inaplicabilidade.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016).

2. O cumprimento da obrigação acessória relativa à emissão de nota fiscal, porquanto essencial à correta escrituração das operações realizadas pelo contribuinte e, conseqüentemente, ao exercício da fiscalização, tem por escopo o registro e a comprovação acerca da ocorrência ou não do fato gerador (obrigação tributária principal).

3. O referido dever instrumental (de emitir notas fiscais) não se confunde com o ato de constituição do crédito tributário, que

pressupõe a apuração dos valores devidos, pela Administração, por meio do lançamento, ou pelo próprio contribuinte, consolidada em declaração do débito, com força de confissão de dívida (Súmula 436 do STJ).

4. Hipótese em que o acórdão recorrido entendeu que as notas fiscais apresentadas à municipalidade, com o objetivo de receber o valor dos serviços por ela contratados, são equiparáveis à declaração do débito prestada pelo contribuinte e, portanto, aptas à constituição do crédito tributário, dispensando o lançamento, interpretação que não pode ser acolhida.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 6.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto por *Pavotec Pavimentação e Terraplenagem Ltda.*, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 262):

Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. Embargos. ISS. Declaração pelo devedor do valor do tributo. Súmula n. 436 do STJ. Instauração de processo tributário administrativo. Desnecessidade.

- Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ISS, na hipótese de declaração do débito, sem a antecipação do pagamento,

a confissão do contribuinte - declaração - é suficiente para a constituição do crédito, nos termos da Súmula n. 436 do STJ.

- Nesses casos, o poder público está autorizado a imediatamente inscrever o crédito em dívida ativa e cobrá-lo, sendo prescindível a instauração de processo tributário administrativo.

Nas suas razões, e-STJ fls. 269/293, a recorrente aponta divergência jurisprudencial e violação dos arts. 2º, § 5º da LEF, 142, 149, I e II; 173, I; e 202 do CTN.

Sustenta, em resumo, que, diversamente do assentado pelo acórdão recorrido, a emissão de nota fiscal com o destaque do Imposto sobre Serviços (ISS) e entregue ao município na qualidade de contratante dos serviços prestados, para fins de recebimento dos valores ajustados, não configura declaração do débito pelo contribuinte apta à constituição do crédito tributário correspondente (Súmula 436 do STJ), de modo que é necessário o lançamento de ofício por parte da Fazenda Pública, no prazo legal, sob pena de decadência.

Aduz, ainda, que, “se não fosse o fato da Recorrente ter emitido as notas fiscais contra o Município para fins de recebimento dos valores por ele devidos, o mesmo não teria acesso às informações inerentes ao faturamento da empresa senão através do imprescindível processo tributário administrativo”.

Contrarrazões às e-STJ fls. 401/402.

Juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem às e-STJ fls. 411/413.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Inicialmente, destaco que o Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016).

Conforme relatado, discute-se no presente recurso especial se a emissão de nota fiscal equivale à declaração do contribuinte apta à constituição do crédito tributário, dispensando o ato de lançamento por parte do fisco.

Acerca do tema, assim decidiu o acórdão recorrido:

Por certo, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ISS, na hipótese de declaração do débito, sem a antecipação do pagamento, a confissão do contribuinte - declaração - é suficiente para a constituição definitiva do crédito.

Nesses casos, o credor está autorizado a imediatamente inscrever o crédito em Dívida Ativa e cobrá-lo.

A propósito, a Súmula n. 436 do STJ enfatiza que “a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.”

Na espécie em exame, observa-se que a inscrição do débito em dívida ativa ocorreu após o próprio executado relacionar o valor do ISS devido, *tal como se extrai das notas fiscais (f. 91-173) juntadas pelo exequente*. (grifo adicionado)

Assim, não há razoabilidade na argumentação do recorrente que sustenta a nulidade da certidão de dívida ativa em razão da ausência de procedimento tributário administrativo.

Sim, porque, nos casos como o que ora se apresenta é desnecessário o aludido processo, tendo em vista que, na esteira dos precedentes do STJ, a entrega de qualquer outro documento equivalente à DCTF, autoriza a Fazenda Pública a inscrever o crédito em dívida ativa.

[...]

Assim, não há qualquer razão para determinar a nulidade da CDA, pois diferentemente do que alega o apelante, a Súmula n. 436 do STJ incide no caso concreto, porquanto *as notas fiscais, com relação ao tributo devido, podem ser equiparadas à declaração*.

Do que se observa, o acórdão recorrido foi claro ao assentar o entendimento de que as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte à municipalidade, no caso, com objetivo de receber o valor dos serviços por ela contratados, são equiparáveis à declaração do débito prestada pelo contribuinte e, portanto, aptas à constituição do crédito tributário, dispensando o lançamento.

Cuidando-se, assim, de questão de direito suficientemente prequestionada, conheço do apelo nobre e, de imediato, passo ao exame de seu mérito.

Esta Corte Superior, quando do julgamento dos Recursos Especiais 886.462/RS e 1.101.728/SP, submetidos ao rito do art. 543-C do CPC/1973, consolidou o entendimento de que “a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, DCTF, de Guia de Informação e Apuração

do ICMS, GIA, ou *de outra declaração dessa natureza*, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco”.

A controvérsia dos presente recurso reside em saber se apresentação de notas fiscais assemelha-se às declarações de débito prestadas pelo contribuinte, tal como a DCTF e a GIA.

Entendo que não.

A emissão de notas fiscais tem por finalidade precípua o registro das operações realizadas pelo contribuinte.

Serve como principal elemento de prova quanto à caracterização do *fato gerador* e, por isso, sua emissão configura obrigação acessória a ser cumprida pelo contribuinte em prol da fiscalização.

A título de exemplo, cito o Código Tributário do Município de Teófilo Otoni (Lei Complementar n. 21), ora recorrido, que em seu art. 134, II, estabelece: “os contribuintes sujeitos ao pagamento mensal do imposto ficam obrigados a: (...) *emitir notas fiscais de serviço*, notas fiscais de entrada ou outros documentos admitidos pela administração, por ocasião da prestação de se serviços”.

Cumpre salientar, por oportuno, que a Lei n. 12.741/2012 adicionou nova finalidade às notas fiscais, de informar ao consumidor sobre a carga tributária aproximada que está suportando na aquisição de mercadorias e serviços. Confira-se:

Art. 1º Emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadoria e serviços, em todo território nacional, deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda.

Verifica-se, portanto, que as notas fiscais têm o condão de revelar o fato gerador do tributo, ou seja, o surgimento da *obrigação tributária*.

Ocorre que, como cediço, a constatação acerca da existência da obrigação tributária não é suficiente para viabilizar o recolhimento ou a cobrança do tributo dela decorrente.

Para esse mister é necessário que a essa obrigação tributária seja devidamente identificada e quantificada pelo ato de lançamento (art. 142 do CTN), o qual tem por escopo constituir o respectivo *crédito tributário*.

Frise-se que a Fazenda Pública tem o prazo decadencial de cinco anos para “transformar” a *obrigação tributária* em *crédito tributário*.

Ocorre que, consoante o disposto no art. 150 do CTN, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso do ISS, hipótese dos autos, *compete ao contribuinte a obrigação de apurar o valor devido e antecipar o seu pagamento*. Em razão dessa sistemática, a jurisprudência desta Corte Superior passou a entender que a atividade realizada pelo contribuinte de apurar e declarar o débito que ele entende devido é o que basta para constituir definitivamente o crédito tributário declarado.

Essa, inclusive, é a inteligência da Súmula 436 do STJ, *in verbis*: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco”.

A partir dessas considerações é possível concluir que o cumprimento da obrigação acessória relativa à emissão de nota fiscal, porquanto essencial à correta escrituração das operações realizadas pelo contribuinte e, conseqüentemente, ao exercício da fiscalização, tem por escopo o registro e a comprovação acerca da ocorrência ou não do fato gerador (obrigação tributária principal). Esse dever instrumental, todavia, não se confunde com o ato de constituição do crédito tributário, que pressupõe a apuração dos valores devidos, pela Administração, por meio do lançamento, ou pelo próprio contribuinte, consolidada em declaração do débito, com força de confissão de dívida (Súmula 436 do STJ).

Tem-se, pois, que a simples apresentação de notas fiscais não é suficiente para dispensar a instauração do processo administrativo referente ao lançamento, sem o qual não há falar em constituição definitiva do crédito tributário e, por conseguinte, em legítima inscrição em dívida ativa (art. 201 do CTN).

No caso dos autos, o fato de as notas fiscais terem sido apresentadas para viabilizar o recebimento dos valores correspondentes à prestação de serviços contratada com a edilidade em nada muda a conclusão de que o fisco municipal não poderia proceder à inscrição em dívida ativa sem antes instaurar o devido processo administrativo de lançamento, em que assegurados ao contribuinte as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que reaprecie a apelação, observada a premissa ora estabelecida de que a simples apresentação de notas fiscais não é suficiente para a constituição do crédito tributário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.505.083-SC (2014/0338358-7)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Silvia Cristina Bernardo Vieira
Advogados: Odirlei de Oliveira - SC028013
Fernanda Alberton Pizzolatti - SC034596
Recorrido: Fundação Ambiental Municipal de Orleans FAMOR
Advogado: Aurivam Marcos Simionatto - SC010803

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Administrativo e Ambiental. Área de Preservação Permanente-APP. Suposta antinomia do Código Florestal com a Lei de Parcelamento do Solo Urbano no que tange à definição da área não-edificável às margens de rio. Maior proteção do meio ambiente. Incidência do limite previsto no Código Ambiental vigente à época dos fatos. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Santa Catarina provido, para reconhecer a impossibilidade de continuidade ou permanência de qualquer edificação na área de preservação das margens do Rio Tubarão.

1. Discute-se nos autos, no âmbito de análise desta Corte Superior de Justiça, o suposto conflito da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (art. 4º, III, da Lei 6.766/1979) sobre o Código Florestal (art. 2º da Lei 4.771/1965) no que tange à definição da dimensão *non aedificandi* no leito do Rio Tubarão, considerada como Área de Preservação Permanente-APP, restando incontroverso nos autos que os recorridos edificaram a uma distância de 22 metros do corpo d'água.

2. A aparente antinomia das normas foi enfrentada pela Corte de origem com enfoque na suposta especialidade da Lei 6.766/1979, compreendendo que a Lei 4.771/1965 cederia espaço à aplicação da Lei de Parcelamento do Solo no âmbito urbano.

3. O âmbito de proteção jurídica das normas em confronto seria, na realidade, distinto. Enquanto o art. 2º do Código Florestal visa à proteção da biodiversidade, a Lei de Parcelamento do Solo tem

por finalidade precípua a ordenação do espaço urbano destinado à habitação, de modo que a proteção pretendida estaria mais relacionada à segurança da população, prevenindo edificações em terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações.

4. Por ser o que oferece a maior proteção ambiental, o limite que prevalece é o do art. 2º da Lei 4.771/1965, com a redação vigente à época dos fatos, que, na espécie, remontam ao ano de 2011. Incide, portanto, o teor dado ao dispositivo pela Lei 7.511/1986, que previu a distância mínima de 100 metros, em detrimento do limite de 15 metros estabelecido pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano. Precedente da Segunda Turma: REsp 1.518.490/SC, Rel. Min. *Og Fernandes*, DJe 15.10.2018.

5. Frise-se, ademais, não se admitir, notadamente em temas de Direito Ambiental, a incidência da Teoria do Fato Consumado para a manutenção de situação que, apesar do decurso do tempo, é danosa ao ecossistema e violadora das normas de proteção ambiental.

6. Não se olvida que, ao que tudo indica, a particular agiu de boa-fé, amparada no Plano Diretor do Município de Orleans/SC (Lei Complementar Municipal 2.147/2004) – que estabelece a distância de 20 metros – e na referida Lei do Parcelamento do Solo Urbano, tendo sua edificação licenciada pela co-ré *Fundação Ambiental Municipal de Orleans-FAMOR*, órgão ambiental responsável no âmbito do Município. Por essa razão, terá ela, a princípio, direito à persecução do ressarcimento pelas perdas e danos na via processual adequada.

7. Recurso Especial do *Ministério Público do Estado de Santa Catarina* provido, reconhecendo a imprescindibilidade da observância do limite imposto pelo Código Ambiental para a edificação nas margens do Rio Tubarão, e, por conseguinte, a necessária demolição da edificação construída na Área de Preservação Permanente-APP, impondo, ainda, à *Fundação Ambiental Municipal de Orleans-FAMOR* a obrigação de não mais expedir licenciamentos e autorizações para projetos de construção na referida área.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e

das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial, reconhecendo a imprescindibilidade da observância do limite imposto pelo Código Ambiental para a edificação nas margens do Rio Tubarão, e, por conseguinte, a necessária demolição da edificação construída na Área de Preservação Permanente-APP, impondo, ainda, à Fundação Ambiental Municipal de Orleans-FAMOR a obrigação de não mais expedir licenciamentos e autorizações para projetos de construção na referida área, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 10.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, assim ementado:

Apelação cível. Ação civil pública. Alegada construção sobre área de preservação permanente. Evidência, porém, de respeito aos limites da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (n. 6.766/79) e do Plano Diretor Municipal (LCM n. 2.147/04). Aplicabilidade destes editos e não do Código Florestal [quer o anterior (Lei n. 4.771/65), quer o atual (Lei n. 12.651/12)]. Região antropizada. Precedentes da Corte. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Inexistindo dúvida quanto a que, devido à sua localização, a obra erguida está cõnsona com os limites edificáveis prescritos pela cognominada Lei de Parcelamento do Solo Urbano (n. 6.766/79) e pelo Plano Diretor do Município (LCM n. 2.147/04), e, ainda, em região antropizada, desnuda-se descabida a exigência da aplicabilidade do Código Florestal anterior (Lei n. 4.771/65), à vista dos inúmeros precedentes desta Corte assentado a prevalência das primeiras, por conta do princípio da maior especialidade, bem como do atual (Lei n. 12.651/12), eis que superveniente à data de concessão do alvará, daí porque é de ser mantido o decreto de improcedência do pedido inicial.

2. Alega o recorrente violação do art. 2º, *a*, item 3 e parág. único da Lei 4.771/1965, sustentando, além da aplicabilidade do Código Florestal às áreas urbanas, que, estando o imóvel em questão inserido na área marginal de 100 metros do curso d'água, ou seja, na sua INTELECÇÃO, em Área de Preservação Permanente-APP, deve ser demolida a obra, diante do caráter *non aedificandi* da região. Entende que prevalece, no caso, o Código Florestal, em detrimento da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, prestigiada pela Corte de origem.

3. Contrarrazões às fls. 710/741.

4. Ouvido, opinou o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República *Mario José Gisi*, pelo provimento do recurso.

5. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Discute-se nos autos, no âmbito de análise desta Corte Superior de Justiça, o suposto conflito da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (art. 4º, III, da Lei 6.766/1979) sobre o Código Florestal (art. 2º da Lei 4.771/1965) no que tange à definição da dimensão *non aedificandi* no leito do Rio Tubarão, considerada como Área de Preservação Permanente-APP, restando incontroverso nos autos que os recorridos edificaram a uma distância de 22 metros do corpo d'água.

2. Pretende o *Ministério Público do Estado de Santa Catarina* fazer com que prevaleça a disposição do art. 2º, *a*, item 3 e parág. único do Código Florestal, reconhecendo-se como não-edificável a área de 100 metros para os cursos d'água do referido rio.

3. A aparente antinomia das normas foi enfrentada pela Corte de origem com enfoque na suposta especialidade da Lei 6.766/1979, compreendendo que a Lei 4.771/1965 cederia espaço à sua aplicação no âmbito urbano.

4. A meu ver, porém, o âmbito de proteção jurídica das normas em confronto seria, na realidade, distinto. Enquanto o art. 2º do Código Florestal visa a proteção da biodiversidade, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano tem por finalidade precípua a ordenação do espaço urbano destinado à habitação, de modo que a proteção pretendida estaria mais relacionada à segurança da população, prevenindo edificações em terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações.

5. Embora, a princípio, possa parecer *inócua* a previsão do limite inferior da Lei 6.766/1979 para a definição da área não-edificável, a norma se faz necessária diante das hipóteses excepcionais contidas no art. 4º da Lei 4.771/1965, *referentes à possibilidade de supressão de área de preservação permanente em caso de utilidade pública ou interesse social, desde que autorizada após procedimento administrativo próprio*. Assim sendo, mesmo quando admitida a referida supressão, o limite contido na Lei de Parcelamento do Solo Urbano deve ser observado, a fim de prevenir acidentes ou desastres.

6. Não sendo esse o caso, por ser o que oferece a maior proteção ambiental, o limite que prevalece é o do art. 2º da Lei 4.771/1965, com a redação vigente à época dos fatos, que, na espécie, remontam ao ano de 2011 (fls. 417). Incide, portanto, o teor dado ao dispositivo pela Lei 7.511/1986, que previu a distância mínima de 100 metros. A propósito, cite-se precedente da Segunda Turma:

Ambiental. Processual Civil. Recurso especial. Violação do disposto no 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Antinomia de normas. Aparente. Especificidade. Incidência do Código Florestal. Área de preservação permanente. Maior proteção ambiental. Parcial provimento. Respeito ao limite imposto pelo Código Florestal vigente à época dos fatos.

1. A mera rejeição dos aclaratórios não consiste em violação da previsão normativa do art. 535 do CPC/1973. O aresto combatido fundamentou seu posicionamento de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

2. A proteção ao meio ambiente integra axiologicamente o ordenamento jurídico brasileiro, sua preservação pelas normas infraconstitucionais deve respeitar a teleologia da Constituição Federal. Dessa forma, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica e harmônica, por meio da técnica da interpretação corretiva, conciliando os institutos em busca do interesse público primário.

3. Na espécie, a antinomia entre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979) e o Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) é apenas aparente, pois a primeira impinge um reforço normativo à segunda, intensificando o mínimo protetivo às margens dos cursos de água.

5. A Lei n. 4.771/1965, ao excepcionar os casos de construções em área urbana (art. 2º, parágrafo único), condiciona a hipótese de exceção a escorreita observância dos princípios e limites insculpidos no Código.

6. *A proteção marginal dos cursos de água, em toda sua extensão, possui importante papel de proteção contra o assoreamento. O Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) tutela em maior extensão e profundidade o bem jurídico do meio ambiente, logo, é a norma específica a ser observada na espécie.*

7. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1.518.490/SC, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 15.10.2018).

7. Frise-se, ademais, não se admitir, notadamente em temas de Direito Ambiental, a incidência da Teoria do Fato Consumado para a manutenção de situação que, apesar do decurso do tempo, é danosa ao ecossistema e violadora das normas de proteção ambiental. A respeito, seguem precedentes:

Processual Civil. Ação civil pública. Ambiental. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente (APP). Margens do Rio Ivinhema/MS. Impossibilidade. Não se admite a incidência da teoria do fato consumado em tema de direito ambiental. Precedentes. Não verificada exceção legal do artigo 61-A do Código Florestal. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul com o objetivo de condenar o recorrente: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em Área de Preservação Permanente localizada a menos de cem metros do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial.

2. Em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF.

3. Verificou-se nos autos que houve a realização de edificações (casas de veraneio) dentro de uma Área de Preservação Permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local. Constatado tal fato, deve-se proceder, nos termos da sentença, às medidas necessárias para restabelecer a referida área.

4. Cumpre salientar que as exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, nas quais decerto não se insere a pretensão de manutenção de casas de veraneio. A propósito: AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2016; e REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.6.2013.

5. Por fim, no tocante à violação aos dispositivos da Lei de Parcelamento Urbano, ela carece de prequestionamento e isso atrai o óbice da Súmula 211/STJ.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp 1.510.392/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 5.5.2017).

Processual Civil e Ambiental. Área de preservação permanente. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Competência do IBAMA. Precedente. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado. Nulidade do auto de infração. Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Recurso especial em que se discute a aplicação da teoria do fato consumado a construção de casa de alvenaria em APP (margens da barragem Rio Bonito - Rio dos Cedros/SC).

2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. "A atividade fiscalizatória das atividades nocivas ao meio ambiente concede ao IBAMA interesse jurídico suficiente para exercer seu poder de polícia administrativa, ainda que o bem esteja situado em área cuja competência para o licenciamento seja do município ou do estado" (AgRg no REsp 1.373.302/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/06/2013).

4. A alegação da parte recorrente de que há integral cumprimento dos requisitos autorizadores do instituto do art. 62 da Lei 12.651/12 não pode ser conhecida, porquanto demandaria reexame de fatos e provas - incidindo o óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes: REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18/10/2013; REsp 948.921/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/11/2009.

6. Ao analisar a existência ou não de nulidade nos autos de infração e termo de embargo, esta Corte necessariamente teria de analisar o conjunto fático-probatório dos autos. Tal análise encontra óbice no enunciado da Súmula 7 desta Corte Superior.

7. No que pertine ao Recurso Especial interposto pela alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF/88, é imprescindível o atendimento dos requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, dentre eles a demonstração da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa, emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp. 739.253/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 14.9.2015).

8. Não se pode olvidar, porém, que a particular agiu, ao que tudo indica, de boa-fé, amparado no Plano Diretor do Município de Orleans/SC (Lei Complementar Municipal 2.147/2004) – que estabelece a distância de 20 metros – e na referida Lei do Parcelamento do Solo Urbano, tendo sua edificação licenciada pela co-ré *Fundação Ambiental Municipal de Orleans-FAMOR*, órgão ambiental responsável no âmbito do Município. Por essa razão, terá ela, a princípio, direito à persecução do ressarcimento pelas perdas e danos na via processual adequada.

9. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, reconhecendo a imprescindibilidade da observância do limite imposto pelo Código Ambiental para a edificação nas margens do Rio Tubarão, e, por conseguinte, a necessária demolição da edificação construída na Área de Preservação Permanente-APP, impondo, ainda, à *Fundação Ambiental Municipal de Orleans-FAMOR* a obrigação de não mais expedir licenciamentos e autorizações para projetos de construção na referida área.

10. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.685.373-PA (2016/0196414-4)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Norte Energia S.A.

Advogados: Edis Milare e outro(s) - SP129895

Priscila Santos Artigas - SP241956

Lucas Tamer Milaré - SP229980

Maria Clara Rodrigues Alves Gomes - SP260338

Recorrido: Ministério Público Federal

Recorrido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais
Renováveis - Ibama

Recorrido: Antônio Souza Prudente

Advogado: Valdi Cardoso Fernandes - DF004874

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Direito Ambiental. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Violação aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil de 1973. Inocorrência. Controvérsia jurídico-processual. Manifestação posterior e “in abstrato” em jornal. Suspeição de parcialidade. Não configuração. Ofensa aos arts. 131 do Código de Processo Civil de 1973 e 40 do Código de Processo Penal.

Remessa de cópia dos autos ao “Parquet” e à Ordem dos Advogados do Brasil para apuração de infração. Ausência de ato ilegal ou abusivo. Decisão fundamentada. Recurso especial improvido.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - Medida extrema que é, a suspeição de parcialidade do juiz configura-se apenas nos casos em que presentes provas irrefutáveis de indicação de julgamento em favor de uma das partes, sendo insuficientes meras conjecturas para a sua declaração.

IV - Constituindo medida de exceção, o rol das hipóteses de seu cabimento deve ser considerado na exata medida, ensejando a sua declaração apenas quando configurado o interesse direto do juiz na causa.

V - A manifestação pública e “in abstrato” sobre as teses jurídicas insertas nos feitos em que atuou não enseja a declaração de suspeição de parcialidade do magistrado.

V - Não ofende os arts. 131 do Código de Processo Civil de 1973 e 40 do Código de Processo Penal a decisão, devidamente fundamentada, que determina a extração de cópias dos autos para remessa ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil a fim de apurar o cometimento de infrações.

VI - Recurso Especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de

Faria, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dra. Priscila Santos Artigas, pela parte recorrente: Norte Energia S.A.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 20.8.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: *Vistos.*

Trata-se de Recurso Especial interposto por *Norte Energia S.A.*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento de Exceção de Suspeição, assim ementado (fls. 234e):

Processual Civil. Exceção de suspeição. Desembargador Federal. Terceira Seção. Artigo 135 do Código de Processo Civil. Hipóteses de suspeição não configuradas. Manifestação de convicção jurídica pessoal. Direito subjetivo legalmente tutelado. Inexistência de vício processual. Exceção de suspeição improcedente.

1. A configuração de suspeição de magistrado, inclusive a suspeição por apontada parcialidade na apreciação da causa, consoante o rol descrito no artigo 135 do Código de Processo Civil, exige do Excipiente a indicação de fatos objetivos e concretos, de forma que se permita aferir as hipóteses capazes de, potencial ou efetivamente, resultar em prejuízo na prestação da jurisdição.

2. No caso em exame, ao que se verifica dos argumentos de fato e de direito apresentados pela pessoa jurídica Excipiente, as alegações de suspeição de parcialidade no julgamento da causa, dirigidas ao Desembargador Federal Relator, ora Excepto, estão fundadas, unicamente, na existência de atos decisórios que foram realizados nos autos de processo contencioso e em declarações prestadas a jornal de conteúdo jurídico, vinculando-se os dois eventos, no entanto, à questão técnico-processual, sem nenhum conteúdo que se assemelhe às hipóteses de suspeição descritas no art. 135 do Código de Processo Civil, notadamente à prevista em seu inciso V, referente ao eventual interesse ‘...no julgamento da causa em favor de uma das partes.’

3. A manifestação de convicção jurídica pessoal sobre determinado tema, aplicado nos autos de processo por meio de decisão judicial, ou mesmo fora dele, abstratamente, sem qualquer referência ao caso específico, em meio

público, constitui direito subjetivo que não pode ser retirado do magistrado, consoante o 'princípio do livre convencimento motivado do juiz', estabelecido, em parte, nos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, e corolário do próprio instituto constitucional da prestação da jurisdição pelo Estado, que não pode ser dissociada da formação acadêmica, jurídica, técnica e filosófica do julgador.

4. Exceção de Suspeição que se julga improcedente.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 264/272e), consoante fundamentos resumidos na seguinte ementa (fls. 271e):

Civil e Processual Civil. Embargos de declaração em exceção de suspeição. Fundamentos de fato e de direito expressamente registrados no acórdão embargado. Embargos de declaração rejeitados.

1. Inexistindo omissão, obscuridade ou dúvida em acórdão que, fundamentadamente, decidiu a lide mediante a entrega da jurisdição pelo Órgão Colegiado, são incabíveis os embargos de declaração, por não se vincularem a qualquer das hipóteses do art. 535, incisos I e II do Código de Processo Civil.

2. Na hipótese dos autos, os Embargos de Declaração foram opostos sob o argumento de omissão e contradição em relação a aspectos relevantes da controvérsia, relativa à apontada suspeição do Relator de recurso de Apelação Cível, argumento que se encontra divorciado da hipótese dos autos, uma vez que o acórdão embargado está fundado em minudente e expreso registro dos elementos de fato e de direito que orientaram a conclusão jurisdicional aplicada pelo Órgão Colegiado que julgou a Exceção de Suspeição.

3. Embargos de Declaração rejeitados.

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Arts. 535, II, e 458 do Código de Processo Civil de 1973 - Incorre em omissão e ausência de fundamentação a decisão que deixa de justificar o porquê de não entender configurada a suspeição do Desembargador Federal que, além de ter atuado "ex officio" no processo, manifestou-se publicamente sobre a questão. Há, também, omissão no julgado em decorrência do envio dos autos ao "Parquet" e à Ordem dos Advogados do Brasil sem a devida fundamentação para tal.

II. Arts. 135, V, do Código de Processo Civil de 1973 e 36, III, da Lei Complementar n. 35/79 - Configurado o interesse do magistrado no julgamento da causa em favor da parte adversa, em decorrência de sua atuação "ex officio" no feito e de sua manifestação na imprensa, há de se declarar a sua suspeição de parcialidade; e

III. Arts. 131 do Código de Processo Civil de 1973 e 40 do Código de Processo Penal - Ausente a adequada fundamentação no tocante à existência de indícios de cometimento de infração penal ou disciplinar, merece ser declarada nula a determinação de extração de cópias ao “Parquet” e de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil.

Com contrarrazões (fls. 381/400e; fls. 405/417e), o recurso foi inadmitido (fl. 421/423e), tendo sido interposto Agravo, posteriormente convertido em Recurso Especial (fls. 528/529e).

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 537/541e, opina pelo conhecimento parcial do recurso especial e, nessa extensão, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

A exceção de suspeição foi apresentada nos autos da Ação Civil Pública n. 0000968-19.2011.4.01.3900/PA, ajuizada pelo Ministério Público Federal, a fim de que se declare a nulidade de Licença de Instalação do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte - AHE Belo Monte -, além de serem impostas obrigações de fazer e não fazer aos réus da ação.

A empresa Norte Engenharia S.A. sustenta configurada a suspeição de parcialidade do Desembargador Federal Relator, em favor do Ministério Público Federal, porquanto este: i) manteve os efeitos de antecipação de tutela no recurso de apelação, a fim de paralisar as obras da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, mesmo havendo decisão em sentido contrário emanada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em sede de Suspensão de Liminar; e ii) posteriormente, prestou informações em jornal sobre as questões discutidas no processo.

Julgado improcedente o pedido formulado na Exceção de Suspeição, interpôs-se o presente Recurso Especial, o qual passo a analisar.

A Recorrente alega a existência de omissões no acórdão recorrido não supridas no julgamento dos embargos de declaração, porquanto ausentes a

devida manifestação acerca dos atos configuradores de suspeição de parcialidade do Desembargador Federal Relator, bem como sobre a ausência de presença de indícios mínimos de cometimento de infração penal ou disciplinar ensejadores do envio de cópia dos autos ao Ministério Público e ofício à Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao prolatar o acórdão recorrido, o tribunal de origem enfrentou as controvérsias apresentadas nos seguintes termos (fls. 228/232e):

Nos termos antes expostos, a decisão do juízo de primeiro grau foi suspensa por meio de Decisão do Presidente deste Tribunal, na Suspensão de Liminar 0012208-65.2011.4.01.0000/PA. Contudo, paralelamente, em razão da edição da Licença de Instalação 795/2011, que incluiu as atividades previstas na Licença de Instalação 770/2011, o magistrado de base extinguiu o feito sem resolução do mérito, em razão da perda superveniente do objeto. *O Desembargador Requerido, por sua vez, proferiu decisão concessiva da tutela antecipada no Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Federal, ao entendimento, em síntese, de que, extinto o processo principal na origem, não mais poderia prevalecer a decisão exarada na Suspensão de Liminar, convicção que, **apesar de manifestação em sentido oposto do Presidente desta Corte, manteve** (destaque do original).*

Assim, principalmente, em razão desta Decisão concessiva de tutela antecipada, a pessoa jurídica Excipiente apontou a Suspeição do Desembargador em referência, que teria, em razão de seus atos, configurado interesse no 'julgamento da causa em favor de uma das partes', na forma prescrita no art. 135, V, do Código de Processo Civil.

(...)

Contudo, não é, ao meu sentir, o que se verifica.

(...)

Porém, pelo que se deduz dos fatos constantes dos autos e da argumentação manifesta pela própria Requerente, não se configura a alegada hipótese de parcialidade no julgamento da causa, mas, tão somente, decisão judicial que, regularmente fundamentada, decidiu questão processual objetiva, à luz da aplicação da lei de regência e segundo a interpretação a ela conferida pelo Relator.

(...)

Anoto, por relevante, que as informações prestadas pelo Excepto no jornal 'Valor' também não se prestam à caracterização da hipótese legal inscrita no art. 135, V, do CPC, como abaixo demonstro.

(...)

Cumprе ressalvar que *as informações prestadas a um veículo público de comunicação, o jornal 'Valor', embora tenham como referência situação apresentada em um processo em particular, não possuem natureza endoprocessual, mas, de outro modo, referem-se à tese e convicção pessoal sobre complexa e específica questão de direito processual civil, de aplicação a qualquer caso análogo*, como se observa do registro apresentado pelo próprio Excipiente (fls. 10 e 11): (destaques do original)

'Em entrevista ao Valor, o autor da liminar que pedia a paralisação do Belo Monte, desembargador Antonio Souza Prudente, questionou a competência do presidente do TRF para acatar o pedido da AGU. 'A minha decisão só poderia ser cassada pelo Supremo Tribunal Federal. *O presidente do TRF não tinha essa competência. Houve usurpação de competência*'. Disse Prudente.'

'O desembargador Antonio Prudente reagiu. **"O que fizeram foi ressuscitar um cadáver, baseando-se em uma ação que já perdeu o objeto. Esse é o verdadeiro retrato jurídico**, tanto que a minha decisão não foi cassada. O que fizeram foi uma suspensão de segurança sobre uma decisão que não existia mais, disse"' (destaques do original).

Assim, também por esse aspecto, não identifico elementos de fato que autorizem a conclusão de interesse e parcialidade no julgamento da causa em favor do Ministério Público Federal.

(...)

A manifestação de convicção jurídica pessoal sobre determinado tema, aplicado nos autos de processo por meio de decisão judicial, ou mesmo fora dele, abstratamente, sem qualquer referência a caso específico, ainda que veículo público de comunicação, constitui direito subjetivo que não pode ser retirado do magistrado, consoante o 'princípio do livre convencimento motivado do juiz', estabelecido, em parte, nos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, e corolário do próprio instituto constitucional da prestação da jurisdição, que não pode ser dissociada da formação acadêmica, jurídica, técnica e filosófica do julgador.

No caso dos autos, os fatos relatados que teriam, segundo o Excipiente, firmado a suspeição do Desembargador Relator, resumem-se à decisão judicial prolatada nos autos da Apelação em referência, e à declaração referente de conteúdo técnico-processual, prestada a jornal de conteúdo jurídico.

A propósito, na Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, edição de setembro/outubro de 2013, consta artigo doutrinário do julgador Excepto, denominado 'O terror jurídico da contracautela de suspensão de segurança e a proibição legal do retrocesso ecológico ambiental', vinculado à questão geral examinada no recurso de Apelação, evidência material que consolida o entendimento quanto à inexistência de qualquer ilicitude e transparência nos fatos narrados pelo Excipiente, e afirma a possibilidade legal de o magistrado

expressar suas convicções pessoais, em abstrato, de temas de direito que seja de seu interesse.

(...)

Extraia-se cópia dos autos e encaminhe-na ao Ministério Público Federal - Procuradoria Regional da República para o fim de que, conforme requerido pelo Excepto (fl. 224), na forma dos arts. 339 do Código Penal e 27/28 do Código de Processo Penal, seja verificada a configuração de eventual conduta delituosa.

Oficie-se, com a remessa de cópia dos autos, como requerido às fls. 224/225, à Comissão de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Distrito Federal - para apuração de possível responsabilidade disciplinar, consoante o disposto nos artigos 33, parágrafo único, e 34, inciso IX, da Lei 8.906/1994 e 6º do Código de Ética Disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim, não verifico omissão acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outro vício a impor a revisão do julgado.

Com efeito, haverá contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 quando a omissão disser respeito ao pedido, e não quando os argumentos invocados não restarem estampados no julgado, como pretende a parte Recorrente.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a dispensa ao julgador de rebater, um a um, os argumentos trazidos pelas partes (*v.g.* Corte Especial, EDcl nos EDcl nos EREsp 1.284.814/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 03.06.2014; 1ª Turma, EDcl nos EDcl no AREsp 615.690/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 20.02.2015; e 2ª Turma, EDcl no REsp 1.365.736/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.11.2014).

E depreende-se da leitura do acórdão recorrido que a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa aplicável ao caso.

De outro lado, não ofende o art. 458 do Código de Processo Civil de 1973 o acórdão com fundamentação adequada e suficiente, que decidiu na íntegra a controvérsia submetida a julgamento, de forma clara e coerente.

Nesse sentido, os seguintes julgados analisados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973:

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Alegada violação aos arts. 128, 131, 165, 458, 460 e 535 do CPC. Não-ocorrência. (...)

1 - Não cabe falar em ofensa aos arts. 128, 131, 165, 458, 460 e 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Vale ressaltar que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

(...)

3 - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 398.824/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 28/03/2014)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental. Recurso especial. (...) Inexistência de violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. (...)

(...)

2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC, quando o Tribunal de origem se pronuncia, de forma fundamentada, sobre todas as questões necessárias ao desate da lide.

(...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 466.805/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 09/06/2014).

Em relação à alegação, formulada em sede de contrarrazões, no sentido de incidir o enunciado da Súmula 7/STJ ao caso, no que tange à análise, por esta Corte, acerca da existência de suspeição de parcialidade do Excepto, ora Recorrido, impende salientar que a controvérsia posta diz respeito à interpretação dada pelo tribunal de origem sobre a questão, estando assim descritos os fatos (fls. 229/231e):

Realmente, o interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes, no caso o Ministério Público Federal, autor da Ação Civil Pública da qual resulta a presente lide, teria se dado em razão de decisão judicial exarada nos autos da Apelação 0000968-19.2011.4.01.3900/PA.

Porém, pelo que se deduz dos fatos constantes dos autos e da argumentação manifesta pela própria Requerente, não se configura a alegada hipótese de parcialidade no julgamento da causa, mas, tão somente, decisão judicial que,

regularmente fundamentada, decidiu questão processual objetiva, à luz da aplicação da lei de regência e segundo a interpretação a ela conferida pelo Relator.

Com efeito, para melhor elucidação da lide, transcrevo teor integral da Decisão que, ao entendimento da Excipiente, teria configurado parcialidade no julgamento da causa (fls. 193/194e):

Com vistas nos termos da decisão proferida pela Presidência deste egrégio Tribunal, acolhendo petição do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, visando ressuscitar o cadáver procedimental-autoritário da suspensão de segurança proferida pelo então Presidente Olindo Menezes, sob o n. 0012205-65.2011.4.01.0000/PA, na fase inaugural desta ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal perante o juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará, buscando a suspensão da Licença de Instalação n. 770/2011 e da Autorização da Supressão de Vegetação 501/2011, bem assim que o BNDES se absteve de transferir recursos à Norte Energia S/A, relativamente à UHE Belo Monte e, *considerando que aquele juízo monocrático extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em 29/08/2013, entendo que a malsinada Suspensão de Segurança restou sem objeto, como ato político e procedimental acessório, que se extingue, seguindo a sorte do processo principal, extinto, pelo visto, sem resolução do mérito, perante o juízo singular, controlado politicamente pelo instrumento da Suspensão de Segurança pela Presidência deste colendo Tribunal, nos termos da legislação excepcional em referência, não tem competência política ou jurisdicional para criar embaraços ou cassar as decisões judiciais, proferidas por qualquer dos membros deste Tribunal, no exercício pleno de sua jurisdição, como no caso em exame, sob pena de usurpação da competência da Presidente do Supremo Tribunal Federal.*

Rodrigo Klippel e Antônio Adonias Bastos, em comentários aos requisitos genéricos e específicos da suspensão de segurança, destacam, como o primeiro desses requisitos, 'a necessidade de que exista em curso um procedimento principal, em relação ao qual a suspensão de segurança é incidente e acessória - extinto o procedimento principal, *ex lege*, está extinto o acessório' (*In* manual de Processo Civil - Editira Lumen Juris - 2011, pág. 1.060).

Não há que se invocar, na espécie, o fenômeno da ultra-atividade e a renovação da suspensão de segurança, à luz do que dispõe o parágrafo 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/92 e do enunciado da Súmula n. 626/STF, em sede de mandado de segurança, inaplicáveis na espécie, e até porque a disposição legal no sentido de que a suspensão de segurança 'vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal', já não se aplica mesmo, no caso dos autos, onde o processo foi extinto, em primeira instância, sem resolução do mérito.

Esclareça-se, de logo, que nunca foi e não é propósito desta Relatoria exercer 'supremacia de suas decisões' sobre os atos políticos da Presidência deste Tribunal, mas cumprir o seu indeclinável dever de exercer em plenitude sua jurisdição, que não pode nem deve ser atropelada ou cassada por atos dessa mesma Presidência.

Nessa inteligência, decidiu, recentemente, a Presidência do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar n. 712/MG, na dicção de que a 'suspensão de liminar é medida gravíssima, de profunda invasidade, na medida em que dispensa ampla cognição, bem como contraditório completo. Ademais, as contracautelas extraordinárias estão disponíveis apenas ao Poder Público, que não as pode utilizar como sucedâneo recursal, nem como imunização à observância de decisões judiciais proferidas segundo o devido processo judicial regular'. (SL n. 712/MG - DJe de 28/08/2013).

Esclareça-se, ainda, que não possui amparo legal a expressão usada na decisão da Presidência deste Tribunal, em busca de equivocada ultra-atividade de suspensão de segurança, para o caso em exame, na compreensão de que 'a decisão que defere o pedido de suspensão tem eficácia até o trânsito em julgado da ação principal'; posto que 'a ação principal não transita em julgado', mas, a possível sentença de mérito, a ser proferida nos autos do processo principal, o que ainda não ocorreu, na hipótese destes autos.

Conforme consignado na decisão por mim proferida, o julgado inicialmente prolatado pelo juízo 'a quo' e que foi objeto de impugnação na suspensão de liminar em destaque já não mais subsiste - repita-se -, ante a prolação de sentença, por aquele mesmo juízo, declarando a extinção do processo, sem resolução do mérito, do que resulta a inequívoca prejudicialidade do incidente processual em referência, a descaracterizar qualquer usurpação de competência da Corte Especial, na espécie.

Ademais, ainda que assim não fosse, tal circunstância não teria o condão de inibir a apreciação, no âmbito da Turma julgadora, de eventual pedido de antecipação de tutela recursal, na linha da fundamentação já constante da decisão por mim proferida, eis que distintos os pressupostos jurídicos em que se amparam os respectivos controles político, na suspensão de segurança, e jurídico, no recurso de apelação.

Mantenho, pois, os termos de minha decisão de fls. 3.701/3.724, que deverá ser submetida ao órgão jurisdicional competente da colenda 5ª Turma deste egrégio Tribunal, oportunamente.

Publique-se. Intimem-se as partes.

Comunique-se, por ofício, à Presidência deste Tribunal o teor desta decisão.

Brasília-DF, em 4 de novembro de 2013'

Anoto, por relevante, que as informações prestadas pelo Excepto no jornal 'Valor' também não se prestam à caracterização da hipótese legal inscrita no art. 135, V, do CPC, como abaixo mencionado.

(...)

Cumpre ressaltar que as informações prestadas a um veículo público de comunicação, o jornal 'Valor', embora tenham como referência situação apresentada em um processo em particular, não possuem natureza endoprocessual, mas, de outro modo, referem-se à tese e convicção pessoal sobre complexa e específica questão de direito processual civil, de aplicação a qualquer caso análogo, como se observa do registro apresentado pelo próprio Excipiente (fls. 10 e 11):

Em entrevista ao 'Valor', o autor da liminar que pedia a paralisação do Belo Monte, desembargador Antonio Souza Prudente, questionou a competência do presidente do TRF para acatar o pedido da AGU. 'A minha decisão só poderia ser cassada pelo Supremo Tribunal Federal. O presidente do TRF não tinha essa competência. Houve usurpação de competência'. Disse Prudente.

O desembargador Antonio Souza Prudente reagiu. 'O que fizeram foi ressuscitar um cadáver, baseando-se em uma ação que já perdeu o objeto. Esse é o verdadeiro retrato jurídico, tanto que a minha decisão não foi cassada. O que fizeram foi uma suspensão de segurança sobre uma decisão que não existe mais', disse.

Assim, também por esse aspecto, não identifiquei elementos de fato que autorizem a conclusão de interesse e parcialidade no julgamento da causa em favor do Ministério Público Federal.

(...)

A manifestação de convicção jurídica pessoal sobre determinado tema, aplicado nos autos de processo por meio de decisão judicial, ou mesmo fora dele, abstratamente, sem qualquer referência a caso específico, ainda que veículo público de comunicação, constitui direito subjetivo que não pode ser retirado do magistrado, consoante o princípio do livre convencimento motivado do juiz, estabelecido, em parte, no art. 131 e 436 do Código de Processo Civil, e corolário do próprio instituto constitucional da prestação da jurisdição, que não pode ser dissociada da formação acadêmica, jurídica, técnica e filosófica do julgador.

No caso dos autos, os fatos relatados que teriam, segundo o Excipiente, firmado a suspeição do Desembargador Relator, resumem-se à decisão judicial prolatada nos autos da Apelação em referência, e à declaração referente de conteúdo técnico-processual, prestada a jornal de conteúdo jurídico (Destques meus).

Do excerto acima transcrito, entendo não haver necessidade de reexame dos fatos e das provas para a análise da controvérsia, sendo o caso de mera reavaliação jurídica do entendimento adotado pela Corte “a qua” no tocante à rejeição da declaração de suspeição de parcialidade de Desembargador Federal Relator.

Dessa maneira, não há que se falar em incidência da Súmula n. 7/STJ ao caso, restando a esta Corte avaliar se a decisão do Desembargador Federal que manteve os efeitos da antecipação da tutela no recurso de Apelação, à revelia da decisão emanada pelo Presidente do Tribunal “a quo” em sede de Suspensão de Liminar, bem como a sua manifestação no jornal “Valor Econômico” sobre a questão, configuram sua suspeição de parcialidade.

No que se refere à alegação de suspeição de parcialidade, nos termos dos arts. 304 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, há de se consignar que a exceção de suspeição tem por objeto o reconhecimento da impossibilidade do magistrado permanecer na direção do processo, porquanto, na condução do feito, penderia em favor de uma das partes, comprometendo sua necessária imparcialidade.

Saliente-se tratar-se de providência severa, objetivando o afastamento de juiz do julgamento da lide; portanto, deve ser entendida como uma medida de exceção a ser aplicada apenas quando existentes provas irrefutáveis de que o magistrado está interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes, não bastando, para o seu reconhecimento, meras conjecturas, sob o risco de ofensa ao princípio do juiz natural.

Além do mais, constituindo medida de exceção, o rol das hipóteses de seu cabimento deve ser considerado na exata medida, ensejando a declaração de suspeição de parcialidade do magistrado apenas quando configurado o seu interesse direto na causa.

De outro lado, esclareça-se que o art. 36, III, da Lei Complementar n. 35/1976 determina ser vedado ao magistrado “manifestar, por qualquer meio de comunicação, *opinião sobre processo pendente de julgamento*, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério” (destaques meus).

Sobre o assunto, ensinam os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O juiz que tem interesse no desfecho da causa não pode julgá-la (*nemo iudex in causa sua*). O interesse referido na norma sob comentário é o próprio e direto (Montesano-Arieta. Trattat, v. 1, t. I, n. 121.1, p. 416), isto é, interesse que possa transformá-lo em verdadeira parte processual, violando-se o princípio *nemo iudex in causa sua*, de modo que não haverá mais dúvida quanto à imparcialidade do juiz, mas sim presunção de que ele é parcial. O interesse direto do juiz na causa pode ser de natureza 'econômica' ou 'jurídica strictu sensu', que poderá existir, por exemplo, quando a 'sentença a ser proferida possa ter uma repercussão jurídica ou de fato sobre uma **relação substancial da qual o juiz seja parte**' (Salvatore Satta. Comm., v.1 (Libro Primo), p. 203).

(...)

A norma do CPC 135 V não incide, por exemplo, nos casos em que o juiz: a) é membro de uma determinada religião ou seita religiosa (Fasching. ZPR, n. 164, p. 95); b) é membro de determinada agremiação cultural, social ou esportiva; c) adota determinada linha de pensamento político, filosófico ou ideológico; d) é partidário de determinada corrente doutrinária ou jurisprudencial, majoritária ou minoritária; e) requisitou instauração de inquérito policial contra uma das partes (CPP40); f) julgou ação penal contra uma das partes; g) decidiu contrariamente à parte, em ação anterior, ainda que semelhante (mesma causa de pedir ou pedido) (Fasching. ZPR, n. 164, p. 95); h) teve sua decisão ou sentença anulada ou reformada no mesmo processo; i) exteriorizou opinião científica sobre matérias ou teses jurídicas, em entrevistas, artigos, dissertação de mestrado, teses de doutorado, livre-docência e de professor titular, livros etc., matérias essas que estão sendo discutidas na causa.

O que torna o juiz suspeito de parcialidade não é o conhecimento prévio que a parte e/ou interessado possam ter sobre opinião jurídica, política, religiosa ou filosófica já exteriorizada pelo juiz, mas sim o adiantamento que está ou estará sob julgamento (prejulgamento).

(...)

O prejulgamento se caracteriza quando o juiz faz afirmação intempestiva de ponto de vista sobre o caso concreto, ou seja, sobre os fatos da causa que se encontra sob julgamento e ainda não foi julgada.

(...)

Dar entrevistas, manifestar-se em palestras e escritos, sempre 'in abstracto', não constitui prejulgamento para ações em que se discutam as teses sobre as quais o juiz se manifestou. O prejulgamento se verifica se há adiantamento sobre caso concreto, isto é, matéria que se encontra sub iudice e o juiz da causa sobre ela se manifestou.

(...)

A exteriorização de opiniões doutrinárias em publicações (livros e artigos), dissertações e teses acadêmicas (v.g., mestrado, doutorado, livre docência), como

também em entrevistas, palestras e conferências, não constitui 'per se' causa de parcialidade do juiz. 'Quem deu entrevista, de modo geral, sobre a matéria, não é suspeito; nem quem expôs em escrito científico o que a respeito pensava' (Pontes de Miranda. Coment. CPC (1973), II, p. 429). Como ser humano, social e político, o juiz tem o direito de manifestar-se publicamente sobre teses jurídicas, sem que isso comprometa a sua imparcialidade para julgar ações nas quais se discutam as mesmas teses (Zöller-Vollkommer. ZPO, § 42 II, n. 8, p. 19; MünchKommZPO, v.1, Oskar Feiber, § 42, n. 21, p. 338; Fasching. ZPR, n. 164, p. 95). (Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 14ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 503/504, destaques meus).

No presente caso, consoante acima consignado, sustenta-se a existência de suspeição de parcialidade de Desembargador Federal em decorrência de este ter mantido a concessão dos efeitos de antecipação da tutela quando do recebimento do recurso de apelação, à revelia do determinado pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em sede de Suspensão de Liminar, bem como por ter se pronunciado em veículo de comunicação sobre a tese jurídico-processual envolvida no feito, qual seja, se a decisão proferida em sede de Suspensão de Liminar subsiste com a prolação de sentença que extinguiu o feito sem a análise do mérito.

Contudo, em que pesem as alegações trazidas, verifico não haver provas inequívocas do interesse do magistrado na causa em favor do “Parquet”, porquanto o que se observa é a intenção da Recorrente em impugnar decisão concessiva dos efeitos de antecipação da tutela para suspender as obras da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em confronto com o decidido pela Presidência do Tribunal em sede de Suspensão de Liminar.

Pois bem. Verifico que a situação em tela poderia ensejar requerimento de correção parcial ao Conselho de Justiça Federal, consoante o disciplinado na Lei n. 5.010/66, art. 6º, I, e não o manejo de incidente de exceção de suspeição de parcialidade.

Não bastasse isso, saliente-se que a manifestação do Desembargador Federal no jornal “Valor Econômico” ocorreu após a prolação da decisão nos autos, limitando-se o ora Recorrido a tecer comentários “in abstracto” sobre tese jurídico-processual, não havendo nenhuma menção ao mérito da ação, indicativa de prejudgamento da causa.

Desse modo, entendo não configurada a suspeição de parcialidade do Desembargador Federal, Relator da Apelação Cível n. 0000968-19.2011.4.01.3900/PA.

Por fim, no tocante à alegada ofensa aos arts. 131 do Código de Processo Civil de 1973 e 40 do Código de Processo Penal, sob o argumento de ausência de fundamentação no ponto da decisão que determinou a extração de cópia dos autos para remessa ao Ministério Público Federal e à Ordem dos Advogados do Brasil, resta assim consignada a decisão proferida em sede de Embargos de Declaração (fl. 268e):

Em relação à determinação de extração de cópia dos autos para remessa ao Ministério Público Federal - Procuradoria Regional da República e à Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Distrito Federal - também não se verifica a apontada omissão por inexistência de fundamentação. Com efeito, nos aludidos parágrafos, que são pontualmente impugnados, há indicação de vários dispositivos legais que amparam a medida requerida pelo Excepto, tendo-se no ponto, apenas a regular entrega da jurisdição (fls. 230/231):

5 - Dispositivo

Ante o exposto, evidenciada a inexistência do direito vindicado, julgo improcedente o pedido formulado na Exceção de Suspeição em julgamento.

Extraia-se cópia dos autos e encaminhe-na ao Ministério Público Federal - Procuradoria Regional da República para o fim de que, conforme requerido pelo Excepto (fl. 224), na forma dos arts. 339 do Código Penal e 27/28 do Código de Processo Penal, seja verificada a configuração de eventual conduta delituosa.

Oficie-se, com remessa de cópia dos autos, como requerido às fls. 224/225, à Comissão de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Distrito Federal, para apuração de possível responsabilidade disciplinar, consoante o disposto nos artigos 33, parágrafo único, e 34, inciso IX, da Lei 8.906/1994 e 6º do Código de Ética Disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil

(...)

Cumpre, a propósito, anotar que a qualquer pessoa é, legal e constitucionalmente, conferida a possibilidade de noticiar ao Ministério Público fato que entenda de necessário exame por tal instituição. A mesma peculiaridade se observa em relação à aplicação do Código de Ética Disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil, porquanto é também possível a qualquer interessado informar a Ordem dos Advogados do Brasil fato que, eventualmente, repute dissonante ou contrário ao aludido Código. Por outro ângulo, a apreciação de tais manifestações não está inserida na competência deste Tribunal.

Assim, na hipótese dos autos, a mera desconsideração do pedido apresentado pelo Excepto em sua defesa, no aspecto em foco, resultaria em ilegal negativa de

prestação da jurisdição. Portanto, diversamente do alegado nos Embargos em exame, a decisão encontra-se sobejamente fundamentada, e em sintonia com elementos de fato e de direito constante dos autos, aí, por evidente, inserindo-se os argumentos postos na peça inicial da Exceção, de fls. 02/14, não havendo, por outro lado, a qualquer razão que autorize juízo diverso.

Da leitura da decisão prolatada, não vislumbro ausência de fundamentação na decisão que determina a extração de cópia dos autos para remessa ao Ministério Público Federal e à Ordem dos Advogados do Brasil a fim de apurar a existência de delito ou infração disciplinar, ao contrário do que pretende fazer crer a Recorrente.

Além do mais, consoante o entendimento desta Corte, o mero envio de cópia dos autos ao “Parquet” ou à Ordem dos Advogados do Brasil não configura ato ilegal ou abusivo, porquanto trata-se de mera comunicação de fatos a serem oportunamente apurados.

Nessa linha, os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Indeferimento de pedido de carga dos autos e aplicação da penalidade prevista no art. 196 do CPC sem intimação prévia. Atos atacáveis por agravo de instrumento. Art. 5º, inc. I, da Lei n. 1.533/51. Expedição de ofício à OAB. Ausência de ilegalidade ou abusividade.

1. Tanto o indeferimento de pedido de carga de autos como a aplicação da penalidade prevista no art. 196 do Código de Processo Civil - CPC sem intimação prévia poderiam ter sido combatidos com o manejo do recurso cabível (agravo de instrumento).

2. Como se sabe, o art. 5º, inc. II, da Lei n. 1.533/51 é claro ao afirmar que não cabe mandado de segurança contra “despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”.

3. *Note-se, ainda, que a expedição de ofício para a OAB não traz como consequência a imediata e acrítica aplicação de penalidade. Trata-se de mera comunicação de fatos, que serão avaliados pelo conselho profissional, devendo ser aberta ao ora recorrente oportunidade de contraditório e ampla defesa. Não há ilegalidade ou abusividade no envio do ofício.*

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não-provido.

(RMS 23.211/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008, destaque meu).

Queixa-crime. Calúnia. Ausência de configuração. Determinação, por magistrado, da apuração de responsabilidade do querelante em sede de notícia-crime, mediante o envio de cópias ao Ministério Público. Rejeição.

1. Para que fique configurado o crime de calúnia é preciso o preenchimento dos seguintes requisitos: imputação de um fato, sua qualificação como crime e a falsidade da imputação, o que absolutamente não ocorre no presente caso: “Já decidiu essa Corte Superior que a ‘imputatio facti’, exigência do art. 41 do CPP, não pode, em sede de queixa, ser constituída por argumentação. O fato deve ser descrito de forma clara que permita ampla defesa. (REsp 476.437/SP, Rel. Min. Felix Fischer)

2. A simples determinação da remessa de cópia dos autos ao MP, para apurar a responsabilidade penal do representante, não equivale a atribuir, diretamente, a prática de crime específico, até porque solicitar investigação não equivale a imputar.

3. Rejeição da queixa-crime.

(Apn 355/BA, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 20/10/2004, DJ 28/02/2005, destaque meu).

Isto posto, *nego provimento* ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.728.921-SC (2018/0053851-0)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Fazenda Nacional

Recorrido: Bell Valley Distribuidora Ltda

Advogados: Carlos Alberto de Souza Júnior - SC012294

João Marcelo Bullegon Ugalde e outro(s) - RS105175

Carlos Alberto de Souza Junior - RS079481

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Tributário. Despacho aduaneiro. Direito *antidumping*. Súmula 323/STF. Não incidência. Honorários. Não cabimento. Recurso especial provido.

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

II – Não se pode conhecer a apontada violação ao art. 1.022, do Código de Processo Civil, porquanto o recurso cinge-se a alegações genéricas e, por isso, não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, bem como a sua importância para o deslinde da controvérsia, o que atrai o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, no âmbito desta Corte.

III – A quitação dos direitos *antidumping* é requisito para perfectibilização do processo de importação. A retenção de mercadorias e a exigência do recolhimento de tributos e multa ou prestação de garantia integram a operação aduaneira. Inaplicabilidade da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal.

IV – Honorários. Não cabimento.

V – Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Assistiu ao julgamento o Dr. Yuri Excalibur de Araújo Pereira, pela parte recorrente: Fazenda Nacional.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 24.10.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela *União*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 261/262e):

Aduaneiro. Mandado de segurança. Liminar. Direitos antidumping.

1. De acordo com o § 5º do art. 7º da Lei n. 9.019/95, a exigência de ofício de direitos *antidumping* ou de direitos compensatórios e decorrentes acréscimos moratórios e penalidades será formalizada em auto de infração lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal, observado o disposto no Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, e o prazo de 5 (cinco) anos contados da data de registro da declaração de importação.

2. A orientação prevista na Súmula 323 aplica-se nos casos de exigência de direitos *antidumping*.

3. A retenção das mercadorias enquanto não paga a exigência estatal sequer formalizada configura restrição ao livre exercício do direito de propriedade do importador, uma vez que a retenção impossibilita seu aproveitamento. Incabível, da mesma forma, a exigência de caução.

4. Segurança concedida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 299/300e).

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

(i) art. 1.022, II, do Código de Processo Civil – há omissão no acórdão recorrido; e

(ii) art. 3º e 7º, da Lei 9.019/95; aos arts. 7(2) e 9(2) do Acordo Antidumping da OMC, incorporado à legislação brasileira pelo Decreto 1.355/1994; ao art. 570 do Decreto n. 6.790/2009 – “não existe a possibilidade de liberação de mercadorias sujeitas à imposição de direitos *antidumping* definitivos, sem o recolhimento dos referidos direitos *antidumping*” (fl. 329e).

Com contrarrazões (fls. 339/352e), o recurso foi admitido (fls. 355/356e).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 355/356e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Não se pode conhecer a apontada violação ao art. 1.022, do Código de Processo Civil, porquanto o recurso cinge-se a alegações genéricas e, por isso, não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, bem como a sua importância para o deslinde da controvérsia, o que atrai o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, no âmbito desta Corte.

Nesse sentido:

Recurso fundado no novo CPC/2015. Tributário. Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Alegada violação do art. 1.022 do CPC/15. Deficiência de fundamentação. Súmula 284/STF. Alegação de infringência à súmula. Impossibilidade. Extinção da execução fiscal. Cancelamento da CDA. Honorários advocatícios. Possibilidade.

1. *É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 1.022 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF.*

2. No que se refere à alegação de infringência à Súmula, esta Corte firmou entendimento de que enunciado ou súmula de tribunal não equivale a dispositivo de lei federal, restando desatendido o requisito do art. 105, III, a, da CF.

3. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, sobrevindo extinção da execução fiscal em razão do cancelamento da certidão de dívida ativa após a citação válida do executado, a Fazenda Pública deve responder pelos honorários advocatícios, em homenagem ao princípio da causalidade. Precedentes: AgRg no AREsp 791.465/SP, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma*, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016; REsp 1.648.213/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.134.984/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 06/03/2018, destaque meu).

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Dano moral fixado em R\$ 10.000,00. Exorbitância não configurada. Razões recursais dissociadas do julgado combatido. Ausência de omissão no julgado. Embargos de declaração de Ataliba Alvarenga rejeitados.

1. *Verifica-se, no caso, a dissociação das razões dos Embargos em relação ao julgado combatido, sendo certo que este não fixou juros moratórios e correção monetária à condenação. Incide, no ponto, portanto, o óbice da Súmula 284/STF.*

2. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado.

3. No caso em apreço, não se constata a presença de qualquer vício a macular o acórdão embargado que, de forma clara e fundamentada, consignou que a revisão do valor fixado a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso.

4. Assim, não havendo a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015; a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, e não podem ser ampliados.

5. Embargos de Declaração de *Ataliba Alvarenga* rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 335.714/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017, destaque meu).

Processo Civil. Administrativo. Recurso especial. Deficiência na alegação de contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015. Incidência da Súmula 284/STF. Servidor público municipal. Reenquadramento. Prescrição de fundo de direito. Caracterização.

1. *É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 se faz sem a demonstração objetiva dos pontos omitidos pelo acórdão recorrido, individualizando o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão supostamente ocorridos, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula 284/STF.*

2. É cediço que o enquadramento ou o reenquadramento de servidor público é ato único de efeitos concretos, o qual não reflete uma relação de trato sucessivo. Nesses casos, a pretensão envolve o reconhecimento de uma nova situação jurídica fundamental, e não os simples consectários de uma posição jurídica já definida. A prescrição, portanto, atinge o próprio fundo de direito, sendo inaplicável o disposto na Súmula 85/STJ. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1.712.328/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018, destaque meu).

Processual Civil e Administrativo. Violação do art. 1.022 do NCP. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Descumprimento de obrigação de fazer por parte do Estado. Fixação de multa diária. Art. 461 do CPC. Possibilidade. Precedentes. Súmula 83/STJ. *Astreintes*. Razoabilidade e proporcionalidade. Revisão. Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico.

1. *Não prospera a alegada violação do art. 1.022 do novo Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Com efeito, a recorrente limitou-se a*

alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido contraditório, obscuro ou omissos o acórdão recorrido.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido da tese esposada pelo Tribunal de origem, segundo a qual é possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória - *astreintes* -, ainda que contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer.

3. Relativamente ao art. 461 do CPC, a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a apreciação dos critérios previstos na fixação de *astreintes* implica o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. Excepcionam-se apenas as hipóteses de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. Precedentes.

4. Quanto à interposição pela alínea "c", este tribunal tem entendimento no sentido de que a incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa.

5. Não se pode conhecer do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, quando o recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 885.840/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 23/08/2016, destaque meu).

A controvérsia central do recurso envolve a possibilidade de retenção da mercadoria importada até o pagamento dos direitos *antidumping*.

O termo *dumping* origina-se do verbo *to dump*, que significa jogar, desfazer, esvaziar-se. Consiste na prática de medidas com o fim de possibilitar que mercadorias ou produtos possam ser oferecidos em um mercado estrangeiro a preço inferior ao vigente no mercado interno.

Ainda, registre-se a definição do conceito de dumping aplicável aos países Signatários do Acordo Geral de Tarifas e Comércio no artigo VI desta Convenção:

As partes contratantes reconhecem que o 'dumping' que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, deve ser condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou se retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional.

O remédio adotado para essa prática comercial desleal é chamado de direito *antidumping*, ou seja, é o procedimento que agrega ao valor do produto importado uma quantia igual ou inferior àquela margem de preço diferenciado.

Com efeito, o pagamento dos direitos *antidumping* representa condição para a importação dos produtos. O importador fica sujeito à sua exigência de ofício, além de multa e juros moratórios, se não cumprir a determinação, cuja imposição deve ser formalizada em auto de infração.

Por essas razões, resta inaplicável o enunciado da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, que rejeita a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, porquanto não se pode confundir a apreensão com a retenção de mercadorias e consequente exigência de recolhimento de tributos e multa ou prestação de garantia, procedimento que integra a operação de importação.

Outrossim, a quitação dos direitos *antidumping* é requisito para perfectibilização do processo de importação, sem o qual não pode ser autorizado o despacho aduaneiro. Não há como liberar pura e simplesmente as mercadorias à mingua de qualquer garantia.

Nessa linha, o precedente da 2ª Turma desta Corte:

Tributário. Processual Civil. Despacho aduaneiro. Direito *antidumping*. Inexistência de direito líquido e certo. Ausência de omissão, art. 1.022, II, do CPC. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. Cuida-se na origem de Mandado de Segurança com o escopo de se proceder ao desembaraço aduaneiro de produtos químicos oriundos da República Popular da China, porquanto a autoridade alfandegária exige pagamento de direitos *antidumping* e multa de ofício sobre direitos *antidumping*.

3. O Tribunal regional decidiu que a retenção das mercadorias para cobrança dos tributos somente pode ser exigida mediante lavratura de auto de infração; portanto, a autoridade coatora deveria dar prosseguimento ao despacho de importação das mercadorias, independentemente do recolhimento de multa e prestação de garantia. Ademais, "a liberação da mercadoria não impediria a atuação da administração tributária em futuro procedimento fiscal, que tem meios próprios para satisfação da dívida (Súmula 323/STF)".

4. A indicada afronta aos arts. 107, 108 e 109 do Decreto 6.759/2009; ao art. 78 do CTN; ao art. 39 do Decreto 1.455/1976 e ao art. 50 do Decreto-Lei 37/1966 não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

5. O direito *antidumping* têm como escopo proteger a produção nacional contra a importação desmedida de produtos similares aos que se produzem aqui ou que com eles concorrem diretamente.

6. A vetusta Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal (É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos) não pode ser aplicada ao caso *sub judice*. Ela não se amolda à hipótese sob exame, pois não houve apreensão de mercadorias por parte da autoridade alfandegária, mas negativa de proceder ao desembaraço aduaneiro dos produtos advindos da República Popular da China.

7. O art. 571, § 1º do Decreto 6.759/2009, infra transcrito, é claro à respeito, portanto não existe direito líquido e certo da recorrida ao prosseguimento do despacho de importação.

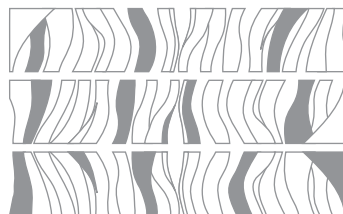
8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1.668.909/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017).

Ante o exposto, afasto a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 e ***dou provimento*** ao Recurso Especial para restabelecer a sentença de fls. 178/181e.

Sem honorários de sucumbência a teor do disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/09 e enunciado da Súmula 105 desta Corte Superior.

É o voto.



Segunda Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 812.782-PR
(2015/0287528-3)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Estado do Paraná

Procurador: Paula Schmitz de Schmitz e outro(s) - PR027081

Agravado: Joana Maria Lino Simoes

Advogados: Heroldes Bahr Neto - PR023432

Flávia Thomaz Soccol e outro(s) - PR061244

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.

1. A falta de indicação do dispositivo legal contrariado compromete a fundamentação do recurso, tornando-a deficiente, nos termos da Súmula 284/STF.

2. Tal falta atinge inclusive a insurgência fundada na alínea “c” do permissivo constitucional, dada a necessidade de apontamento da norma com interpretação controvertida.

3. “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete

Magalhães, Francisco Falcão (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 23.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo interno manejado pelo Estado do Paraná contra decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 1.199/1.203). Na oportunidade, registrou-se que: a) o Estado responde objetivamente pelos danos advindos da morte de detento ocorrida em estabelecimento prisional, ainda que provocada pelos demais presidiários; b) impossível o conhecimento da assertiva de divergência jurisprudencial, por aplicação do óbice da Súmula 284/STF.

O agravante afirma, com respeito à tese não conhecida - termo inicial dos juros moratórios -, que “[...] tendo ocorrido afetação de recurso especial que trata especificamente desse tema, questões formais eventualmente presentes em outros recursos especiais sobre a mesma matéria devem ser relevadas, nos termos do art. 1.029, § 3º, do novo Código de Processo Civil” (e-STJ, fl. 1.222). No ponto, trecho do REsp 1.479.864.

Acrescenta que o apelo nobre deveria ter sido sobrestado na origem “[...] e somente se o Tribunal de Justiça, após o julgamento, não se retratasse, é que haveria juízo de admissibilidade (art. 543-C, § 8º, do CPC revogado)” (e-STJ, fl. 1.222).

Sem impugnação da parte contrária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O presente recurso não merece prosperar.

Como dito no julgamento monocrático, o recorrente não indicou o dispositivo de lei federal supostamente infringido pelo acórdão combatido.

Tal falta compromete o conhecimento da insurgência fundada na alínea “c” do permissivo constitucional, dada a necessidade de apontamento da norma com interpretação controvertida. Assim, incide o óbice da Súmula 284/STF.

Nesse sentido:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. IGEPREV. Extinção. Contribuições vertidas. Devolução. Violação do art. 557, § 1º-A do CPC superada pelo julgamento colegiado do agravo regimental. Dissídio jurisprudencial. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Análise de dispositivos de legislação local. Súmula 280/STF.

[...]

2. Na interposição do recurso especial com base na alínea c do permissivo constitucional é imperiosa a indicação do dispositivo federal sobre o qual recai a suposta divergência jurisprudencial, o que não ocorreu no caso em tela. Assim, não pode ser conhecido o presente recurso especial, nos termos da Súmula 284/STF, que dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”. Nesse mesmo sentido, destacam-se os seguintes precedentes: AgRg no AREsp 123.219/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/5/2012; AgRg no AREsp 83.349/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 7/5/2012.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 154.997/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 5/11/2014)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Contrato administrativo. Execução. Interrupção do prazo prescricional em virtude de propositura de demanda judicial pelo devedor na qual o débito é impugnado. Alegada ausência de preclusão. Recurso ancorado na alínea c do permissivo constitucional. Não indicação do dispositivo legal sobre o qual supostamente recai a controvérsia. Incidência da Súmula 284/STF. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Agravo regimental desprovido.

[...]

2. A não indicação do dispositivo de lei que teria sido supostamente violado é circunstância que obsta o conhecimento do Apelo Nobre interposto tanto com fundamento na alínea a, como na alínea c do permissivo constitucional (Súmula 284/STF).

3. Além do que, para se comprovar a divergência, não basta a mera transcrição de ementas, é indispensável o cotejo analítico entre os julgados, de modo que ressaia a identidade ou similitude fática entre os acórdãos paradigma e recorrido,

bem como teses jurídicas contrastantes, a demonstrar a alegada interpretação oposta.

4. Agravo Regimental do IRGA desprovido.

(AgRg no REsp 1.355.908/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/8/2014)

Destaco, com respeito ao REsp 1.479.864/SP, outrora afetado ao rito do art. 543-C do CPC/1973, que a sua submissão à sistemática dos recursos repetitivos foi cancelada, pela Corte Especial, na sessão de julgamento do dia 4/10/2017.

Registro, outrossim, que o recurso especial foi interposto no ano de 2014, antes da vigência do CPC/2015. Nos termos do Enunciado Administrativo n. 2: “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”.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 812.782-PR (2015/0287528-3)

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Estado do Paraná

Procurador: Paula Schmitz de Schmitz e outro(s) - PR027081

Agravado: Joana Maria Lino Simoes

Advogados: Heroldes Bahr Neto - PR023432

Flávia Thomaz Soccol e outro(s) - PR061244

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Inovação recursal. Impossibilidade de

conhecimento. Responsabilidade do Estado. Morte de preso em estabelecimento prisional. *Quantum* indenizatório. Revisão. Valor irrisório. Possibilidade. Pensionamento mensal. Família de baixa renda. Cabimento.

1. A tese não trazida nas razões do apelo nobre, mas impropriamente no agravo interno, não merece conhecimento por configurar inovação recursal.

2. Em regra, descabe, no recurso especial, o reexame do valor fixado pelas instâncias ordinárias a título de indenização por dano moral. Porém, em hipóteses excepcionais, é admissível a revisão da quantia quando evidente a condenação em montante irrisório ou exorbitante.

3. No caso dos autos, é insuficiente a cifra de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para a morte de preso em estabelecimento prisional. Majoração do valor para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), com amparo em precedentes de situação semelhante.

4. É devida a indenização por dano material, na forma de pensionamento mensal, aos genitores do menor falecido em razão de ação ou omissão estatal, ainda que o *de cujus* não exerça atividade remunerada, porquanto se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda.

5. Essa orientação, logicamente, deve alcançar os filhos maiores, pois a obrigação de alimentos, na forma do art. 1.696 do Código Civil, é recíproca entre pais e filhos. Ademais, ambas as Turmas componentes da Primeira Seção do STJ já se posicionaram pelo cabimento de pensão aos genitores de detento morto no interior de estabelecimento prisional.

6. O encarceramento não afasta a presunção de ajuda mútua familiar, pois, após a soltura, existe a possibilidade de contribuição do filho para o sustento da família, especialmente em razão do avançar etário dos pais.

7. Parâmetros da pensão: 2/3 (dois terços) do salário mínimo do dia da morte até o momento no qual o falecido completaria 25 anos de idade; 1/3 (um terço) a partir daí até a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos. Precedentes.

8. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 23.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo interno manejado pelo Estado do Paraná contra decisão que, no exame do recurso especial da parte adversa, deu-lhe provimento para majorar o valor da indenização por dano moral e estabelecer pensionamento mensal em favor da mãe de presidiário morto em estabelecimento prisional (e-STJ, fls. 1.233/1.240).

O agravante afirma a não configuração da responsabilidade do Estado por ausência de nexo causal. Aduz, ainda, violação do art. 927 do Código Civil. Explica que (e-STJ, fl. 1.249):

O autor do homicídio foi outro preso – o qual, prevalecendo-se da situação de rebelião, eliminou seu desafeto. Os detentos são terceiros sem qualquer vínculo com o ente estatal. Também foi provado nos autos que inexistiu falha no dever de vigilância do Estado. O detento autor do crime tinha problemas pessoais com a vítima e vice-versa.

O fato é que o Estado, por seus prepostos, nada pôde fazer para evitar o trágico evento. A conduta dos agentes do Estado foi a possível e esperada. Foi provado que não existiu ilicitude ou omissão na conduta dos agentes do Estado.

Defende a impossibilidade de revisão do valor indenizatório por aplicação do teor da Súmula 7/STJ. Argumenta que o montante fixado pela origem não é irrisório.

Questiona, outrossim, a fixação do pensionamento mensal, alegando que “[...] as instâncias ordinárias rejeitaram o pedido [...] ante a notória falta de

demonstração de dependência econômica entre o autor e seu genitor” (e-STJ, fl. 1.252). Entende aplicável também nesse ponto a orientação do verbete sumular de n. 7 dessa Corte Superior.

Requer, por fim, determinação para que os juros de mora incidam apenas a partir da decisão judicial que arbitrou o pagamento da indenização por dano moral. Indica, no ponto, a existência de submissão do REsp 1.479.864/SP ao rito do art. 543-C do CPC/1973.

Sem impugnação da parte contrária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O presente recurso não merece prosperar.

No *decisum* ora questionado, examinou-se o recurso especial de Joana Maria Lino Simões, genitora de Alexandre Carlos Simões, vítima de homicídio em dependência carcerária. Ela requereu a majoração do *quantum* indenizatório por dano moral, além da fixação de pensão.

Não foram objeto da insurgência examinada, portanto, a configuração da responsabilidade civil - já reconhecida pela instância ordinária -, tampouco o termo inicial dos juros moratórios. Essas matérias devem estar apontadas no recurso especial do ora agravante, e não no presente agravo interno, onde configuram inovação recursal.

Com respeito à revisão do *quantum* indenizatório por dano moral, a jurisprudência desta Corte estabelece a impossibilidade, em regra, do reexame do valor fixado pelas instâncias ordinárias com amparo nas circunstâncias da causa. Porém, em hipóteses excepcionais, quando evidente a condenação em montante irrisório ou exorbitante, é admissível a revisão da quantia.

Esse é o caso dos autos, pois o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) mostra-se inadequado à reparação do dano descrito no aresto combatido. Para o caso, a cifra de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) é mais apropriada, tomando por parâmetro manifestações anteriores deste Tribunal.

Exemplificativamente:

Processual Civil e Civil. Agravo regimental no recurso especial. Cerceamento de defesa. Ausência de prequestionamento. Denúnciação à lide. Desnecessidade.

Responsabilidade civil. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Revisão. Súmula 7/STJ.

1. O art. 332 do CPC não serviu de embasamento a qualquer juízo de valor emitido pelo Tribunal local e, por essa razão, não houve o prequestionamento da tese a ele pertinente. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. Segundo a orientação jurisprudencial firmada nesta Corte, a denúncia à lide em feitos atinentes à responsabilização civil estatal não é obrigatória em razão dos princípios da economia e da celeridade processual.

3. Ressalvadas as hipóteses de valor irrisório ou excessivo, é vedada, no âmbito do recurso especial, a rediscussão da quantia fixada a título de indenização por dano moral. No caso, o montante equivalente a 100 (cem) salários mínimos, por morte de preso em estabelecimento prisional, mostra-se razoável. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.444.491/PI, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 12/11/2015)

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento, sob custódia do Estado. Indenização por danos morais. Redução do valor. Pretensão recursal que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

I. O ora agravante interpôs Recurso Especial, no qual busca a redução do valor da indenização por danos morais, fixados, na origem, em R\$ 50.000,00, devidos em decorrência da morte do marido da agravada, ocorrida em uma das celas da Cadeia Pública do Município de Capistrano/CE.

II. Apenas em situações excepcionais, em que a parte demonstra, de forma contundente, que o valor fixado para o pagamento de indenização por danos morais é exorbitante ou irrisório - o que não ocorreu no caso -, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite o afastamento do óbice, previsto na Súmula 7/STJ, para que seja possível a sua revisão.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.368.026/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/11/2014)

Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Ação indenizatória. Morte de detento no interior de estabelecimento prisional. Responsabilidade civil caracterizada. Precedentes do STJ. Redução do *quantum* fixado a título indenizatório. Reexame fático-probatório. Súmula 7/STJ.

1. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem, atento às peculiaridades narradas pelo Juízo *a quo* (fl. 52-53/STJ), entendeu não ser excessivo o valor

arbitrado a título de danos morais pela morte do filho da recorrida, menor com problemas mentais, internado em instituto prisional, em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

2. Alterar o entendimento do Sodalício *a quo* demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.471.666/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/10/2014)

O Superior Tribunal de Justiça entende que é devida a indenização por dano material, na forma de pensionamento mensal, aos genitores do menor falecido em razão de ação ou omissão estatal. Essa obrigação é mantida ainda que o *de cuius* não exerça atividade remunerada, porquanto se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda.

A propósito:

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais e materiais. Acidente em rodovia federal. Má conservação de rodovia e precariedade de sinalização. Presunção de contribuição no sustento da família de baixa renda. Pensão pós-morte em favor dos genitores da vítima. Possibilidade.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda. Precedentes: REsp 740.059/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 06/08/2007; REsp 1.258.756/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/05/2012; REsp 427.842/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 04/10/2004.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.228.184/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 5/9/2012)

Administrativo. Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso custodiado em estabelecimento prisional. Presença dos requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade civil. Exorbitância do *quantum* indenizatório. Inocorrência. Necessidade de revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos. Súmula 7/STJ. Presunção de contribuição no sustento da família de baixa renda. Pensão pós-morte em favor dos genitores da vítima. Possibilidade.

1. No que tange à presença dos requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade civil do Estado no caso em concreto, o Tribunal *a quo* consignou expressamente que o detento, à época de sua morte, estava encarcerado à época do evento danoso (ou seja, sob a custódia penal do Estado). Assim, não há como afastar a prática de ato ilícito pelo ente estatal, bem como os demais requisitos necessários para a responsabilidade civil.

2. Quanto à excessividade dos valores arbitrados a título de danos morais, este Sodalício, em situação análoga à presente, já consignou pela proporcionalidade do mesmo valor arbitrado de indenização a título de danos morais. Precedente: REsp 617.131/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 18/12/2008, DJe 25/11/2009). Eventual revolvimento deste ponto demandaria nova análise do conjunto fático e probatório constante dos autos, o que não é possível a teor da Súmula 7/STJ.

3. Quanto aos danos materiais, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda (AgRg no REsp 1.228.184/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

4. No caso em concreto, com base na orientação jurisprudencial acima explicitada, é cabível a condenação ao pagamento de danos materiais. Isso porque denota-se dos autos que o falecido, embora custodiado à época de sua morte, contribuía para o sustento de sua família de baixa renda, razão pela qual é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos familiares do falecido. Precedentes do STJ.

5. Agravos regimentais não providos.

(AgRg no REsp 1.325.255/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/6/2013)

Essa orientação, logicamente, deve alcançar os filhos maiores, pois a obrigação de alimentos, na forma do art. 1.696 do Código Civil, é recíproca entre pais e filhos.

Nesse sentido, ambas as Turmas componentes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram pelo cabimento de pensão aos pais de detento morto no interior de estabelecimento prisional.

Observe-se:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação ordinária. Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento no interior de presídio estadual. Presunção de contribuição no sustento da família de baixa renda.

Pensão pós-morte em favor dos genitores da vítima. Possibilidade. Precedentes do STJ.

1. No caso dos autos, os pais da vítima propuseram ação ordinária visando à condenação do Estado do Rio Grande do Sul (ora recorrente) ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes do falecimento de seu filho em um incêndio ocorrido no interior de Presídio Estadual, a qual foi julgada improcedente por ocasião da sentença. O Tribunal *a quo* reformou a sentença, ao reconhecer a responsabilidade subjetiva do Estado do Rio Grande do Sul pelo evento danoso, e condenou o recorrente ao pagamento de: a) indenização por danos morais no valor de R\$ 20.400,00; e b) de pensão mensal na quantia de 2/3 do salário mínimo do dia em que a vítima faleceu até o momento em que ela completaria 25 anos de idade.

2. O recorrente, nas razões do recurso especial, somente impugnou a condenação ao pagamento da pensão mensal, alegando a impossibilidade de se transferir obrigação personalíssima (prestação de alimentos do filho aos seus pais) para a Administração Pública Estadual, bem como pelo fato da condenação estabelecer pensão mensal para os ascendentes de vítima falecida que não percebia renda mensal.

3. A Corte de origem não transferiu para o ente público a obrigação de pagar alimentos, pois fixou a pensão mensal, com fundamento no art. 948, II, do CC, como forma de indenização devida aos genitores da vítima, em razão da morte do detento em presídio estadual, já que perderam o direito de serem auxiliados pelo filho em seu sustento.

4. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que é legítima a presunção de que existe ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda, ainda que não comprovada atividade laborativa remunerada.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.258.756/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/5/2012)

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento. Suicídio de preso custodiado em unidade prisional. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por dano material. Presunção de contribuição no sustento da família de baixa renda. Reexame de provas. Impossibilidade.

1. O acórdão regional está em consonância com o entendimento registrado nesta Corte Superior, no sentido de que responde o Estado pelo suicídio ocorrido no interior de estabelecimento prisional. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 474.233/PE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 18/06/2014.

2. Esta Corte também já se posicionou no sentido de que “é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos

genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda” (AgRg no REsp 1.228.184/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

3. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.307.100/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, *Primeira Turma*, DJe 24/10/2014)

No caso, o quadro fático que se tem é o seguinte (e-STJ, fls. 913/920):

Da narrativa dos fatos descritos na inicial proposta pela mãe da vítima, tem-se que *Alexandre Carlos Simões* fora condenado a cinco anos de reclusão, encontrando-se custodiado na Penitenciária Central do Estado, vindo a ser assassinado em 15 de janeiro de 2010, durante rebelião, constando como *causa mortis* “asfixia mecânica, intoxicação por CO e CO₂, confinamento em ambiente com fumaça, incêndio”, que teria se dado pelo fato de ter sido enrolado em um colchão ao qual foi ateadado fogo, vindo a ser reconhecido somente pelas suas digitais. [...].

Primeiramente, o dano é incontroverso.

A omissão estatal também é incontroversa.

Evidentemente, houve falha estatal no dever de vigilância, manutenção da ordem nas dependências do presídio e preservação da incolumidade dos tutelados.

O fato é que a própria ocorrência de uma rebelião de tamanhas proporções já revela a inoperância do Estado no adequado cumprimento de seu mister. [...].

No mérito, insurgiu-se a apelante contra o não reconhecimento do direito à pensão.

Alegou que, embora não dependesse economicamente de seu filho, restou comprovado por prova testemunhal que ele a ajudava no negócio de confecção de bombons e que a perda de sua contribuição laborativa intensificou o trabalho da autora e acarretou perda financeira.

Advertiu, ainda, para o entendimento jurisprudencial de que, em se tratando de família de baixa renda, a contribuição do filho seria presumida.

Todavia, no presente caso, mesmo à vista dos depoimentos prestados pelas testemunhas, todos no sentido de reconhecer que Alexandre acompanhava a mãe em seu trabalho e a ajudava, restou evidenciado que era ela a força motriz

da família, provendo as despesas da casa, seu sustento e também de seu filho. Dadas as circunstâncias, a capacidade contributiva da vítima não poderia sequer ser presumida, mormente se for considerado que ela estava presa desde 2007 e, tendo falecido em 2010, ainda recolhida, é certo que, por pelo menos três anos, já não era capaz de contribuir em nada com o sustento da mãe.

Concluiu o Tribunal local que a mãe era a provedora da casa, descabendo presumir-se a capacidade contributiva do falecido, especialmente em razão de seu encarceramento entre 2007 e 2010, quando ocorreu a sua morte.

Essa circunstância, porém, é absolutamente inservível para afastar a presunção de ajuda mútua familiar. Afinal, após o cárcere, existe a possibilidade de contribuição do filho para o sustento da família. Além disso, não se pode supor que, até o final da vida, os genitores não carecerão da assistência descrita no mencionado art. 1.696 do Código Civil, principalmente se se considerar que a velhice é a fase de maior necessidade de auxílio.

Assim, é devido o pensionamento mensal, que, de acordo com a orientação consolidada no STJ, deve ser de 2/3 (dois terços) do salário mínimo do dia da morte até o momento no qual o falecido completaria 25 anos de idade e de 1/3 (um terço) a partir daí até a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

Seguem alguns precedentes:

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Morte. Filho menor de idade. Juros de mora. Termo inicial. Evento danoso. Súmula 54/STJ. Incidência. Pensionamento.

1. Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios são devidos desde o evento danoso. Incidência da Súmula 54/STJ.

2. No caso de morte de filho menor, os pais terão direito a pensionamento de 2/3 do salário percebido (ou do salário mínimo, caso não exercesse trabalho remunerado) até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 do salário até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.325.246/SC, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14/10/2015)

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito com morte. Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pelos pais da vítima. Recurso especial dos autores. 1. Majoração do valor da indenização por danos morais. Possibilidade. 2. Pensionamento. Termo final. 3. Responsabilidade extracontratual. Juros

moratórios. Termo inicial. Data do evento danoso. Súmula 54/STJ. Recurso especial do réu. 4. Independência das esferas criminal e civil. 5. Provimento do recurso dos autores.

1. Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes do falecimento de filho dos autores, vítima de acidente de trânsito causado por culpa do réu, caso em que a condenação por danos morais deve ser majorada, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

2. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, é devido o pensionamento aos pais, pela morte de filho, nos casos de família de baixa renda, equivalente a 2/3 do salário mínimo ou do valor de sua remuneração, desde os 14 até os 25 anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito ou até o falecimento dos beneficiários, o que ocorrer primeiro. No caso, tendo os recorrentes formulado pedido para que o valor seja pago até a data em que o filho completaria 65 (sessenta e cinco) anos, o recurso deve ser provido nesta extensão, sob pena de julgamento *ultra petita*.

[...]

5. Recurso especial dos autores provido e improvido o do réu.

(REsp 1.421.460/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 26/6/2015)

Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte de menor dentro de estabelecimento prisional. Danos materiais. Pensão mensal devida a partir da data em que a vítima completaria 14 anos. Danos morais. Revisão do *quantum*. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7/STJ. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Matéria de prova. Incidência da Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

1. O STJ pacificou o entendimento de que é devida a indenização por dano material em forma de pensão aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor, proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima.

A pensão mensal deve ser de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde os 14 anos, data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho, até a data em que a vítima atingiria a idade de 65 anos, devendo ser reduzida para 1/3 (um terço) após a data em que o filho completaria 25 anos, quando possivelmente constituiria família própria, reduzindo a sua colaboração no lar primitivo.

[...]

7. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 346.483/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/11/2013, DJe 6/12/2013)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.758.579-RS (2018/0198130-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: União

Recorrido: Leo Renato Leal Gomes

Advogados: Rochane Nobre Ponzi - RS062409

Francieli Librelotto da Rosa - RS078435

EMENTA

Administrativo. Infração de trânsito. Teste do etilômetro. Recusa. Estado de embriaguez não evidenciado. Desnecessidade. Arts. 277, § 3º, e 165 do Código de Trânsito Brasileiro. Infrações diversas. Penalidade pela simples recusa. Possibilidade. Regularidade do auto de infração. Precedente.

I - Na origem, trata-se de ação declaratória de nulidade de auto de infração que aplicou a penalidade estabelecida no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, ante a recusa do condutor do veículo na realização do teste do etilômetro (bafômetro).

II - A controvérsia travada nos autos cinge-se à possibilidade da aplicação da penalidade administrativa decorrente da simples recusa na realização do teste do etilômetro, bem como na imprescindibilidade de outro meio de prova da influência de álcool ou outra substância psicoativa, a fim de configurar a infração de trânsito prevista no art. 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro – de acordo com a redação dada pela Lei n. 11.705/2008.

III - A recusa em se submeter a testes de alcoolemia, apesar de ser, *per se*, insuficiente à configuração da embriaguez do condutor do veículo – infração administrativa diversa, tipificada no art. 165

do Código de Trânsito Brasileiro, impõe a aplicação das mesmas penalidades previstas no referido dispositivo legal, conforme estabelece o art. 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro.

IV - A evidência do estado de embriaguez do infrator apenas é imprescindível, quando não realizado o teste do etilômetro, para caracterizar a infração prevista no supracitado art. 165, mas desnecessária para a infração do art. 277, § 3º, em razão da singularidade das infrações, embora impostas as mesmas sanções. Precedente: REsp 1.677.380/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 10/10/2017.

V - Recurso especial provido para reconhecer a regularidade do auto de infração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes. Dr(a). Diego Pederneiras Moraes Rocha, pela parte recorrente: União Dr(a). Francieli Librelotto da Rosa, pela parte recorrida: Leo Renato Leal Gomes

Brasília (DF), 13 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 4.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Leo Renato Leal Gomes ajuizou ação contra a União, objetivando a declaração de nulidade do Auto de Infração n. T-049207927, fundado no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro – dirigir sob o efeito de bebida alcóolica.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença de procedência da ação (fls. 181-183), negando provimento ao recurso de apelação, nos termos assim ementados (fl. 224):

Administrativo. Auto de infração de trânsito. Arts. 165 e 277 do CTB. Recusa na realização do teste do etilômetro. Ausência de sinais de embriaguez. Falta de provas. Anulação.

1. Conforme o artigo 277, § 2º, CTB, para o enquadramento do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, podem ser utilizados outros meios de prova além de exames clínicos e testes de medição do teor alcoólico. No entanto, é necessário que haja alguma evidência de que o condutor teve seu estado de consciência alterado pela ingestão de bebida alcoólica.

2. Ainda que haja a presunção de veracidade dos atos administrativos, consta nos autos que a única comprovação do estado de embriaguez do autor foi a sua negativa de realização do teste do bafômetro. Houvesse qualquer sintoma de alcoolemia, deveria ter sido constatado pelo agente de trânsito e registrados em termo específico, o que de fato não ocorreu.

3. Anulação da multa aplicada pela não observância da legislação de trânsito.

Os embargos de declaração opostos foram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento (fl. 247).

A União interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, apontando, em síntese, violação dos arts. 165 e 277, *caput*, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, sob o fundamento de que a multa aplicada decorre da simples recusa à realização do teste do etilômetro, sendo desnecessária a presença de sinais de embriaguez do condutor do veículo, ante a alteração dada pela Lei n. 11.705/2008, vigente à época da autuação.

Argui, subsidiariamente – caso o entendimento seja de ausência de prequestionamento dos dispositivos legais supramencionados, ofensa ao art. 1.022, II, do CPC/2015.

Nas contrarrazões apresentadas às fls. 279-286, o recorrido defende, além da incidência de óbice sumular n. 7/STJ, a ausência de previsão, à época do fato, de penalidade apenas pela recusa a realização do teste do etilômetro.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A controvérsia travada nos autos cinge-se à penalidade administrativa decorrente de recusa na realização do teste do etilômetro, bem como na imprescindibilidade de outro meio de prova da influência de álcool ou outra substância psicoativa a fim de configurar a infração de trânsito prevista no art. 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro – de acordo com a redação dada pela Lei n. 11.705/2008.

Trata-se, dessa forma, de questão de direito, relacionada à alegação de que a simples recusa para realizar o chamado “bafômetro” seria suficiente para fins de aplicação da respectiva penalidade do CTB, não sendo, como afirmado pelo recorrido, questão que demandaria incidência no acervo probatório dos autos a incidir o óbice sumular n. 7/STJ.

Neste particular, o Tribunal *a quo*, na fundamentação do *decisum*, assim deliberou (fl. 222):

[...]

No caso em exame, o autor foi autuado por dirigir sob a influência de álcool (artigo 165 do CTB), recusando-se a realizar o teste do etilômetro (Evento 31 - INF3). Ressalto que não há qualquer informação ou observação no referido auto de que o autor apresentasse sinais de embriaguez.

Na época dos fatos - dezembro de 2012 - o *caput* do artigo 277 ainda estava disciplinado pela Lei n. 11.275/2006, com vigência até o dia 22 de dezembro, quando adveio a Lei n. 12.760/2012. Assim, a autuação pela recusa de realização do teste do bafômetro dependia do envolvimento do condutor em acidente ou de motivação pelo agente de trânsito de evidência dele de ingestão de bebida alcoólica, o que não aconteceu no caso ora em exame.

Assim, a nulidade da autuação se impõe, como bem fundamentou o magistrado de primeiro grau.

[...]

Em recente julgado, entretanto, esta Corte firmou entendimento dissonante do acórdão objurgado, no sentido de que, dada a natureza administrativa da sanção, a simples recusa na realização do teste de alcoolemia é suficiente à incidência da penalidade prevista no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, conforme determina o § 3º, do art. 277, do mesmo comando normativo, senão vejamos:

Processual Civil e Administrativo. Taxista. Teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Recusa em se submeter ao exame. Sanção administrativa. Art. 277, § 3º c/c art. 165 do CTB. Autonomia das infrações. Identidade de penas. Desnecessidade de prova da embriaguez. Infração de mera conduta. Dever instrumental de fazer. Princípio da não autoincriminação. Inaplicabilidade. Independência das instâncias penal e administrativa. Tipo administrativo que não constitui crime. Segurança viária. Direito fundamental. Dever do Estado. Dignidade da pessoa humana respeitada. Súmula 301/STJ. Previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica. Tema não exclusivo do CTB e simulado pelo STJ. Infração cometida no exercício da profissão de transporte remunerado de passageiros. Atividade dependente de autorização estatal. Serviço de utilidade pública regido pela Lei 12.587/2012. Obrigação de cumprir a legislação de trânsito reforçada.

1. A controvérsia *sub examine* versa sobre a consequência administrativa da recusa do condutor de veículo automotor a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

2. O Tribunal recorrido entendeu que a simples negativa de realização do teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro, sem outros meios de prova da embriaguez do motorista, não é suficiente para configurar a automática infração de trânsito.

3. A recorrente sustenta que esse entendimento do Tribunal local viola os arts. 277, § 3º e 165 da Lei 9.503/1997, pois a legislação prevê a aplicação das penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) independentemente da comprovação da embriaguez, bastando o condutor se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* do art. 277.

4. O art. 165 do CTB prevê sanções e medidas administrativas para quem dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

5. Já o art. 277, § 3º, na redação dada pela Lei 11.705/2008, determina a aplicação das mesmas penalidades e restrições administrativas do art. 165 ao condutor que se recusar a se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

6. Interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite concluir que o CTB instituiu duas infrações autônomas, embora com mesmo apenamento: (i) dirigir embriagado; (ii) recusar-se o condutor a se submeter a procedimentos que permitam aos agentes de trânsito apurar seu estado.

7. A recusa em se submeter ao teste do bafômetro não presume a embriaguez do art. 165 do CTB, tampouco se confunde com a infração ali estabelecida.

Apenas enseja a aplicação de idêntica penalidade pelo descumprimento do dever positivo previsto no art. 277, *caput*.

8. O indivíduo racional pauta sua conduta pelos incentivos ou desincentivos decorrentes do seu comportamento. Se a política legislativa de segurança no trânsito é no sentido de prevenir os riscos da embriaguez ao volante mediante fiscalização que permita identificar condutores que estejam dirigindo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa, deve a lei prever consequências que persuadam o indivíduo ao comportamento desejado pela norma.

9. Caso o CTB não punisse o condutor que descumpra a obrigação de fazer prevista na legislação na mesma proporção do desrespeito ao tipo legal que a fiscalização viária tem o dever de reprimir, o indivíduo desviante sempre optaria pela consequência menos gravosa. O dever estabelecido no *caput* do art. 277 constituiria mera faculdade estabelecida em favor do motorista, em detrimento da real finalidade dos procedimentos técnicos e científicos colocados à disposição dos agentes de trânsito na prevenção de acidentes.

10. A identidade de penas, mercê da diversidade de tipos infracionais, nada mais é do que resultado lógico da previsão legislativa de mecanismo para assegurar efetividade à determinação de regras de conduta compatíveis com a política pública estabelecida pela norma.

11. Ao contrário do sustentado pelo acórdão recorrido, a sanção do art. 277, § 3º, do CTB dispensa demonstração da embriaguez por outros meios de prova. A infração aqui reprimida não é a de embriaguez ao volante, prevista no art. 165, mas a de recusa em se submeter aos procedimentos do *caput* do art. 277, de natureza instrumental e formal, consumada com o mero comportamento contrário ao comando legal.

12. A prova da infração do art. 277, § 3º é a de descumprimento do dever de agir. Tão só. Sem necessidade de termo testemunhal ou outro meio idôneo admitido no § 2º do mesmo dispositivo legal.

13. O princípio *nemo tenetur se detegere* tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção.

14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio *nemo tenetur se detegere* quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico.

15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do *nemo tenetur se detegere* não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio.

16. Entender o contrário levaria ao absurdo de se admitir que o condutor pudesse recusar-se, sem as penalidades cabíveis, a submeter seu veículo a inspeção veicular ou a apresentar às autoridades de trânsito e seus agentes os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para averiguação da regularidade documental prescrita pela legislação.

17. A interpretação de uma norma há de ser feita para garantir a sua máxima eficácia e plena vigência, por militar em favor das leis a presunção de sua legitimidade e constitucionalidade enquanto não afastada do mundo jurídico pelo órgão judiciário competente. Negar efeito ao § 3º do art. 277 do CTB, antes do pronunciamento do STF na ADI 4.103-7/DF, usurpa competência do órgão constitucionalmente imbuído dessa função.

18. Não se pode olvidar, numa espécie de “cegueira deliberada”, que o direito responde às imposições da experiência (BINENBOJM, 2016, pg. 53).

19. Segundo dados da Organização Mundial de Comércio, o Brasil registra cerca de 47 mil mortes no trânsito por ano e 400 mil pessoas com algum tipo de seqüela. Morre-se mais em acidentes de trânsito do que na guerra civil da Síria.

20. O custo para o País é de 56 bilhões por ano, conforme levantamento do Observatório Nacional de Segurança Viária, o que daria para construir 28 mil escolas ou 1.800 hospitais (<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888812-transito-no-brasil-mata-47-mil-por-ano-e-deixa-400-mil-com-alguma-sequela.shtml>). condutor).

21. O cálculo do Centro de Pesquisas e Economia do Seguro (Cpes) é ainda mais alarmante, alcançando R\$ 146 bilhões de perda pelo Brasil, só em 2016, em decorrência de acidentes de trânsito, número equivalente a 2,3% de todo o Produto Interno Bruto (PIB) nacional (<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888678-acidentes-de-transito-custaram-23-do-pib-do-brasil-em-2016-diz-pesquisa.shtml>). Esse valor corresponde ao que seria gerado pelo trabalho das vítimas que morreram ou ficaram inválidas após os acidentes.

22. Segundo a Polícia Rodoviária Federal (PRF), a ingestão de álcool é a terceira maior causa de mortes por acidente de trânsito em 2016, perdendo apenas para a falta de atenção e excesso de velocidade (<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>). E os jovens de 20 a 24 anos são a faixa etária mais atingida.

23. Tudo isso serve para demonstrar que a segurança viária, da mesma forma que a dignidade da pessoa humana, deve ser levada a sério e encarada como direito fundamental coletivo, e o dever do Estado em prestá-la não permite retrocesso.

24. A Lei 11.705/2008 alterou dispositivos do CTB na tentativa de dar resposta aos elevados desafios de proteger a população dos riscos reais e crescentes à sua incolumidade física em razão do desrespeito à legislação de trânsito.

25. O princípio *nemo tenetur se detegere* merece prestígio no sistema de referência próprio, servindo para neutralizar os arbítrios contra a dignidade da pessoa humana eventualmente perpetrados pela atividade estatal de persecução penal. Protege os acusados ou suspeitos de possíveis violências físicas e morais empregadas pelo agente estatal na coação em cooperar com a investigação criminal.

26. Daí a aplicá-lo, de forma geral e irrestrita, a todas as hipóteses de sanção estatal destituídas do mesmo sistema de referência vai uma larga distância.

27. Não há incompatibilidade entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e o § 3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente persuasório da observância da legislação de trânsito.

28. A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no *caput* do art. 277 do CTB, com a consequente penalidade estabelecida no § 3º do mesmo dispositivo legal.

29. Primeiro, porque inexistente coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes.

30. Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, *caput*, não presume culpa de embriaguez, nem implica autoincriminação. Tampouco serve de indício da prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo.

31. A exigência legal de submissão a exame técnico ou científico, com os consectários jurídicos da recusa, não é exclusividade do CTB. Consta, *v.g.*, dos art. 231 e 232 do Código Civil.

32. O STJ editou a Súmula 301 com o seguinte teor: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade."

33. A previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica não é tema heterodoxo na legislação ou repellido pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que não envolvida matéria criminal.

34. No caso concreto, merece relevo o fato de o condutor do veículo ser profissional do trânsito, na condição de taxista autônomo, tendo a infração sido praticada no pleno exercício da atividade de transporte remunerado de passageiro.

35. Se da pessoa comum, usuária livre das vias públicas e corresponsável pela segurança na condução de veículo automotor, exige-se a observância da legislação de trânsito, com mais razão e maior rigor deve-se reclamar comportamento irrepreensível por aquele que presta serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, dependente de autorização estatal, e considerado pela Lei 12.587/2012 como serviço de utilidade pública (art. 12).

36. A qualidade de taxista do condutor, ao revés de amenizar a situação e atrair condescendência, agrava sua responsabilidade. Impõe atuação ainda mais rigorosa da fiscalização de trânsito, diante do risco multiplicado de grave dano de difícil ou impossível reparação à coletividade.

37. Recurso Especial provido.

(REsp 1.677.380/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017.)

Mister consignar a singularidade das infrações estabelecidas nos referidos dispositivos legais, as quais, apesar de estabelecerem a aplicação de idêntica penalidade, divergem quanto à conduta tipificadora.

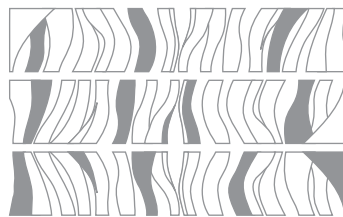
Apesar de o art. 277, § 3º, impor – na hipótese de recusa, a submissão de exames que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo COTRAN, permitam certificar a influência de álcool – a aplicação das penalidades previstas no art. 165, não torna presumida a embriaguez tipificadora deste dispositivo, correspondente à infração de trânsito diversa.

Assim, no caso *sub judice*, sendo incontroversa a recusa do recorrido na realização do teste de etilômetro, ainda que não conste do auto de infração evidenciada a ingestão de bebida alcoólica, cabível a aplicação das sanções do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

Considerando que a análise da matéria de mérito foi esgotada no presente especial, tem-se prejudicada a alegação de violação do art. 1.022, II, do CPC/2015.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a regularidade do Auto de Infração n. T-049207927, impondo, ainda, a inversão do ônus sucumbencial.

É o voto.



Segunda Seção

**AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 156.959-MT
(2018/0044572-0)**

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Agravante: Fazenda Nacional

Agravado: TUT Transportes Ltda - em Recuperação Judicial

Advogados: Rafael Cisneiro Rodrigues - MT019032

Adriane Goncalves Antunes - MT006095

Suscitante: TUT Transportes Ltda - em Recuperação Judicial

Suscitado: Juízo de Direito da Vara Especializada em Falência e
Concordata de Cuiabá - MT

Suscitado: Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Cuiabá - MT

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno no conflito de competência. Execução fiscal e recuperação judicial. Competência do Juízo Universal. Atos de constrição e expropriação incidentes sobre o patrimônio vinculado ao reerguimento. Edição da Lei n. 13.043 de 13.11.2014. Parcelamento de créditos de empresa em recuperação. Jurisprudência mantida.

1. Compete à *Segunda Seção* processar e julgar conflito de competência entre o juízo da falência e o da execução fiscal, seja pelo critério da especialidade, seja pela necessidade de evitar julgamentos díspares e a consequente insegurança jurídica (Questão de Ordem no CC n. 120.432/SP, de minha relatoria, *Corte Especial*, julgada em 19.9.2012).

2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição e de alienação de bens componentes da massa falida submetem-se ao juízo universal. Precedentes.

3. A edição da Lei n. 13.043, de 13.11.2014, por si, não implica modificação da jurisprudência da Segunda Seção a respeito da competência do juízo da recuperação para apreciar atos executórios contra o patrimônio da empresa.

4. Os acórdãos de afetação dos Recursos Especiais de n. 1.694.261/SP, 1.694.316/SP e 1.712.484/SP delimitaram a matéria de mérito a ser apreciada sob o rito repetitivo, qual seja, a “possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal”. No presente conflito, entretanto, não se discute tal questão meritória. Objetiva-se tão somente determinar o juízo competente para dar concretude a ato executivo expedido em desfavor de bens vinculados ao processo recuperacional.

5. Ademais, inviável a remessa de conflito de competência às instâncias originárias – a fim de aguardar o julgamento de eventual recurso repetitivo –, pois trata-se de incidente de competência originária do STJ (art. 105, I, “d”, da CF), não se submetendo ao rito previsto nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015, aplicável apenas aos recursos, à remessa necessária e aos processos de competência originária das cortes locais.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 28.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de agravo interno interposto por *Fazenda Nacional* contra decisão desta relatoria que conheceu

do conflito de competência, declarando competente o *Juízo de Direito da Vara Especializada em Falência e Concordata de Cuiabá – MT*, onde tramita a recuperação judicial da suscitante, para apreciar atos executivos que incidam sobre o patrimônio vinculado à recuperação judicial.

Sustenta a ora agravante que (e-STJ fls. 443/456): (i) a discussão deve ser suspensa, ante a afetação do tema repetitivo de n. 987 pelo STJ e a necessidade de revisão da matéria pela Corte Especial, conforme reconhecido pela Primeira Seção na Questão de Ordem no CC n. 149.622/SP e no Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela Fazenda nos autos do CC n. 144.433/GO, e (ii) os atos praticados em execução fiscal não se submetem ao rito da recuperação judicial.

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou sua apreciação pelo Colegiado.

A suscitante, intimada, não apresentou impugnação (e-STJ fl. 464).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Preliminarmente, não é necessário sobrestamento e afetação do presente incidente à Corte Especial do STJ, nos termos dos arts. 16, IV, e 127 do RISTJ, não havendo falar em se prevenir divergência entre as Seções do STJ quanto a conflitos de competência envolvendo juízo de recuperação e juízo de execução fiscal, pois a própria Corte Especial, ao apreciar a QO no CC 120.432-SP, de minha relatoria, julgada em 19/9/2012, definiu que a competência interna para julgar referido incidente cabe apenas à Segunda Seção.

Quanto ao incidente de uniformização de jurisprudência objeto do CC n. 144.433/GO, constata-se que foi rejeitado pela Segunda Seção, na sessão de julgamento ocorrida em 14/3/2018. Nessa mesma assentada, determinou-se a afetação da matéria à Corte Especial, sem sobrestamento dos feitos no âmbito da Seção, que continuará julgando conflitos de competência entre o juízo da execução fiscal e o da recuperação, nos termos de sua competência anteriormente reconhecida pela Corte Especial.

Acrescente-se que, nos acórdãos de afetação dos Recursos Especiais de n. 1.694.261/SP, 1.694.316/SP e 1.712.484/SP (tema n. 987), não houve

determinação expressa de suspensão de conflitos de competência em trâmite no STJ, havendo somente ordem de sobrestamento dos processos que versem sobre a questão afetada, numa referência literal ao inciso II do art. 1.037 do CPC/2015:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

(...)

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

Delimitou-se, no acórdão de afetação, a matéria de mérito a ser apreciada sob o rito repetitivo, qual seja, a “possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal”.

Por meio do presente conflito, entretanto, não se discute essa questão, apenas se objetiva determinar o juízo competente para dar concretude a ato executivo expedido em desfavor de bens vinculados ao processo recuperacional.

Desse modo, eventual exigência de sobrestamento deve incidir sobre os processos que deram origem ao presente incidente, que serão suspensos, se for o caso, por decisão dos juízos envolvidos no presente conflito, aos quais caberá, inclusive, analisar possível pedido de prosseguimento dos feitos, nos termos dos parágrafos 8º, 9º e 10, inc. I, do art. 1.037 do CPC/2015:

Art. 1.037 (...)

§ 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do *caput*.

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

Além disso, é inviável a remessa de conflito de competência às instâncias originárias – a fim de aguardar o julgamento de recurso repetitivo –, pois trata-se de incidente de competência originária do STJ (art. 105, I, “d”, da CF), não

se submetendo ao rito previsto nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015, aplicável apenas aos recursos, à remessa necessária e aos processos de competência originária das cortes locais. Confirmam-se:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o *processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado*, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

(...)

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o *recurso especial ou extraordinário* será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

Assim, não há óbice procedimental à apreciação do presente agravo.

No mérito, correta a decisão que conheceu do conflito de competência, declarando competente o *Juízo de Direito da Vara Especializada em Falência e Concordata de Cuiabá – MT* para apreciar atos executivos contra o patrimônio da empresa recuperanda.

A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de afastar os termos da decisão agravada, motivo pelo qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 435/437):

Trata-se de conflito positivo de competência, em que é suscitante a empresa *TUT Transportes Ltda. – em Recuperação Judicial* e suscitados o *Juízo de Direito da Vara Especializada de Falência e Concordata de Cuiabá – MT*, onde tramita a recuperação judicial da empresa, e o *Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Cuiabá – MT*, que processa a execução fiscal.

Discute-se, no presente conflito, qual dos Juízos é competente para processar e julgar atos executivos contra a empresa recuperanda. No processo trabalhista, a União teria requerido a penhora de ativos operacionais da empresa, bem como a alienação de bens essenciais a sua atividade, “buscando o recebimento de tributos” (e-STJ fl. 3).

A suscitante ingressou com pedido de recuperação judicial, na forma prevista pela Lei Federal n. 11.101/2005, deferido em 12/6/2007, seguindo-se a determinação de suspensão de ações e execuções contra a empresa recuperanda (e-STJ fl. 5).

Sustenta que comunicou ao Juízo Trabalhista o processamento da recuperação judicial. Destaca ainda que (e-STJ fl. 6):

Depreende-se que a competência deve recair, na casuística em apreço, ao Juízo da Vara Especializada de Falência e Recuperação Judicial da Comarca de Cuiabá/MT, a fim de dar a efetiva operacionalidade ao plano recuperacional e, sem sombra de dúvidas à preservação da empresa como unidade geradora de emprego e renda, fomentando o desenvolvimento social. Admitir a concomitância de decisões proferidas em ações paralelas e autônomas ao processo de Recuperação Judicial, que impliquem na expropriação de ativos da Recuperanda, além de constituir uma verdadeira leviandade, atenta contra o princípio da preservação da empresa (artigo 47 da Lei n. 11.101/05).

Requer liminarmente a suspensão da execução fiscal e a determinação provisória do Juízo recuperacional para resolver as medidas urgentes (e-STJ fl. 9).

Liminar deferida às fls. 399/401 (e-STJ).

Informações prestadas às fls. 413/429 (e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal pela competência do *Juízo Universal* (e-STJ fls. 431/433).

É o relatório.

Decido.

Seguindo orientação desta Corte Superior, consolidada na Súmula n. 568/STJ, o relator pode decidir monocraticamente, de plano, o conflito de competência, quando exista jurisprudência dominante do Tribunal sobre o tema.

É esse precisamente o caso dos autos, no qual se busca fixar o juízo competente, para processar atos expropriatórios contra o patrimônio da *TUT Transportes Ltda. – em Recuperação Judicial*.

Com efeito, a jurisprudência do STJ é pacífica quanto ao tema, afirmando que, “com a edição da Lei n. 11.101, de 2005, respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o respectivo Juízo para prosseguimento

dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais, ainda que tenha ocorrido a constrição de bens do devedor” (AgRg n. CC n. 127.629/MT, Relator Ministro *João Otávio de Noronha*, Segunda Seção, julgado em 23/4/2014, DJe 25/4/2014). Ainda nesse sentido, os seguintes precedentes:

Agravo regimental. Conflito negativo de competência. Execução no âmbito trabalhista. Natureza fiscal. Deferimento da recuperação judicial. Art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/05, com a ressalva nele prevista. Prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor ou excluam parte dele do processo de recuperação judicial. Impossibilidade. Inexistência de violação do art. 97 da CF e de desrespeito à Súmula Vinculante n. 10/STF.

1. ‘Apesar de a execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º, § 7º, da LF n. 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da LF n. 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.’ (CC 114.987/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Segunda Seção, julgado em 14/03/2011, DJe 23/03/2011).

(...)

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no CC n. 123.228/SP, Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, julgado em 26/6/2013, DJe 1/7/2013.)

Conflito de competência. Agravo. Execução fiscal. Sociedade em recuperação judicial. Prática de atos expropriatórios no juízo da ação executiva. Impossibilidade.

- As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa recuperanda não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial.

- Todavia, embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, devem ser obstados os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto mantida essa condição. Na hipótese, a aplicação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 conduziria à inibição do cumprimento do plano de recuperação previamente aprovado e homologado.

- Agravo não provido.

(AgRg no CC n. 119.970/RS, Relatora Ministra *Nancy Andrighi*, Segunda Seção, julgado em 14/11/2012, DJe 20/11/2012.)

Assim, embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, devem ser obstados os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação

judicial, enquanto mantida essa condição. A providência evita o eventual comprometimento do sucesso do plano de recuperação pelas decisões prolatadas no Juízo da execução individual, preservando, assim, o princípio da continuidade da empresa, previsto no artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial.

Diante do exposto, *conheço* do presente conflito positivo de competência, a fim de *declarar competente o Juízo de Direito da Vara Especializada de Falência e Concordata de Cuiabá – MT*, para apreciar os atos executivos que incidam sobre o patrimônio vinculado à recuperação judicial.

Publique-se e intimem-se.

Cabe ressaltar que a competência do juízo universal, para processar os atos constritivos expedidos em execução fiscal contra empresa em recuperação judicial, não foi alterada com a vigência da Lei n. 13.043/2014, que acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002, possibilitando o parcelamento de crédito de empresas em recuperação. Essa questão foi analisada pela Segunda Seção, em 13/5/2015, no julgamento do AgRg no CC n. 136.130/SP, nos termos da seguinte ementa:

Agravo regimental no conflito de competência. Execução fiscal e recuperação judicial. Competência do Juízo Universal. Edição da Lei n. 13.043, de 13.11.2014. Parcelamento de créditos de empresa em recuperação. Jurisprudência mantida.

1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.

2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal. Jurisprudência.

3. A Lei n. 11.101/2005 visa à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47.

4. No caso concreto, a edição da Lei n. 13.043/2014 - que acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial - não descaracteriza o conflito de competência.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no CC n.136.130/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Relator p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 13/5/2015, DJe 22/6/2015.)

Na oportunidade, em voto-vista, manifestei este entendimento:

A orientação desta Corte, atenta ao objetivo da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, está ancorada na interpretação harmônica do § 7º do art. 6º e do art. 47, ambos do referido diploma, que assim estabelecem:

(...)

Com fundamento no princípio da preservação da empresa, que mantém empregos e viabiliza o pagamento de credores, estimulando, portanto, a atividade econômica, a jurisprudência se firmou no sentido de que, apesar de a recuperação judicial não acarretar a suspensão das execuções fiscais, as decisões a respeito das constringências e das alienações dos bens da empresa executada, atingidos pelo processo executivo, deveriam se concentrar na competência do Juízo da recuperação.

(...)

Entendo que, de fato, a possibilidade de parcelamento ainda permanece como aspecto relevante para efeito de definir qual o juízo competente para decidir acerca de constringências e alienações de bens pertencentes a empresa em recuperação judicial, devedora em ação de execução fiscal. Entretanto, considerando o princípio da preservação da empresa, devo concluir, com a devida vênia, que a simples edição de lei que viabilize o parcelamento de dívidas de sociedades em recuperação não me parece suficiente, por si, para descaracterizar o conflito nem para afastar a competência do Juízo da recuperação judicial.

É preciso aferir os efeitos concretos e imediatos da nova lei na recuperação, na execução e nos bens da empresa, devendo-se examinar os requisitos para a concessão do parcelamento e as consequências do futuro deferimento em relação aos bens constritos, necessários ao soerguimento da pessoa jurídica.

A propósito, a Lei n. 13.043/2014 acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 (...)

De plano, percebe-se que o parcelamento não é automático, cabendo à empresa requerê-lo, demonstrar que preenche os requisitos legais e aguardar a decisão administrativa. Sob esse enfoque, permaneceriam os bens constritos em execução sujeitos a alienação durante o trâmite do procedimento administrativo, tornando necessário, em tais situações, manter a competência do Juízo falimentar ao menos até decisão final do procedimento.

O § 2º, por sua vez, deixa claro que, em relação aos débitos que se encontrarem sob discussão judicial, 'o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial'. A lei, portanto, obsta o exercício de direito constitucionalmente garantido (art. 5º, XXXV, da CF), impedindo que a empresa discuta seus débitos judicialmente. Em tal circunstância, em tese, mesmo sendo indevido o tributo cobrado pela Fazenda, ou parte dele – o que não é raro –, a empresa estaria compelida a renunciar ao seu direito, o que pode dificultar ou inviabilizar a recuperação econômica da pessoa jurídica. Observe-se que, na hipótese, a sociedade estaria obrigada ao pagamento de quantia indevida à Fazenda Pública, afetando patrimônio indispensável para o seu soerguimento.

O princípio da preservação da empresa é contrariado, igualmente, pelo § 6º. Sob esse enfoque, destaco que (i) a norma legal referida (§ 6º) estabelece que os bens e os direitos da empresa executada, constituídos em garantia dos créditos, não serão liberados, e que (ii) a *Primeira Seção* desta Corte, no julgamento do REsp n. 957.509/RS, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, Rel. Ministro *Luis Fux*, DJe de 25.8.2010, decidiu que, em relação ao parcelamento da dívida fiscal, “a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, perfectibilizada após a propositura da ação, ostenta o condão somente de obstar o curso do feito executivo e não de extingui-lo”. Nessa situação, mesmo suspensa a execução, o conflito de competência persistiria. Na hipótese, por exemplo, de o juiz da recuperação precisar alienar bens da sociedade vinculados à execução, terá que resolver se prevalecerá (i) a ordem de penhora emanada do juízo da execução fiscal ou (ii) a decisão de venda proferida pelo magistrado da recuperação. A nova lei, portanto, não evita o conflito, decorrente da necessidade de se saber a quem compete decidir acerca da disposição do referido patrimônio. Mantida a competência do juízo da recuperação, poderá a Fazenda Pública, naturalmente, recorrer de decisões que entenda contrárias à legislação em vigor. O mais importante aqui é manter concentrado em um único juízo – no caso o da recuperação judicial, mais aparelhado para definir as necessidade da pessoa jurídica recuperanda – o poder de decidir acerca do destino dos bens pertencentes à empresa em recuperação.

Com efeito, ainda que momentaneamente suspenso o processo executivo, não se pode afastar a possibilidade de o juízo da execução proferir, no futuro, decisões provocadas por fatos novos, viabilizando a alienação dos bens atingidos por penhoras. Tal probabilidade recomenda manter a competência do juízo da recuperação para decidir a propósito de eventuais disposições de bens da sociedade em recuperação.

Em síntese, a edição e a publicação da Lei n. 13.043/2014 não repercute na jurisprudência desta Corte a respeito da competência do Juízo da recuperação, sob pena de afrontar o princípio da preservação da empresa.

Destaco que o meu voto não retira a eventual preferência do crédito tributário executado, tendo em vista que estamos julgando um conflito de competência. Apenas defino o juízo da recuperação como competente para deliberar acerca das alienações dos bens da empresa em recuperação, evitando, com isso, decisões dispersas e conflitantes entre vários órgãos do Poder Judiciário. Evidentemente que tudo o que for decidido pelo juízo da recuperação quanto aos bens submetidos, simultaneamente, à execução fiscal e à recuperação poderá ser objeto de recurso por parte da Fazenda Pública ou dos demais interessados.

Portanto, a edição da Lei n. 13.043, de 13.11.2014, por si, não descaracteriza o conflito de competência nem implica modificação da jurisprudência da Segunda Seção acerca do tema.

Assim, não prosperam as alegações apresentadas, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 157.099-RJ (2018/0051390-6)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andriighi

Suscitante: Oi S.A - em Recuperação Judicial

Advogados: Paulo de Moraes Penalva Santos - RJ031636

Jose Roberto de Albuquerque Sampaio - RJ069747

Advogados: Ana Tereza Basilio - RJ074802

Sérgio Ricardo Savi Ferreira - RJ106962

Suscitado: Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro - RJ

Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Suscitado: Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo - SP

Interes.: Bratel BV

Advogada: Anna Maria da Trindade dos Reis - DF006811

Advogados: Joana D'arc Amaral Bortone - DF032535

Tiago Schreiner Garcez Lopes - DF034763

Interes.: Societe Mondiale Fundo de Investimento em Acoes

EMENTA

Conflito positivo de competência. Juízo Arbitral e Juízo da Recuperação Judicial. Discussão acerca da legalidade de disposições integrantes do plano de soerguimento. Aumento de capital. Assembleia de acionistas. Não realização. Cláusula compromissória prevista no estatuto social. Questões societárias. Competência do Juízo Arbitral.

1. A existência de provimentos jurisdicionais conflitantes entre si autoriza o conhecimento do conflito positivo de competência.

2. O juiz está autorizado a realizar controle de legalidade de disposições que integram o plano de soerguimento, muito embora não possa adentrar em questões concernentes à viabilidade econômica da recuperanda. Precedentes.

3. As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta. Precedentes.

4. Em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória – princípio da *kompetenz-kompetenz*. Precedentes.

5. A instauração da arbitragem, no particular, foi decorrência direta de previsão estatutária que obriga a adoção dessa via para a solução de litígios societários.

6. Ainda que a jurisprudência do STJ venha entendendo, consistentemente, que a competência para decidir acerca do destino do acervo patrimonial de sociedades em recuperação judicial é do juízo do soerguimento, a presente hipótese versa sobre situação diversa.

7. A questão submetida ao juízo arbitral diz respeito à análise da higidez da formação da vontade da devedora quanto a disposições expressas no plano de soerguimento. As deliberações da assembleia de credores – apesar de sua soberania – estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral. Precedente.

8. O art. 50, *caput*, da Lei 11.101/05, ao elencar os meios de recuperação judicial passíveis de integrar o plano de soerguimento, dispõe expressamente que tais meios devem observar a legislação pertinente a cada caso. Seu inciso II é ainda mais enfático ao prever que, em operações societárias, devem ser “respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente”. E, no particular, o objetivo da instauração do procedimento arbitral é justamente garantir o direito dos acionistas de deliberar em assembleia geral sobre questões que,

supostamente, competem privativamente a eles, mas que passaram a integrar o plano de recuperação judicial sem sua anuência.

Conflito conhecido. Declarada a competência do Juízo Arbitral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos Preliminarmente, em questão de ordem proposta pelo Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que havia pedido vista regimental, a Seção, por unanimidade, com fulcro no artigo 162, § 6º, do RISTJ, decidiu colher o voto de desempate do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira, ausente na última sessão, mas presente à sessão na qual ocorreram as sustentações orais.

No mérito, prosseguindo o julgamento, após o voto do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, e a retificação de voto do Sr. Ministro Moura Ribeiro para acompanhar a divergência, a Seção, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo-SP para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposições da Lei das S/A ou do estatuto social da recuperanda, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Vencidos os Srs. Ministros Marco Buzzi (Relator) e Luis Felipe Salomão. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo. Impedido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Consignados pedidos de preferência pela suscitante OI S.A., representada pela Dra. Ana Tereza Basilio, e pela interessada Bratel BV, representada pela Dra. Anna Maria da Trindade dos Reis.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de conflito positivo de competência, com pedido liminar, instaurado por *Oi S/A - em Recuperação Judicial*, empresa integrante do conglomerado econômico denominado *Grupo Oi*, envolvendo o Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro/RJ, no qual se processa a recuperação judicial da suscitante (processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001), e o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo/SP, onde tramita o procedimento arbitral n. 104/18.

Alega a suscitante, em *resumo*, que: *i)* o plano de recuperação judicial da suscitante foi aprovado por seus credores e devidamente homologado pelo r. juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ (fls. 431/446, 526/607); *ii)* dentre as determinações constantes do referido plano de recuperação, consta a previsão de conversão de dívidas do Grupo OI em ações, por meio de aumento de capital, com o desiderato de adimplir os débitos da suscitante; *iii)* a *Bratel BV* - ora interessada - acionista minoritária da OI S/A, postulou a reconsideração parcial da decisão judicial que homologou o plano de recuperação da OI S/A, notadamente em relação à previsão de aumentos de capital social da companhia, ao fundamento de que esta temática deve submeter-se ao conselho de administração da OI S/A. Ato contínuo, a *Bratel BV* anunciou a convocação de Assembleia Geral Extraordinária de acionistas; *iv)* o r. juízo da recuperação judicial *indeferiu* o pedido de reconsideração, de cujo fundamento é possível extrair: “(...) o plano de recuperação judicial foi aprovado pela maioria absoluta dos credores, e a decisão que a homologou está devidamente fundamentada e reafirmou o acerto da determinação que conferiu ao Presidente do Grupo OI a prerrogativa e a responsabilidade de negociar com os credores um plano que atendesse aos interesses da coletividade. (...) Ante o exposto, à vista das razões supra, rejeito a pretensão da acionista *Bratel*.” Acerca da convocação de Assembleia Geral Extraordinária, disse o il. magistrado da recuperação judicial “(...) considerando a homologação realizada, do plano de recuperação, e uma vez judicializada, inviável, sem validade e, sem eficácia, qualquer deliberação extrajudicial que atende contra as questões já homologadas no plano”. (fl. 483/485); *v)* nesse contexto, aduz a ora suscitante que “(...) mesmo após todas as sucessivas e contundentes decisões proferidas pelo Juízo universal competente, a *Bratel*, aliada a outros acionistas minoritários, manteve a convocação do arremedo de AGE, que acabou por ser realizada em 7.2.2018, fora da sede

da OI S/A, apesar do posicionamento contrário das recuperandas, amparadas por fundamentadas decisões do MM. Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.”; *vi*) na referida Assembleia Geral Extraordinária, os acionistas minoritários - ora interessados - deliberaram por desconstituir parte da Diretoria do Grupo OI S/A, bem como autorizaram o ajuizamento de ação de responsabilidade civil em face do Diretor-Presidente e do Diretor de Finanças e Relacionamento com Investidores; *vii*) com efeito, a ora suscitante alega que “(...) Tratou-se, portanto, de um verdadeiro atentado às decisões proferidas nos autos da recuperação judicial do Grupo Oi e nas disposições do PRJ. Insistindo em não se submeterem às decisões do Juízo competente, *Bratel* e *Société Mondiale* convocaram e lideraram um motim - travestido de AGE - para tentar destituir membros da diretoria, empossada com base na vontade soberana dos credores do Grupo OI, que aprovaram o PRJ já homologado. O comportamento dos acionistas minoritários é temerário e inaceitável, pois, utilizando-se de subterfúgio, tentaram deliberar uma alteração no PRJ, à revelia dos credores, com o intuito de subverter a ordem do processo de recuperação judicial do Grupo Oi, e inviabilizar o cumprimento do PRJ.” (fl. 5); *viii*) *nesse contexto*, a ora suscitante aponta que pleiteou, por meio de tutela de urgência, ao juízo da recuperação, a suspensão dos efeitos de todas as deliberações da referida Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 07/02/2018, porquanto teriam afrontado a decisão judicial que homologou o plano de recuperação, oportunidade em que o r. juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ entendeu *por* “(...) *sustar os efeitos de todas as deliberações da AGE da Oi S/A, realizada no dia 07/02/2018.* (fls. 507/508); *ix*) *com efeito*, para cumprir o plano de recuperação judicial aprovado e devidamente homologado judicialmente, o Conselho de Administração da OI S/A convocou reunião extraordinária, datada para ocorrer no dia 5/3/2018 (fl. 688), a fim de iniciar deliberações acerca das operações necessárias ao aumento de capital da suscitante; *x*) *contudo*, segundo noticia a ora suscitante, a acionista minoritária *Bratel BV* - ora interessada - inaugurou, com fundamento no art. 68, do Estatuto da OI S/A, procedimento arbitral perante a Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM, no qual, segundo aponta a suscitante, sobreveio decisão liminar arbitral com o objetivo de “(...) impedir a adoção das medidas prevista no PRJ do Grupo OI.” (fls. 608/630). Acrescenta, nessa linha, que “(...) o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado suspendeu os efeitos das deliberações adotadas em reunião extraordinária do Conselho de Administração da OI S/A, em 5.3.18, cuja ordem do dia era tratar sobre as medidas necessárias ao aumento de capital

e ao bônus de subscrição, previstos no Plano de Recuperação Judicial.”; *xi*) a suscitante diz, nesse contexto, que “(...) o juízo arbitral deu-se por competente para deliberar e deliberou, ao fim e ao cabo, sobre a legalidade de cláusulas do plano de Recuperação Judicial aprovado em AGC, homologado pelo MM. Juízo recuperacional, cuja competência é absoluta e exclusiva. E, como sabido, compete exclusivamente ao Juízo da Recuperação Judicial adotar as medidas necessárias para garantir o sucesso do processo de soerguimento, bem como para decidir sobre as questões que envolvam interesses das empresas recuperandas.”; *xii*) alega-se, finalmente, que o r. juízo arbitral foi categórico ao determinar que a ora suscitante se absteresse de implementar os aumentos de capital previstos no Plano de Recuperação Judicial, sob pena de multa de R\$ 122.923.791,41 (cento e vinte e dois milhões, novecentos e vinte e três mil e setecentos e noventa e um reais e quarenta e um centavos) (fls. 629)

Nesse contexto, pediu, em caráter liminar, seja determinada “(...) a imediata suspensão da decisão proferida no âmbito do procedimento arbitral CAM n. 104/18, que suspendeu os efeitos das deliberações tomadas na reunião do Conselho de Administração da OI S.A, realizada em 5.3.2018.” Requereu, ainda, a decretação de segredo de justiça ao feito.

No mérito, almeija a declaração de competência do r. juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ para deliberar e decidir acerca das medidas necessárias ao cumprimento do Plano de Recuperação Judicial aprovado e homologado pelos credores. (fls. 1/31)

Às fls. 1.428/1.435, este signatário *deferiu* o pedido liminar para *suspender* os efeitos da decisão proferida pelo r. juízo arbitral (fls. 608/630), nos autos do procedimento arbitral n. 104/18, que afetem o patrimônio da suscitante, designando-se o r. juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes.

Apresentado - por Bratel BV - pedido de reconsideração (fls. 1.461/1.484), este foi indeferido às fls. 1.898/1.901.

A mesma litigante (Bratel BV) interpôs *agravo interno*, no qual argumenta, em síntese: *i*) deixaram de ser consideradas as suas razões que, segundo alega, “legitimam as decisões do juízo arbitral por estarem afetas exclusivamente às questões societárias que não dizem respeito ao plano de recuperação já homologado”; *ii*) que pretende “(...) quer fazer valer seus direitos de acionistas e garantir que os acionistas possam deliberar sobre previsões do plano a respeito das quais os acionistas devem por lei e Estatuto deliberar, bem como acerca da

ação de responsabilidade em face de Diretores Estatutários da Oi.”; *iii*) “(...) o Juízo da RJ proferiu decisão suspendendo os direitos políticos dos acionistas que participaram de Assembleia Geral Extraordinária que aprovou o ajuizamento de ação de responsabilidade em face dos Diretores”; *iv*) aplicável à presente hipótese o entendimento proferido nos autos do Conflito de Competência n. 152.348/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 19/12/2017. (decisão monocrática) (fls. 1.960/1.993)

Prestadas as informações, às fls. 1.486/1.493 - do r. juízo da recuperação judicial e às fls. 1.507/1.515 - da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo/SP - e instado a se manifestar, o *Ministério Público Federal* opinou pelo reconhecimento da competência do r. *juízo da recuperação judicial*, em parecer assim ementado (fls. 1.947/1.952):

Conflito positivo de competência. Juízos Arbitral e Estatal. Art. 47 da Lei de Recuperação Judicial. Interesses e bens da sociedade recuperanda. Pela competência do Juízo Recuperacional.

1. Segundo entendimento pacificado por esse Superior Tribunal de Justiça, ‘a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.’ (CC 111.230, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe de 03/04/2014).

2. Sabe-se, por outro lado, na exata linha dos consentâneos entendimentos proferidos no âmbito liminar e do pedido de reconsideração, que, uma vez iniciada a recuperação judicial, com a aprovação do respectivo plano, fundamental se mostra que os atos com potencialidade de interferência no soerguimento da sociedade em recuperação sejam submetidos ao crivo do juízo universal, sob pena de se esvaziar o desiderato do próprio processo recuperacional.

3. De se ressaltar, por fim, que igualmente há muito encontra-se sedimentada a jurisprudência dessa Corte Superior no sentido de que o conflito de competência não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, nem se constitui meio hábil para atacar decisões de instâncias inferiores (AgRg no CC 126.947/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJe de 14/4/2014).

4. Parecer pela competência do Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ.

É o relatório.

VOTO

O conflito existe e merece ser dirimido declarando-se, por conseguinte, a competência do r. juízo da recuperação judicial.

1. Do conhecimento do presente conflito de competência: juízo estatal *versus* juízo arbitral - atuação com natureza jurisdicional - precedentes da Segunda Seção.

Inicialmente, sobleva destacar que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem *natureza jurisdicional*, a existência de conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento. Eis a ementa do caso líder:

Processo Civil. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Conflito de competência frente a juízo estatal. Possibilidade. Medida cautelar de arrolamento. Competência. Juízo Arbitral.

1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.

2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta.

3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei n. 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a proliferação de decisões conflitantes.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral.

(CC 111.230/DF, Rel. Ministra **Nancy Andrighi**, Segunda Seção, j. 8/5/2013, DJe 3/4/2014) (**grifos nossos**)

E ainda, na mesma linha desse entendimento:

Conflito de competência positivo. Juízo Arbitral e Juízo Estatal. Possibilidade, em tese, de configuração de conflito de competência. Entendimento sufragado pela Segunda Seção do STJ. Contrato de franquia, com cláusula compromissória arbitral. Juízo Estatal que determina, no bojo de ação judicial, a exclusão/extinção de procedimento arbitral anteriormente instaurado para o deslinde de controvérsia advinda do mesmo contrato (envolvendo as mesmas partes

signatárias, com discussão se houve ou não cessão de posição contratual de terceiro franqueado). Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo Arbitral.

1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.

1.1 O conflito positivo de competência afigura-se caracterizado, não apenas quando dois ou mais Juízos, de esferas diversas, declaram-se simultaneamente competentes para julgar a mesma causa, mas também quando, sobre o mesmo objeto, duas ou mais autoridades judiciárias tecem deliberações excludentes entre si.

2. O Juízo da 2ª Vara Cível e Empresarial de Belém/PA, a despeitada existência de cláusula compromissória arbitral inserta no contrato de franquia estabelecido entre Partout Administração e To Be kids, a vincular, no mínimo, as partes signatárias (pairando, é certo, controvérsia sobre a ocorrência de cessão de posição contratual por parte de Toys), entendeu, diversamente do Juízo arbitral, pela não instauração da competência do Juízo arbitral, inclusive com a determinação de extinção do feito ali iniciado.

3. Tem-se por configurado o conflito positivo de competência, na medida em que, sobre o mesmo objeto (no caso, a definição acerca da instauração da competência do Juízo arbitral), dois ou mais Juízos, de esferas distintas, tecem deliberações excludentes entre si, a considerar que, por lei, a questão deve ser precedentemente decidida por um deles (no caso, o Juízo arbitral).

4. É de se reconhecer a inobservância do art. 8º da Lei n. 9.307/1996, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da *Komptenz Komptenz*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo arbitral.

(CC 146.939/PA, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, Segunda Seção, j. 23/11/2016, DJe 30/11/2016) (**grifos nossos**)

Mais recentemente, confira-se:

Agravo interno no conflito de competência. Recurso manejado sob a égide do NCP. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Jurisdição estatal (Juízo da Recuperação Judicial) e jurisdição arbitral. Determinação arbitral de caráter provisório para emissão de garantia bancária. Repercussão no patrimônio da recuperanda.

Princípio da preservação da empresa. Competência do Juízo Universal. Agravo não provido.

1. Aplicabilidade do NCPC neste julgamento conforme o Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A questão jurídica a ser dirimida está em definir a competência para determinar a emissão de carta de fiança bancária por empresa em recuperação judicial para garantia de dívida em discussão no juízo arbitral.

3. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento.

4. O conflito positivo de competência ocorre não apenas quando dois ou mais Juízos se declaram competentes para o julgamento da mesma causa, mas também quando proferem decisões excludentes entre si acerca do mesmo objeto. Na hipótese dos autos, os Juízos suscitados proferiram decisões incompatíveis entre si, pois, enquanto o Juízo arbitral determinou a apresentação de garantia bancária pela empresa recuperanda, o Juízo da recuperação se manifestou no sentido de que qualquer ato construtivo ao patrimônio da recuperanda deverá ser a ele submetido.

5. Segundo a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, o próprio árbitro é quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória (art. 485 do NCPC, art. 8º, parágrafo único, e art. 20 da Lei n. 9.307/9).

6. No caso sob análise não há discussão sobre a interpretação do contrato e da convenção de arbitragem que embasaram o procedimento, limitando-se a quaestio juris a definir qual é o juízo competente para deliberar sobre prestação de garantia passível de atingir o patrimônio da empresa recuperanda.

7. Segundo precedentes desta Corte Superior, as ações ilíquidas tramitarão regularmente nos demais juízos, inclusive nos Tribunais Arbitrais. Contudo, não será possível nenhum ato de constrição ao patrimônio da empresa em recuperação.

8. Agravo interno não provido.

AglInt no CC 153.498/RJ, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 14/06/2018. **(grifos nossos)**

E ainda: CC 158.349/SP, Rel. Min. *Antonio Carlos Ferreira*, DJe de 16/05/2018 (decisão monocrática).

Essa compreensão jurisprudencial, fundamentada em escólio doutrinário (cf. SILVA, Ovídio A. Batista da Silva e GOMES, Fábio, Teoria Geral do Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 60 a 74), ensejou *magníficos* debates no âmbito deste eg. órgão colegiado, de modo a justificar a submissão do presente conflito de competência à apreciação dos eminentes pares, inexistindo a pretensão de rediscutir a temática, mas de *reafirmá-la* em razão da função jurisdicional desta Corte de conferir *segurança e uniformidade* de entendimento de seus julgados. Inclusive, não se pode olvidar que, na oportunidade do julgamento do CC 111.230/DF, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe de 03/04/2014, foram tecidas ponderáveis considerações nos votos divergentes, em especial aquelas proferidas pela e. Min. Maria Isabel Gallotti, as quais este signatário alinhou-se, na companhia dos e. Ministros João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Contudo, diante da *missão* constitucional do STJ de, *repita-se*, uniformizar a jurisprudência pátria e considerando-se, *outrossim*, que o conflito positivo de competência afigura-se caracterizado, não apenas quando dois ou mais Juízos, de esferas diversas, declaram-se simultaneamente competentes para julgar a mesma causa, mas também quando, sobre o mesmo objeto, duas ou mais autoridades judiciárias tecem deliberações excludentes entre si (*ut. DINAMARCO, Cândido Rangel*. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I, Malheiros, 5ª ed., 2005, p. 141.), a hipótese dos autos revela, à luz dos precedentes supramencionados, caracterizado o conflito entre jurisdições distintas apto ao conhecimento deste eg. órgão colegiado.

Isso porque, *de um lado*, o r. juízo da recuperação judicial, após homologação do plano de recuperação, entendeu por suspender os efeitos de deliberação tomada em assembleia de acionistas minoritários da companhia que tinha por desiderato discutir a validade de cláusulas do plano de recuperação; *de outro lado*, o r. juízo arbitral que entendeu por “(...) suspender os efeitos de eventual aprovação de qualquer deliberação que verse sobre as matérias constantes da pauta da ‘Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Oi S.A. para tratar da seguinte ordem do dia: ‘aumento de capital da Companhia, mediante a capitalização de parte dos Créditos Quirografários dos Bondholders Qualificados, com a emissão de novas ações ordinárias (cl. 4.3.3.5 e correlatas do PRJ) e bônus de subscrição que serão conferidos como vantagem adicional aos subscritores das ações do aumento (cl. 4.3.3.6 e correlatas do PRJ), na forma prevista no Plano de Recuperação Judicial.’” (fl. 616), determinando, ao final, que a ora suscitante se abstinhasse de implementar os aumentos de capital previstos

no Plano de Recuperação Judicial, sob pena de multa de R\$ 122.923.791,41 (cento e vinte e dois milhões, novecentos e vinte e três mil e setecentos e noventa e um reais e quarenta e um centavos) (fls. 629).

Dessa forma, havendo duas decisões de órgãos com função judicante sobre o mesmo objeto e que são conflitantes entre si, revela-se caracterizado o conflito de competência entre jurisdições distintas, a teor da orientação jurisprudencial supramencionada, de modo a ensejar o pronunciamento desta eg. Corte Superior, na sua resolução definitiva.

2. Da limitação do âmbito cognitivo do conflito de competência: impossibilidade de se aferir a correção de decisões proferidas pelas instâncias ordinárias – precedentes da Segunda Seção.

Na hipótese, a ora interessada - *Bratel BV* - aduz em suas razões (fls. 870/1.425, 1.461/1.484, 1.960/1.993) que: *i)* são indevidas as deliberações da assembleia geral de credores em relação ao aumento de capital social da companhia previstas no plano de recuperação judicial e homologadas pelo r. juízo da recuperação; *ii)* o aumento de capital previsto no plano de recuperação judicial trará impactos negativos em sua participação acionária; *iii)* o plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores somente se tornará vinculante à recuperanda após deliberação dos respectivos órgãos societários competentes; *iv)* a suspensão determinada pelo r. juízo da recuperação, de participação nas assembleias ordinárias da companhia viola direito líquido e certo de exercício legítimo das atividades dos acionistas.

Essas alegações, *apesar de legítimas, ainda que sem qualquer juízo de valor, são impertinentes* de serem conhecidas e decididas no âmbito do presente instrumento processual, porquanto, a teor da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a cognição, em sede de conflito de competência, permite *apenas* a declaração do juízo competente para decidir determinada controvérsia, sendo *inadequado* seu uso para se aferir a *correção* de decisões proferidas nas demandas que originaram o incidente.

Nesse sentido, diversos são os precedentes desta eg. Corte Superior, os quais cito:

Processual Civil e Comercial. Agravo interno no conflito de competência. Inexistência de conflito. Uso do incidente como sucedâneo recursal. Impossibilidade. Petições sucessivas de agravo contra a mesma decisão. Preclusão consumativa. Decisão mantida.

1. Não existem dois órgãos jurisdicionais afirmando-se simultaneamente competentes, ou incompetentes, para apreciar determinada questão, e sequer há risco, neste momento, de ordens judiciais conflitantes, ainda inexistindo discussão acerca da reunião de processos.

2. A suscitante, em verdade, pretende rechaçar decisão do Juízo cível que indeferiu seu pedido de extinção do processo falimentar. Sustenta, para tanto, que o requerimento de quebra está fundado em documento sem força de título executivo, inidôneo, por isso, para justificar o processamento da falência.

3. *Segundo o entendimento desta Seção, o âmbito cognitivo do conflito de competência permite apenas a declaração do juízo competente para decidir determinada questão, sendo inadequado seu uso como sucedâneo recursal, a fim de se aferir a correção de decisões proferidas nas demandas que originaram o incidente (AgRg no CC 131.891/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 10/9/2014, DJe 12/9/2014).*

4. Apresentadas duas petições sucessivas de agravo contra a mesma decisão, a segunda fica prejudicada, não podendo sequer ser conhecida, por força da preclusão consumativa.

5. Agravo interno de fls. 369/387 (e-STJ) a que se nega provimento. Agravo de fls. 388/410 (e-STJ) não conhecido.

AgInt no CC 150.449/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de 23/03/2018. (grifos nossos)

Conflito negativo de competência. Sistema Financeiro de Habitação. Ação ordinária de indenização securitária. Inexistência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal. Reconhecimento pela Justiça Federal. Repetitivo. REsp n. 1.091.393/SC. Súmulas n. 150, 224 e 254 do STJ. Análise da matéria de mérito. Impossibilidade.

(...)

3. *O conflito positivo de competência não é via adequada para se aferir a inteireza e legitimidade de deliberações dos juízos suscitados nem para se pronunciar o acerto ou desacerto de decisões proferidas em demandas que deram origem a sua instauração.*

4. Agravo regimental desprovido.

AgRg no CC 131.891/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 10/9/2014, DJe 12/9/2014. (grifos nossos)

Na mesma linha:

Agravo regimental no conflito de competência. Utilização como sucedâneo recursal. Impossibilidade. Impugnação pelos meios recursais ordinários. Conflito não conhecido.

1. Não há falar em nulidade do procedimento pelo simples fato de o conflito ora suscitado sequer ter sido conhecido.

2. A decisão ora agravada não analisou o mérito do pedido, isto é, não disse se há ou não conflito. O que se verificou é que o conflito não reúne condições de conhecimento. Essa é a mesma linha já adotada por esta relatoria nos CC n. 126.653/SP (DJe 4/3/2013), 126.947/SP (DJe 11/3/2013), 126.948/SP (DJe 11/3/2013), 127.090/SP (DJe 26/3/2013) e 126.834/SP (DJe 28/11/2013), que versavam exatamente sobre a mesma questão aqui analisada.

3. *O conflito de competência não se presta como sucedâneo recursal nem se constitui em meio hábil para atacar decisões de instâncias inferiores.*

4. Agravo regimental não provido.

AgRg no CC 126.947/SP, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 14/04/2014. (grifos nossos)

No mesmo sentido, confira-se: AgRg no CC n. 111.016/TO, Rel. Min. *Paulo de Tarso Sanseverino*, Segunda Seção, julgado em 9/2/2011, DJe 15/2/2011; AgRg no CC n. 113.861/GO, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, DJe 11/10/2011; AgInt nos EDcl no CC 156.222/PR, Rel. Min. *Nancy Andrigli*, DJe de 11/05/2018; AgInt no CC 152.259/RS, Rel. Min. *Moura Ribeiro*, DJe de 27/02/2018; AgInt nos EDcl no CC 155.003/RS, Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze*, DJe de 28/02/2018; AgInt nos EDcl no CC 150.962/SP, Rel. Min. *Lázaro Guimarães*, DJe de 30/10/2017; AgInt no CC 144.195/SP, desta Relatoria, DJe de 15/03/2017; AgRg no CC 140.410/DF, Rel. Min. *Maria Isabel Gallotti*, DJe de 01/10/2015; CC 108.392/SP, Rel. Min. *Raul Araújo*, DJe de 01/07/2013; AgRg no CC 106.896/MT, Rel. Min. *Aldir Passarinho Júnior*, DJe de 02/08/2010.

Com efeito, as alegações da ora interessada - *Bratel BV* - podem ser examinadas pelas instâncias ordinárias, com os instrumentos jurídicos adequados e pertinentes, sob pena de indevida supressão de instância, evitando-se, dessa forma, a manifestação *per saltum* deste eg. Superior Tribunal de Justiça pela via do conflito de competência.

Dessa forma, claro está que, uma vez definida a competência, eventuais decisões do r. juízo de primeiro grau acerca da execução do plano de recuperação aprovado, estarão sujeitas aos respectivos recursos pertinentes, podendo, se for o caso, até chegar a esta Corte Superior pela via do recurso especial, momento processualmente adequado para exame de referidos temas. Assim, qualquer decisão a respeito das supramencionadas teses veiculadas pela ora interessada - *Bratel BV* -, no âmbito deste conflito de competência, ensejaria manifesta

insegurança jurídica, com o risco de, inegavelmente, esvaziar, por completo, o próprio manejo de recurso adequado e cabível.

3. Da delimitação da controvérsia: recuperação judicial – plano aprovado pela assembleia geral de credores – execução – competência do juízo da recuperação judicial.

Superadas as questões preliminares acerca do cabimento, bem como da temática a ser conhecida nesta sede, cumpre, doravante, adentrar no exame de mérito do presente conflito de competência.

E, ao fazê-lo, importa deixar consignado, desde logo, a orientação *pacífica* da Segunda Seção no sentido de ser o Juízo onde se processa a recuperação judicial, o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.

Nesse sentido, confira-se os precedentes:

Agravo interno no conflito positivo de competência. Recuperação judicial. Medidas de constrição de bens integrantes do patrimônio da empresa. Decisão agravada que deferiu a liminar para suspender a ação de execução contra a suscitante. Presença dos requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Questões trazidas pela agravante que serão analisadas por ocasião do julgamento de mérito. Agravo desprovido.

1. O entendimento da Segunda Seção desta Corte é no sentido de ser o Juízo onde se processa a recuperação judicial o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.

2. As questões suscitadas pela agravante serão analisadas por ocasião do julgamento de mérito do presente conflito, devendo ser mantida, assim, a decisão agravada que deferiu a liminar para suspender os atos executórios em relação à empresa em recuperação judicial.

3. Agravo interno desprovido.

AgInt no CC 149.736/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 13/03/2017. (grifos nossos)

Agravo interno no conflito positivo de competência suscitado por empresa em recuperação judicial em face de Juízo do Trabalho. Competência do Juízo Falimentar.

1. A execução individual trabalhista e a recuperação judicial apresentam nítida incompatibilidade concreta, porque uma não pode ser executada sem prejuízo da outra.

2. O Juízo universal é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, inclusive para o

prosseguimento dos atos de execução, ainda que o crédito seja anterior ao deferimento da recuperação judicial, devendo, portanto, se submeter ao plano, sob pena de inviabilizar a recuperação. Precedentes do STJ.

3. Competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Santa Helena de Goiás/GO, para o prosseguimentos de execuções trabalhistas.

4. Agravo interno desprovido.

AgInt no CC 148.536/GO, *desta Relatoria*, DJe de 15/03/2017.

Recurso especial. Recuperação judicial. Modificação do plano de recuperação após o biênio de supervisão judicial. Possibilidade, desde que não tenha ocorrido o encerramento daquela. Princípio da preservação da empresa. Alteração submetida à Assembleia Geral de Credores. Soberania do órgão. Devedor dissidente que deve se submeter aos novos ditames do plano. Princípios da relevância dos interesses dos credores e da *par conditio creditorum*.

1. O legislador brasileiro, ao elaborar o diploma recuperacional, traçou alguns princípios, de caráter axiológico-programático, com o intuito de manter a solidez das diversas normas que compõem a referida legislação. Dentre todos, destacam-se os princípios da relevância dos interesses dos credores; *par conditio creditorum*; e da preservação da empresa, os quais são encontrados no artigo 47 da Lei 11.101/2005.

2. Essa base principiológica serve de alicerce para a constituição da Assembleia Geral de Credores, a qual possui a atribuição de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial, nos moldes apresentados pelo Administrador Judicial da empresa recuperanda.

3. Outrossim, por meio da “Teoria dos Jogos”, percebe-se uma interação estratégica entre o devedor e os credores, capaz de pressupor um consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação judicial. Essas negociações demonstram o abandono de um olhar individualizado de cada crédito e um apego maior à interação coletiva e organizada.

4. Discute-se, na espécie, sobre a modificação do plano originalmente proposto, após o biênio de supervisão judicial - constante do artigo 61 da Lei de Falências -, sem que houvesse o encerramento da recuperação judicial da empresa recuperanda. Ainda que transcorrido o prazo de até 2 anos de supervisão judicial, não houve, como ato subsequente, o encerramento da recuperação, e, por isso, os efeitos da recuperação judicial ainda perduram, mantendo assim a vinculação de todos os credores à deliberação da Assembleia.

5. Recurso especial provido.

REsp 1.302.735/SP, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, DJe de de 05/04/2016.

Processual Civil. Agravo regimental no conflito de competência. Execução fiscal e recuperação judicial. Competência do Juízo Universal. Edição da Lei n.

13.043, de 13.11.2014. Parcelamento de créditos de empresa em recuperação. Jurisprudência mantida.

1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.

2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal.

3. A edição da Lei n. 13.043, de 13.11.2014, por si, não implica modificação da jurisprudência desta Segunda Seção acerca da competência do juízo da recuperação para apreciar atos executórios contra o patrimônio da empresa.

4. No caso concreto, o deferimento do processamento da recuperação e a aprovação do correspondente plano são anteriores à vigência da Lei n. 13.043/2014.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

AgRg no CC 129.290/PE, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de 15/12/2015. (grifos nossos)

E ainda: CC 131.894/SP, Rel. Ministro **Raul Araújo**, Segunda Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 31/03/2014; CC 146.657/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, Segunda Seção, julgado em 26/10/2016, DJe 07/12/2016; AgRg nos EDcl no CC 136.571/MG, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, Segunda Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 31/05/2017; CC 145.027/SC, Rel. Ministro **Ricardo Villas Bôas Cueva**, Segunda Seção, julgado em 24/08/2016, DJe 31/08/2016; AgInt no CC 145.402/GO, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 29/06/2018; CC 139.332/RS, Rel. Min. **Lázaro Guimarães**, Segunda Seção, DJe de 25/04/2018; CC 153.473/PR, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, Rel. p/acórdão, Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 26/06/2018.

Essa compreensão, sem dúvida, fundamenta-se na ideia de que o juízo da recuperação é o mais próximo da realidade fática e jurídica das empresas com dificuldades financeiras, tendo, por isso, maiores e melhores condições de assimilar, aquilatar e definir se eventuais medidas judiciais proferidas em juízos diversos - na hipótese dos autos, oriunda de Juízo Arbitral - incidentes sobre o acervo patrimonial de tais sociedades, podem ou não comprometer o sucesso do plano de reerguimento, sobretudo em hipóteses como a presente, em que a discussão envolve valores de grande monta. (cf. Os planos da Oi para se reerguer da maior recuperação judicial do Brasil. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/os-planos-da-oi-para-se-reerguer-da-recuperacao-judicial-da-historia/>>. Acesso em 02/08/2018; Pedido de recuperação da Oi é o maior da história do Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/>

noticia/2016/06/pedido-de-recuperacao-da-oi-e-o-maior-da-historia-do-brasil-veja-lista.html>. Acesso em 02/08/2018; Oi pede recuperação judicial de R\$ 65 bilhões, a maior da história do Brasil. *Disponível em:* <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1783621-oi-pede-recuperacao-judicial-de-r-53-bilhoes.shtml>>. Acesso em 02/08/2018)

A propósito e para corroborar a referida conclusão, é a opinião da doutrina especializada: **COELHO, Fábio Ulhôa**. Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255; **AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio**. A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 350; **BASTOS, Joel Luis Thomaz**. 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestrutura empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 485; **BEZERRA FILHO, Manoel Justino**. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências comentada - Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 855; **CARVALHOSA, Modesto**. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 750; **PACHECO, José da Silva**. Processo de Recuperação Judicial, extrajudicial e falência. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 158; **SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA SANTOS, Paulo**. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática. 3ª ed. rev. atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 19.

Desse modo, não é demais afirmar que o processo de recuperação judicial visa, no seu âmago, propiciar à sociedade empresária condições de superar o estado de crise econômico-financeiro, a fim de se alcançar o objetivo finalístico da lei de regência, qual seja, a recuperação da empresa. E, nesse contexto, a atuação do juiz concretiza-se na verificação das disposições legais do plano de recuperação, salvaguardando-se, pois, sua legalidade. Nesse sentido, confira-se:

Recurso especial. Autos de agravo de instrumento dirigido contra a decisão que convolou a recuperação judicial em falência. Obrigatória convocação de nova assembleia de credores quando anulada aquela que aprovara o plano de recuperação judicial. Inexistente qualquer uma das causas taxativas de convalidação.

1. No processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consecutória manutenção das fontes de produção e de trabalho.

2. Nessa perspectiva, sobressai a obrigatoriedade da convocação de nova assembleia quando decretada a nulidade daquela que aprovava o plano de recuperação e que, conseqüentemente, implicara a preclusão lógica das objeções suscitadas por alguns credores.

3. No caso concreto, o magistrado, após considerar nula a assembleia geral de credores que aprovava o plano de reestruturação, não procedeu à nova convocação e, de ofício, convolou a recuperação em falência, sem o amparo nas hipóteses taxativas insertas nos incisos I a IV do artigo 73 da Lei 11.101/2005, quais sejam: (i) deliberação da assembleia geral de credores sobre a inviabilidade do soerguimento da sociedade empresária; (ii) inércia do devedor em apresentar o plano de reestruturação no prazo de 60 (sessenta) dias contado da decisão deferitória do processamento da recuperação judicial; (iii) rejeição do plano de recuperação pela assembleia geral de credores, ressalvada a hipótese do *cram down* (artigo 58, §§ 1º e 2º, da Lei 11.101/2005); e (iv) descumprimento sem justa causa de qualquer obrigação assumida pelo devedor no plano, durante o período de dois anos após a concessão da recuperação judicial.

5. Em vez da convalidação da recuperação em falência, cabia ao magistrado submeter, novamente, o plano e o conteúdo das objeções suscitadas por alguns credores à deliberação assemblear, o que poderia ensejar a rejeição do plano ou a ponderação sobre a inviabilidade do soerguimento da atividade empresarial, hipóteses estas autorizadoras da quebra. Ademais, caso constatada a existência de matérias de alta indagação e que reclamem dilação probatória, incumbir-lhe-ia remeter os interessados às vias ordinárias, já que o plano de recuperação fora aprovado sem qualquer impugnação. 6. Recurso especial provido a fim de cassar a decisão de convalidação da recuperação judicial em falência e determinar que o magistrado de primeiro grau providencie a convocação de nova assembleia geral de credores, dando-se prosseguimento ao feito, nos termos da Lei 11.101/2005.

REsp 1.587.559/PR, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, DJe 22/05/2017. (grifos nossos)

E ainda: REsp 1.660.195/PR, Rel. Min. *Nancy Andrigli*, DJe de 10/04/2017; REsp 1.532.943/MT, Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze*, DJe 10/10/2016.

Com esse norte hermenêutico, na hipótese dos autos, o r. juízo da recuperação judicial, em 19/12/2017, homologou o plano de recuperação judicial aprovado pelos credores, que, dentre suas cláusulas (cf. **4.3.3.5 e 4.3.3.6**), contém previsão de aumento de capital da companhia recuperanda a fim de consolidar o adimplemento de suas dívidas/obrigações perante seus credores. Inconformada, em face de tal *decisum*, a ora interessada - *Bratel BV* - além de interpor agravo de instrumento perante o eg. TJ/RJ (n. 0017198-21.2018.8.19.0000), inaugurou

procedimento arbitral (n. 104/18), no qual o r. juízo arbitral entendeu por determinar a suspensão de “(...) qualquer deliberação que verse sobre aumento de capital da Companhia prevista no Plano de Recuperação Judicial”, sob pena de incidência de multa no importe de R\$ 122.923.791,41 (cento e vinte e dois milhões, novecentos e vinte e três mil e setecentos e noventa e um reais e quarenta e um centavos). (fls. 616 e 629)

A deliberação arbitral, oriunda da Câmara de Arbitragem de São Paulo/SP, invadiu a competência do r. juízo da recuperação judicial, na medida em que suspendeu a eficácia de cláusulas do plano de recuperação judicial já homologado pelo juízo competente. Olvidou-se, inclusive, de utilizar, quando poderia fazê-lo, de instrumentos de cooperação judicial, como, por exemplo, a carta arbitral (artigos 260, § 3º, do NCPC c/c art. 22-C da Lei n. 9.307/96) para comunicar ao r. juízo da recuperação, se tal medida arbitral - caso deferida - poderia dificultar a execução do plano de soerguimento aprovado e homologado judicialmente pelo juízo da recuperação judicial de modo a consubstanciar ter sido indevida e imprudente a decisão arbitral, notadamente em se tratando de complexa e delicada recuperação judicial.

É relevante ponderar que *não se está decidindo* acerca da natureza e tampouco do conteúdo das cláusulas do plano de recuperação judicial homologado, mas tão somente reconhecendo que o juízo onde tramita a recuperação judicial, por ter à sua disposição todos os elementos que traduzem, com maior precisão, as dificuldades enfrentadas pela recuperanda, bem como os aspectos concernentes à sua elaboração, é quem deve decidir acerca da execução do plano de soerguimento. Em caso *análogo*, confira-se: REsp n. 1.639.029/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.16. Tal destaque é importante porque, *a uma*, objetiva preservar o âmbito cognitivo do conflito de competência; *a duas*, visa conservar o sistema recursal, porquanto a decisão que homologou o plano de recuperação da suscitante foi devolvida ao Tribunal de Justiça de origem, por meio de agravo de instrumento (n. 0017198-21.2018.8.19.0000); *a três*, tem o desiderato resguardar a competência recursal do STJ (art. 105, III, da CF) que, por meio de recurso especial, poderá ser provocado, por qualquer das partes, a examinar a temática subjacente ao presente conflito de competência.

Nítido o conflito de decisões proferidas pelos juízos suscitados, na medida em que o r. juízo arbitral declarou-se competente para examinar e julgar matéria relacionada à legalidade de cláusulas do Plano de Recuperação Judicial, aprovado pela Assembleia Geral de Credores e homologado pelo r. juízo da recuperação

judicial, tendo proferido decisão na qual impediu, de maneira indevida e sem o controle do r. juízo da recuperação judicial, o cumprimento das medidas administrativas previstas no Plano de Recuperação, sob pena de incidência de elevada multa, no importe de R\$ 122.923.791,41 (cento e vinte e dois milhões, novecentos e vinte e três mil e setecentos e noventa e um reais e quarenta e um centavos), extrapolando, portanto, sua atuação jurisdicional.

A propósito do tema, vale destacar a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, onde referido autor sustenta, *verbis*:

(...) Regra geral, portanto, é a de que ao juízo recuperacional não cabe apreciar conflitos societários surgidos na sociedade empresária em recuperação. Em alguns casos muito específicos, porém, quando o exercício abusivo de direitos societários pode ameaçar o cumprimento dos objetivos da recuperação judicial, deve-se atentar à aplicação casuística da lei. Um exemplo deste abuso da minoria se pode ver, por exemplo, na tentativa de substituir a administração da companhia em recuperação judicial, levantando suspeições genéricas e não provadas, bem como batendo-se por impedimentos de voto em assembleia geral, mergulhando em tumulto generalizado as relações societárias.

(...)

O juiz recuperacional, nos casos de abuso no exercício de direitos societários no interior da recuperanda, deve impedir que os valores matas individuais protegidos pelo instituto da recuperação judicial (concernentes à preservação da empresa viável) não sejam preteridos em favor dos ilegítimos interesses individuais daqueles minoritários que, aproveitando-se da vulnerabilidade momentânea da companhia, visam obter vantagens indevidas.”

Coelho, Fábio Ulhoa. *Temas de Direito da Insolvência - Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. Rio de Janeiro: Forense, p. 246.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se a *inaplicabilidade* do entendimento proferido nos autos do Conflito de Competência n. 152.348/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão (DJe de 19.12.2017), suscitado pela ora interessada Bratel BV, porquanto nesse caso, sua Excelência, em sede liminar e apoiado em orientação assente da Segunda Seção entendeu que “(...) O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário.”

Esse fundamento, por si só, releva a distinção em relação à hipótese ora examinada, porquanto, no caso dos autos, não se discute e nem se cogita da

nulidade de cláusula compromissória que autorizaria inaugurar, perante o r. Juízo Arbitral, debate acerca de acordo de acionistas. Em outras palavras, no caso *sub judice* não há questionamento quanto à possibilidade de instauração do procedimento arbitral, ao contrário daquele examinado pelo e. Min. Luis Felipe Salomão, circunstância apta distinguir e, por conseguinte, tornar inviável sua utilização, como razão de decidir, à hipótese ora julgada.

Cabe salientar, todavia, que a arbitragem, como instrumento alternativo de solução de controvérsias, dotado de natureza jurisdicional, deve ser exercido por meio de um procedimento com contraditório, o qual merece ser amplamente divulgado, estimulado e adotado, conferindo-se a ele os mecanismos necessários à sua plena e escoreita adoção.

Com efeito e nessa compreensão, o processamento da recuperação judicial *não tem* o condão de impossibilitar o devido trâmite do processo arbitral e este, portanto, poderá prosseguir, observados seus limites materiais. De modo que, os atos que possam afetar o plano de recuperação judicial (que, no caso dos autos, foi aprovado pelos credores e devidamente homologado judicialmente), devem ficar sujeitos ao crivo do juízo da recuperação, sob pena de frustrar este procedimento cujo escopo é devolver à sociedade comercial as condições para voltar a desempenhar, de maneira plena e efetiva, suas atividades. Confere-se, dessa forma, harmonia e lógica ao sistema jurídico normativo, preservando-se, pois, ambas as competências, sob a direção de seus respectivos juízos, em relação de diálogo e cooperação, em seus estritos limites materiais.

Na mesma linha de intelecção, já se afirmou “(...) A existência dessa harmonia e cooperação serve a um propósito especial, que é a efetividade e eficiência das resoluções de conflitos. Em outras palavras, é aceitável a convivência de decisões arbitrais e judiciais, quando elas não se contradizerem e tiverem a finalidade de preservar a efetividade de futura decisão arbitral.” (*ut.* CC 111.230/DF, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, Segunda Seção, j. 8/5/2013, DJe 3/4/2014)

Portanto, se reconhecida, ao juízo arbitral, atuação de natureza jurisdicional, a este devem ser conferidos os instrumentos aptos necessários a fim de direcionar, com a devida cautela e prudência, o processo arbitral, não se olvidando da necessária cooperação entre os juízos, utilizando-se, quando for o caso, das regras contidas nos artigos 260, § 3º, do NCPC c/c art. 22-C, da Lei n. 9.307/96.

Finalmente, mister exaltar, por oportuno, a necessidade de que os juízos arbitral e estatal possam conviver em regime de cooperatividade institucional, cada qual respeitando sua esfera de competência, evitando-se, por conseguinte, situações ocorridas como a dos presentes autos e a ensejar, portanto, a intervenção deste eg. Superior Tribunal de Justiça.

4. Do exposto, conheço do presente conflito e, por conseguinte, declara-se a competência do r. Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ (juízo da recuperação judicial).

Fica, pois, prejudicado o exame do agravo interno de fls. 1.960/1.993.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de conflito positivo de competência suscitado por *Oi S/A - em Recuperação Judicial* em face de decisões prolatadas pelo *Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro - RJ*, pelo *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* e pelo *Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo - SP*.

A controvérsia a ser dirimida cinge-se em definir se a decisão liminar proferida pelo juízo arbitral invade a esfera de competência do juízo onde se processa a recuperação judicial da suscitante.

Voto do e. Min. Relator: conheceu do conflito e declarou a competência do juízo estatal, por entender que o juízo arbitral não poderia ter suspenso a eficácia de cláusulas do plano de recuperação judicial e decidido acerca de matérias relacionada à sua legalidade.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão controvertida.

Revisados os fatos, decide-se.

1. *Delimitação da controvérsia*

A questão que deu origem à presente controvérsia assenta-se no fato de ter constado no plano de recuperação judicial da suscitante disposição prevendo a realização de *aumento de capital* da companhia (mediante capitalização de créditos quirografários, com emissão de ações ordinárias e bônus de subscrição), em montante que representaria aproximadamente R\$ 12.000.000.000,00 (doze bilhões de reais) (e-STJ Fl. 564).

Com o objetivo de dar efetividade a tal medida, foi convocada pela suscitante Reunião Extraordinária do Conselho de Administração, a ser realizada em 5/3/2018.

A decisão apontada como invasiva da competência do juízo recuperacional foi proferida no sentido de determinar a *suspensão dos efeitos* de eventual aprovação de qualquer deliberação que versasse sobre a questão retro citada. Eis seu teor, no que interessa à espécie:

Por todo o exposto, [...], reconheço a minha competência para dirimir o conflito em referência e, por ora, decido o seguinte:

[...]

(c) **deferir** o pedido para que sejam **suspensos os efeitos da eventual aprovação de qualquer deliberação que verse sobre as matérias** constantes da pauta da "Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Oi S.A. [que foi convocada] para tratar da seguinte ordem do dia: **'aumento de capital da Companhia**, mediante a capitalização de parte dos Créditos Quirografários dos Bondholders Qualificados, com a emissão de novas ações ordinárias (cl. 4.3.3.5 e correlatas do PRJ) e bônus de subscrição que serão conferidos como vantagem adicional aos subscritores das ações objeto do aumento (cl. 4.3.3.6 e correlatas do PRJ), na forma prevista no Plano de Recuperação judicial" (§ 159); [...]

A argumentação desenvolvida na petição inicial aponta, em síntese, que o plano de recuperação judicial por ela apresentado, devidamente aprovado em assembleia de credores e homologado pelo juízo, contém previsão expressa dispondo acerca do aumento de capital da companhia, providência esta que acabou obstaculizada pela decisão supra transcrita.

A sociedade que requereu a instauração do processo arbitral – *Bratel S.À.R.L.*, acionista minoritária da recuperanda (detentora de aproximadamente 23% das ações da companhia) – manifestou-se nos presentes autos defendendo a competência do juízo arbitral, pois, segundo alega, a questão a ele submetida cinge-se a apreciar *conflito societário* deflagrado no curso do processo de soerguimento, o que, em razão do disposto na Lei 6.404/76 (Lei das S/A) e no Estatuto Social da companhia (art. 68), não integra a esfera de competência do juízo recuperacional. A cláusula compromissória possui o seguinte teor:

Art. 68 - A Companhia, seus acionistas, administradores e os membros do Conselho Fiscal, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial,

da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 1, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 1 de Governança Corporativa.

Parágrafo Único – Sem prejuízo da validade desta cláusula arbitral, o requerimento de medidas de urgência pelas Partes, antes de constituído o Tribunal Arbitral, deverá ser remetido ao Árbitro de Apoio, na forma do item 5.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado. (e-STJ Fl. 73)

Argumenta que, muito embora seja competência do juízo do soerguimento – consoante jurisprudência consolidada do STJ – a apreciação de matéria concernente ao pagamento de credores e ao tratamento a ser conferido a bens e interesses da recuperanda, a hipótese dos autos versa sobre *situação fática distinta*, uma vez que tais questões não foram objeto da decisão proferida pelo juízo arbitral.

2. Da caracterização do conflito de competência

Em primeiro lugar, impõe-se referir, conforme bem lembrado pelo e. Min. Relator em seu voto, que é tranquila a jurisprudência deste Tribunal no sentido da possibilidade da caracterização de conflito de competência entre juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao STJ seu julgamento.

Também é certo que, em regra, juízo diverso daquele onde se processa a recuperação judicial não é competente para decidir questões que versem sobre constrição ou excussão do acervo patrimonial da recuperanda.

Pode-se conferir, quanto aos pontos, os julgados já elencados no voto do e. Relator.

Diante disso, havendo, no particular, provimentos aparentemente conflitantes entre si supostamente decidindo sobre o mesmo objeto, é de se conhecer do conflito suscitado.

3. Da solução do conflito

No que concerne aos limites da atuação judicial sobre as disposições que integram o plano de recuperação judicial, as Turmas integrantes da 2ª Seção

desta Corte Superior possuem entendimento firme no sentido de que o juiz está autorizado a realizar o controle de sua *legalidade*, não podendo adentrar, contudo, nas questões atinentes à *viabilidade econômica* da sociedade, aspecto privativo de ser deliberado pela soberana vontade da assembleia de credores (REsp 1.314.209/SP, Terceira Turma, DJe 01/06/2012; e REsp 1.359.311/SP, Quarta Turma, DJe 30/09/2014).

De fato, a enunciado n. 1 da edição n. 37 da jurisprudência em teses do STJ consolidou o entendimento de que, muito embora o juiz não possa analisar os aspectos da viabilidade econômica da sociedade empresária, tem ele o *dever* de velar pela legalidade do plano de recuperação judicial, de modo a evitar que os credores aprovelem pontos que estejam em *desacordo com as normas legais*.

Deriva desse posicionamento a compreensão firmada à unanimidade pela 4ª Turma do STJ de que, nos termos da Lei 11.101/05, é dado ao juiz examinar a legalidade dos procedimentos para a fruição do favor legal, entre eles as *formalidades necessárias à validade* da assembleia de credores que aprovou o plano de recuperação judicial (AgInt no REsp 1.654.249/GO, DJe 28/11/2017).

Não por outro motivo, a 3ª Turma igualmente fixou como assente que, apesar da natureza contratual do plano de recuperação judicial, é possível que, em certas hipóteses, haja *controle judicial das deliberações* havidas em assembleia geral, impedindo que o acordo aprovado colida com ditames legais expressos (REsp 1.660.313/MG, DJe 22/08/2017).

A *particularidade* da situação fática aqui tratada, todavia, é que a suposta ilegalidade relacionada ao plano de soerguimento, conforme indicado pela acionista *Bratel* em suas manifestações, diz respeito à matéria delegada, pelo próprio estatuto social da recuperanda, à apreciação do juízo arbitral.

De fato, a *cláusula compromissória* inserta em seu art. 68 obriga a companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal a resolver, por meio de arbitragem, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles relacionada a *disposições da Lei das S/A ou de seu estatuto*.

E, como é cediço, as questões relacionadas a *aumento de capital social* – objeto da controvérsia que deu ensejo à apresentação do presente conflito de competência – encontram regramento específico na Lei das S/A (arts. 166 e seguintes), além de, no particular, nos arts. 6º e seguintes do estatuto social da recuperanda.

De um lado, é importante destacar, para adequada solução deste incidente, que as jurisdições estatal e arbitral *não se excluem* mutuamente, sendo

absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam *respeitadas suas esferas de competência*, que ostentam natureza *absoluta* (REsp 1.277.725/AM, 3ª Turma, DJe 18/03/2013).

Vale consignar, outrossim, que, em procedimento arbitral, é o próprio tribunal quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória – princípio da *kompetenz-kompetenz* (REsp 1.550.260/RS, 3ª Turma, DJe 20/03/2018; e AgInt no CC 153.498/RJ, 2ª Seção, DJe 14/06/2018).

De outro lado, conforme mencionado linhas atrás, a jurisprudência do STJ vem entendendo, consistentemente, que a competência para decidir acerca do destino do acervo patrimonial – prática de *atos executórios* – de empresas em recuperação judicial é do juízo do soerguimento.

Todavia, a presente hipótese *não versa* sobre a prática de *atos constitutivos*, pelo juízo arbitral, sobre ativos da recuperanda, o que – com a devida vênia do e. Min. Relator – *afasta* a aplicabilidade dos precedentes deste Tribunal acerca da questão.

O que se infere, na realidade dos autos, é que a instauração da arbitragem foi *decorrência direta* de previsão estatutária – livremente aceita pela vontade das partes – que *obriga* a adoção dessa via para a solução de litígios societários.

Não se pode olvidar, ademais, que o processo que tramita em juízo arbitral possui natureza meramente *cognitiva*, uma vez que o ordenamento jurídico-processual impõe, com exclusividade, a órgãos integrantes da jurisdição estatal a prática de atos tendentes à execução de suas decisões (arts. 475-P, III, do CPC/73 e 516, III, do CPC/15).

Ainda que, no particular, a decisão possa produzir efeitos sobre o plano de recuperação judicial, o que se infere é que a questão subjacente, a ser analisada pelo tribunal arbitral, diz respeito à *invalidade da formação da vontade* da devedora quanto às disposições nele expressas, circunstância que, caso verificada, pode macular as deliberações da assembleia de credores.

A sociedade empresária, por certo, tem sua vontade formada a partir de deliberações tomadas por seus órgãos, que atuam em conformidade com as atribuições que lhes são conferidas pela lei e/ou pelo estatuto.

Assim, e de acordo com o que se pode extrair do parecer anexado ao memorial apresentado pela própria suscitante (e constante a fls. e-STJ 1114/56

dos autos) – de autoria do respeitado Prof. FÁBIO ULHOA COELHO –, enquanto os órgãos com competência legal e estatutária para vincular a sociedade anônima às cláusulas do acordo recuperacional não manifestarem a vontade desta pessoa jurídica, *não se constitui (não existe) o vínculo negocial*.

No que concerne ao ponto, tive a oportunidade de relatar recurso especial em cujo julgamento ficou reconhecido que as deliberações sobre o plano recuperacional – apesar da soberania da assembleia de credores – estão sujeitas aos *requisitos de validade* dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial (REsp 1.314.209/SP, 3ª Turma, DJe 01/06/2012).

Na ocasião, decidiu-se, à unanimidade, que

A obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. Qualquer negócio jurídico, mesmo no âmbito privado, representa uma manifestação soberana de vontade, mas que somente é válida se, nos termos do art. 104 do CC/02, provier de agente capaz, mediante a utilização de forma prescrita ou não defesa em lei, e se contiver objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Na ausência desses elementos (dos quais decorre, com adição de outros, as causas de nulidade previstas nos arts. 166 e seguintes do CC/02, bem como de anulabilidade dos arts. 171 e seguintes do mesmo diploma legal), o negócio jurídico é inválido. A decretação de invalidade de um negócio jurídico em geral não implica interferência, pelo Estado, na livre manifestação de vontade das partes. Implica, em vez disso, controle estatal justamente sobre a liberdade dessa manifestação, ou sobre a licitude de seu conteúdo. (sem destaque no original)

Releva frisar, ademais, que o art. 50, *caput*, da Lei 11.101/05, ao elencar os meios de recuperação judicial passíveis de integrar o plano de soerguimento, dispõe expressamente que tais meios devem *observar a legislação pertinente a cada caso*.

Seu inciso II é ainda mais enfático ao prever que, em operações societárias, devem ser “respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente”.

E, no particular, o objetivo da instauração do procedimento arbitral é justamente *garantir* o direito dos acionistas de deliberar em assembleia geral sobre questões que, supostamente, competem *privativamente* a eles, mas que passaram a integrar o plano de recuperação judicial sem sua anuência.

Sobreleva consignar, por derradeiro, que a concessão da recuperação judicial *não afasta* a aplicação das normas previstas na Lei das S/A concernentes aos atos

interna corporis da sociedade empresária. Sobre o tema, o parecer de lavra do Prof. CARLOS ALBERTO CARMONA é elucidativo:

Não há modificação dos direitos dos acionistas no âmbito intrassocietário apenas pelo fato de existirem interesses não privados em favor do soerguimento econômico e financeiro da Companhia. Não há, portanto, alteração da validade e eficácia da cláusula 68 do Estatuto em decorrência da decretação da recuperação judicial - pelo fato de a companhia restar plenamente capaz de contratar e de os direitos submetidos à cláusula compromissória estatutária continuarem patrimoniais e disponíveis - razão pela qual permanece vigente a reserva à jurisdição arbitral por aquele dispositivo. (e-STJ Fl. 1.239)

Não há, portanto, como se afastar a competência do juízo arbitral para examinar a questão a ele submetida - e sobre a qual emitiu pronunciamento -, pois relacionada, em última análise, à verificação da licitude da manifestação de vontade da devedora quanto à consecução do aumento de seu capital social.

Frise-se que o entendimento aqui exposto *não subtrai* competência do juízo recuperacional, sobretudo porque caberá a este apreciar a repercussão de eventual decisão que venha a concluir em sentido diverso daquele defendido pela suscitante, bem como decidir sobre as providências a serem adotadas quanto à continuidade do processo de soerguimento.

Assim, por hipótese, caso o tribunal arbitral decida que determinados acionistas foram impedidos indevidamente de deliberar acerca de operações societárias constantes do plano de soerguimento, caberá ao juízo da recuperação adotar as medidas para alcançar esse fim, o que poderá resultar na alteração do plano mediante acréscimo de um aditivo, com a alteração de cláusulas específicas, ou em simples ratificação do conteúdo aprovado.

Ademais, a recuperanda, seus acionistas e administradores estão *vinculados* à cláusula compromissória, de modo que, além de o juízo arbitral ser o competente para decidir sobre as questões ali delimitadas, apenas decisão por ele proferida pode compelir a todos a acatar as alterações societárias pretendidas pela suscitante por meio do plano apresentado.

4. Conclusão

Forte nessas razões, *conheço* do conflito e *declaro* a competência do juízo arbitral para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposições da Lei das S/A ou do estatuto social da recuperanda.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Penso, *data maxima venia* do eminente Relator, sejam relevantíssimas as alegações da interessada Bratel de que o plano não pode dispor sobre questões societárias à revelia da assembleia dos acionistas.

A própria formação da vontade da pessoa jurídica decorre das decisões da assembleia dos acionistas.

A competência será do juízo da recuperação para todas as matérias próprias do plano de recuperação, a saber, as questões pertinentes ao ativo e ao passivo da sociedade em recuperação, a serem discutidas entre os credores e a empresa recuperanda.

Observo que, na assembleia dos credores, os acionistas não têm direito a voto. Por outro lado, na assembleia de acionistas os sócios participam da formação da própria vontade da sociedade na proporção do capital de que cada um deles é titular.

As questões societárias, que dizem respeito ao próprio âmago da sociedade anônima, devem ser dirimidas em assembleia de acionistas e, havendo divergência, incide a cláusula compromissória. Como destacou o eminente Relator, neste caso não se discute sobre a validade e existência dessa cláusula. Assim, essas questões societárias são do âmbito arbitral por cláusula estabelecida entre as partes.

Portanto, por emprestar grande relevância às alegações do agravo interno, certamente, reavaliarei todas essas questões quando o julgamento prosseguir com o voto da Ministra Nancy Andrighi, peço a máxima vênias ao eminente Relator, para dar provimento ao agravo interno, decidindo que a competência para todas as questões societárias é do juízo arbitral.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de conflito de competência suscitado por OI S.A. - em recuperação judicial, constando como suscitados o Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro - RJ, no qual tramita o processo de recuperação judicial, o TJRJ e o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo - SP.

O Juízo da recuperação homologou o plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia de credores, ficando estabelecidos o aumento do capital social e a conversão de dívidas em ações.

A empresa *Brate BV*, por sua vez, acionista minoritária, discordou de tal homologação por entender que a matéria pertinente ao aumento do capital social deveria se submeter ao Conselho de Administração da OI S.A. O Juízo da recuperação indeferiu a irrisignação da referida sócia, razão pela qual foi dado início a procedimento arbitral com fundamento no art. 68 do Estatuto Social, objetivando solucionar as divergências societárias decorrentes do mencionado aumento do capital social. O Juízo Arbitral deferiu liminar para suspender os efeitos das deliberações adotadas em reunião extraordinária do Conselho de Administração da OI S.A., ocorrida em 5.3.2018, cuja ordem do dia era cuidar do aumento de capital e do bônus de subscrição previstos no plano de recuperação judicial.

O em. Ministro *Marco Buzzi*, Relator, concedeu a liminar para suspender a decisão do Juízo Arbitral e definiu como competente para decidir questões urgentes o Juiz da recuperação judicial. Sua Excelência proferiu voto no sentido de conhecer do conflito e declarar competente a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, na qual se processa a recuperação judicial. Considerou que a Câmara de Arbitragem “invadiu a competência do r. Juízo da recuperação judicial, na medida em que suspendeu a eficácia de cláusulas do plano de recuperação judicial já homologado pelo juízo competente”.

A em. Ministra *Nancy Andrighi* proferiu voto-vista antecipado, divergindo do em. Relator. Conheceu do conflito para declarar “a competência do juízo arbitral para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposições da Lei das S/A ou do estatuto social da recuperanda”. Firmou seu entendimento na existência de cláusula arbitral (art. 68 do Estatuto Social), o que afastaria a competência da Justiça Comum para enfrentar referidas questões.

Acompanharam o Relator os Ministros *Moura Ribeiro* e *Luis Felipe Salomão* e votaram com a divergência os Ministros *Maria Isabel Gallotti* e *Ricardo Vilas Bôas Cueva*.

Com a devida vênia do Relator, acompanho o voto divergente inaugurado pela em. Ministra *Nancy Andrighi*.

Com efeito, nos termos do art. 53, I, da Lei n. 11.101/2005, o plano de recuperação judicial é apresentado pelo devedor, que deverá indicar os meios de

recuperação a serem empregados. O art. 50, II e VI, do referido diploma, por sua vez, dispõe:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, *observada a legislação pertinente a cada caso*, dentre outros:

[...]

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou *cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente*;

[...]

VI – aumento de capital social; (grifei.)

Conforme se pode verificar, adotam-se como formas de recuperação da empresa a cessão de ações e o aumento de capital, devendo-se observar, no entanto, a legislação específica e respeitar os direitos dos sócios.

A dúvida, porém, reside em saber quem processará e decidirá os litígios societários. Sob este enfoque, destaco ser prudente evitar que o Juízo da recuperação, com competência para homologar o plano de recuperação judicial e processar o respectivo feito, ingresse no exame profundo de disputas nas relações de direito material. Revela-se conveniente que tais lides sejam solucionadas mediante procedimentos e em ações próprias, inclusive para impedir excessos de incidentes e delongas no feito recuperacional.

A própria lei de recuperação, no § 1º do art. 6º, estabelece que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”. Essa regra, por exemplo, é bastante clara no sentido de procurar restringir a competência do Juízo da recuperação. Encerrada a demanda no órgão definido como competente é que os valores líquidos serão encaminhados ao processo de recuperação para efeito de eventual cumprimento.

No presente caso, conforme adequadamente explicitado pela em. Ministra *Nancy Andrighi*, o Estatuto Social possui cláusula compromissória com o seguinte teor:

Art. 68 - A Companhia, seus acionistas, administradores e os membros do Conselho Fiscal, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas

pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 1, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 1 de Governança Corporativa.

Parágrafo Único – Sem prejuízo da validade desta cláusula arbitral, o requerimento de medidas de urgência pelas Partes, antes de constituído o Tribunal Arbitral, deverá ser remetido ao Árbitro de Apoio, na forma do item 5.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado.

Em tal contexto, compreendo que o implemento do plano de recuperação judicial dependeria de prévia solução arbitral dos litígios societários inseridos na cláusula compromissória.

Ante o exposto, com a devida vênia do Relator, acompanho a divergência.
É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.439.749-RS (2011/0222365-6)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti
Embargante: Credfactor Fomento Comercial Ltda
Advogado: Sabrina Ferreira Neves - RS075444
Embargado: Ireno Hilário Schneider
Advogado: Luciano Manica e outro(s) - RS041495
Interes.: ANFAC - Associação Nacional de Fomento Comercial - “Amicus Curiae”
Advogado: Jose Luis Dias da Silva e outro(s) - SP119848

EMENTA

Civil e Processual. Embargos de divergência em recurso especial. Contrato de *factoring*. Duplicatas previamente aceitas. Endosso à faturizadora. Circulação e abstração do título de crédito após o aceite. Oposição de exceções pessoais. Não cabimento.

1. A duplicata mercantil, apesar de causal no momento da emissão, com o aceite e a circulação adquire abstração e autonomia, desvinculando-se do negócio jurídico subjacente, impedindo a oposição de exceções pessoais a terceiros endossatários de boa-fé, como a ausência ou a interrupção da prestação de serviços ou a entrega das mercadorias.

2. Hipótese em que a transmissão das duplicatas à empresa de *factoring* operou-se por endosso, sem questionamento a respeito da boa-fé da endossatária, portadora do título de crédito, ou a respeito do aceite apostado pelo devedor.

3. Aplicação das normas próprias do direito cambiário, relativas ao endosso, ao aceite e à circulação dos títulos, que são estranhas à disciplina da cessão civil de crédito.

4. Embargos de divergência acolhidos para conhecer e prover o recurso especial.

ACÓRDÃO

A Segunda Seção, por unanimidade, acolheu os embargos de divergência para, conhecendo e provendo o recurso especial, restabelecer a sentença que julgou improcedente o pedido, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Consignadas as presenças dos Drs. Alexandre Fuchs das Neves, representante da embargante Credfactor Fomento Comercial Ltda, e Nelson Juliano Schaefer Martins, representante do amicus curiae Anfac - Associação Nacional de Fomento Comercial.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 6.12.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de embargos de divergência opostos em face de acórdão proferido pela Terceira Turma, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que negou provimento ao recurso especial interposto por *Credfactor Fomento Comercial Ltda*, admitindo a oposição de exceções pessoais pelo devedor de crédito representado por duas duplicatas aceitas, cedidos à recorrente, em decorrência do apenas parcial cumprimento do negócio jurídico subjacente, diante do encerramento das atividades da emitente dos títulos. A ementa possui a seguinte redação (fl. 278):

Recurso especial. Ação anulatória de duplicatas aceitas. Descumprimento do negócio jurídico subjacente comprovado. Possibilidade de discussão com a empresa de *factoring*.

1. No contrato de *factoring*, em que há profundo envolvimento entre faturizada e faturizadora e amplo conhecimento sobre a situação jurídica dos créditos objeto de negociação, a transferência desses créditos não se opera por simples endosso, mas por cessão de crédito, hipótese que se subordina à disciplina do art. 294 do Código Civil.

2. A faturizadora, a quem as duplicatas aceitas foram endossadas por força do contrato de cessão de crédito, não ocupa a posição de terceiro de boa-fé imune às exceções pessoais dos devedores das cédulas.

3. Recurso especial conhecido e desprovido.

Alega a embargante que precedente analisado pela Quarta Turma no REsp 668.682/MG (Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 19.3.2007 - fls. 308/319) considerou que o aceite lançado nos títulos lhes confere abstração e autonomia, afastada a causalidade, de modo que não possui relevância a conclusão dos serviços ou a entrega do objeto da compra e venda, pois ao devedor não seria mais possível, a partir daí, opor exceções pessoais à faturizadora, portadora do título. A ementa desse precedente está assim redigida:

Recurso especial. Comercial. Títulos de crédito. Duplicata. Aceite. Teoria da aparência. Ausência de entrega das mercadorias. Exceção oposta a terceiros. Princípio da autonomia das cambiais. Impossibilidade.

1. Ainda que a duplicata mercantil tenha por característica o vínculo à compra e venda mercantil ou prestação de serviços realizada, ocorrendo o aceite - como verificado nos autos -, desaparece a causalidade, passando o título a ostentar autonomia bastante para obrigar a recorrida ao pagamento da quantia devida, independentemente do negócio jurídico que lhe tenha dado causa;

2. Em nenhum momento restou comprovado qualquer comportamento inadequado da recorrente, indicador de seu conhecimento quanto ao descumprimento do acordo realizado entre as partes originárias;

3. Recurso especial provido.

Adiciona ainda a embargante que, ao contrário do suposto pelo relator do acórdão embargado, não existe envolvimento entre a empresa e o cedente/endossante dos títulos, e que o devedor foi notificado da transação, contra a qual não se opôs, havendo mesmo pago algumas prestações depois desse episódio.

Sustenta que a interpretação do julgado recorrido representa perigo precedente que tem o efeito de conferir insegurança jurídica à atividade comercial do ramo ao qual pertence.

Invoca, ademais, outro julgamento, no REsp 261.170/SP (Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, unânime, DJe de 17.8.2009), em que foi definido que as exceções pessoais não podem ser erigidas em face do terceiro de boa-fé.

Argumenta, para finalizar, que o art. 294 do Código Civil não se aplica à espécie, que não constitui mera cessão civil de crédito, e que o julgado embargado ofende os arts. 43 do Decreto 2.044/1908; 17, 28 e 29 do Decreto 57.663/1966; e 25 da Lei 5.474/1968.

Às fls. 341/344, consta Petição atravessada pela ANFAC - Associação Nacional de Fomento Comercial, requerendo sua intervenção no feito na condição de *amicus curiae*, nos termos do art. 139 do Código de Processo Civil atual.

Admitidos os embargos e a intervenção da ANFAC, a quem se oportunizou a apresentação de razões (fls. 350/352).

Às fls. 356/375, a entidade classista alude que é errônea a asserção de que existe profundo envolvimento entre faturizada e faturizadora ou conhecimento acerca do negócio subjacente, que originou o título, pressupostos fáticos ausentes do acórdão estadual, diante de que a embargante não atuava na administração da empresa sacadora da duplicata, além de que a possibilidade de levantamento de exceções pessoais - depois de aceito, cedido sem oposição após ciência, e protestado o título - institui precedente que ameaça o setor, retirando a segurança jurídica e afligindo a economia e as oportunidades de financiamento ao setor produtivo.

Defende a existência de endosso cambiário na situação, diverso da cessão civil de crédito, cujas características específica, de modo que se conservam os princípios próprios dos títulos de crédito - a autonomia, a cartularidade, a abstração e a literalidade, quando a aquisição operar-se de boa-fé por empresa de *factoring*, na esteira do que se decidiu também no REsp 612.423/DF (Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJU de 26.6.2006) e nos REsps 1.237.001/MG e 1.337.224/RS (Quarta Turma, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, DJe de 11.5.2015 e de 31.5.2016, respectivamente).

Apesar de intimado, Ireno Hilário Schneider não apresentou impugnação (cf. certidão de fl. 381).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou no sentido do conhecimento e não provimento dos embargos de divergência (fls. 383/387).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): De acordo com o que foi descrito no relatório, foram admitidos para discussão os presentes embargos de divergência por se considerar suficientemente demonstrado o dissídio em relação à natureza da transmissão da titularidade de títulos de crédito aceitos (duas duplicatas, no valor de R\$ 3.150,00 (três mil, cento e cinquenta reais), adquiridos por empresa atuante no mercado de *factoring*, se de endosso ou de mera cessão civil de crédito, de onde emanaria ou não a possibilidade de oposição de exceções pessoais pelo sacado em face do substituto do credor.

Anoto que o acórdão embargado foi publicado em 15.6.2015 (fl. 290), antes da vigência da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 desta Corte.

Conforme exposto no parecer do Ministério Público Federal, há precedentes da Quarta Turma, posteriores ao acórdão paradigma, adotando a tese sufragada pelo acórdão embargado, inclusive de minha relatoria. Como será exposto a seguir, contudo, há também precedentes, também posteriores, corroborando a pretensão do embargante, o que demonstra a atualidade da divergência e a necessidade do aprofundamento do debate e consolidação da jurisprudência sobre o tema.

Após reflexão mais profunda, como já havia sinalizado anteriormente, por ocasião do julgamento do REsp 1.315.592/RS (Quarta Turma, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, por maioria, DJe de 31.10.2017), estou convencida de que, em se tratando de duplicata com aceite, a questão deve ser resolvida à luz da disciplina específica do mencionado título de crédito.

È certo que, em sua origem, a duplicata constitui título de crédito causal, vinculado à entrega das mercadorias ou à prestação de serviços, porém tal característica é conservada apenas até a emissão do aceite, expresso ou ficto, quando adquire feição e qualidades próprias dos títulos de crédito, tanto que se admite a sua circulação, por cessão ou endosso.

Isso porque o aceite empresta ao adquirente do crédito a segurança jurídica de que o negócio que justificou a emissão do título foi cumprido. A certeza é transmitida pelo próprio devedor (sacado), que, podendo recusar (Lei 5.474/68, art. 7º e 8º), aceitou o título. A partir do aceite, o título ganha abstração, passando a ser desnecessária a investigação da relação comercial subjacente.

Se não tem espaço a investigação da causa após o aceite, contraditório seria permitir a oposição de exceções pessoais pelo devedor à faturizadora, após a circulação da duplicata, portanto, com base em eventual descumprimento do contrato praticado pelo fornecedor ou prestador de serviços.

A presente reflexão tem alicerce no substrato fático da presente demanda, que é descrito pela sentença, sucintamente, nos seguintes moldes (fl. 154):

Comprovou a ré que o autor foi devidamente cientificado da cessão dos títulos (AR de fl. 54). As duplicatas foram regularmente aceitas pelo autor, tomando-se créditos líquidos e exigíveis. Descabe alegar contra a endossatária dos títulos questões relativas à constituição dos débitos. A falta de pagamento autoriza a credora a encaminhar os títulos a protesto.

O acórdão de segundo grau não se referiu a nenhum pormenor que permitisse alterar essa compreensão, *verbis* (fls. 184/188):

Os documentos acostados evidenciam o endosso por faturização (cessão de crédito). O contrato de fls. 55/58 e as duplicatas de fls. 52/53 comprovam a negociação dos títulos questionados pelo autor, com pagamento de deságio, caracterizando operação de *factoring* entre o credor original Villa Florenza Móveis e Decorações Ltda. e a empresa recorrida.

Portanto, no caso concreto, assume relevância, frente ao endossatário, o descumprimento ou resolução do contrato subjacente.

Ademais, a duplicata é título eminentemente causal, devendo corresponder a negócio jurídico, relação comercial de compra e venda ou de prestação de serviço entre emitente e sacado, sob pena de não gerar qualquer obrigação comercial.

Extrai-se da prova produzida que o negócio subjacente não foi devidamente adimplido, de sorte que descabe a contraprestação do preço por parte do autor.

O dormitório foi instalado de modo incompleto e a cozinha não foi entregue ao autor. Nesse sentido as fotografias acostadas pelo demandante, fls. 24/26 e 31, além das declarações da testemunha Antonio José da Silva (fl. 95). Portanto, demonstrou o autor que não se perfectibilizaram os contratos de prestação de serviços havidos com a empresa fornecedora dos móveis.

E, **embora os títulos contenham o aceite do sacado**, cabe ressaltar que a duplicata pode ser resgatada pelo comprador antes do aceite ou mesmo antes do vencimento (art. 9º e 10º da Lei n. 5.474/1968). Admite ainda a duplicata reforma ou prorrogação do vencimento do prazo, mediante declaração em separado ou nela escrita, assinada pelo vendedor ou endossatário, ou por representante com poderes especiais (art. 11 da referida Lei).

Portanto, o aceite não torna irretorquível, irrefutável o crédito do cessionário.

Na situação concreta, é crível a afirmação do autor no sentido de que somente apusera seu aceite porque os móveis estavam sendo produzidos, antes de verificar o descumprimento pela empresa e o encerramento posterior das atividades. O autor efetuou o pagamento de quase todos os valores contratados (mais de R\$ 8.350,00), restando inadimplidas apenas as duas duplicatas ora questionadas (no valor total de R\$ 3.150,00).

Assim, a situação sob exame torna cabível a oposição das exceções pessoais que caberiam contra o credor original, tornando inexigível frente ao autor o crédito representado nas discutidas duplicatas.

(...)

Ressalto, por fim, que remanesce a responsabilidade da cedente pelo pagamento dos valores inadimplidos, nos termos do contrato de faturização. (sem negrito no original)

O acórdão ora embargado corroborou o entendimento da origem, de que o endosso da duplicata, já aceita, para empresa de *factoring*, representa mera cessão de crédito, permanecendo possível ao comprador/devedor opor as exceções que seriam cabíveis em face do vendedor/endossante, mediante as seguintes considerações:

O acórdão estadual admitiu a oposição de exceções pessoais pelo sacado à empresa de *factoring* ao fundamento de que o endosso por faturização representa verdadeira cessão de crédito, sujeitando-se à disciplina do art. 294 do Código

Civil. Reconheceu, com base no contrato firmado entre a empresa Villa Florenza Móveis e Decorações Ltda. e a recorrente, que os títulos impugnados pelo autor foram negociados com pagamento de deságio, configurando a operação de *factoring*, diante do que o descumprimento do contrato subjacente, comprovado nos autos, assume relevância perante o endossatário. Aduziu que o aceite não torna irretorquível, irrefutável o crédito do cessionário e que, no caso, foi dado antes do descumprimento do contrato e do encerramento das atividades pela empresa Villa Florenza.

Este Tribunal tem mitigado os princípios da abstração e autonomia dos títulos de crédito em situações como a presente. É o que se extrai dos seguintes precedentes:

(...)

Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Execução. Cheques pós-datados. Repasse à empresa de *factoring*. Negócio subjacente. Discussão. Possibilidade, em hipóteses excepcionais.

- A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única consequência a ampliação do prazo de apresentação.

- Da autonomia e da independência emana a regra de que o cheque não se vincula ao negócio jurídico que lhe deu origem, pois o possuidor de boa-fé não pode ser restringido em virtude das relações entre anteriores possuidores e o emitente.

- Comprovada, todavia, a ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula do negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque, as exceções pessoais do devedor passam a ser oponíveis ao portador, ainda que se trate de empresa de *factoring*.

- Nessa hipótese, os prejuízos decorrentes da impossibilidade de cobrança do crédito, pela faturizadora, do emitente do cheque, devem ser discutidos em ação própria, a ser proposta em face do faturizado.

- Recurso especial não conhecido. (REsp n. 612.423/DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrihgi, DJ de 26.6.2006.)

Do voto condutor do acórdão prolatado no último precedente acima colacionado, permito-me destacar o seguinte trecho, que, a meu juízo, bem justifica a razão pela qual deve ser permitida a oposição de exceção pessoal à empresa de *factoring* que tenha recebido título de crédito por endosso:

O contrato de *factoring* não se resume à mera cessão de títulos de crédito por endosso, mediante o pagamento de valor previamente acordado pelas partes. Esse é apenas um aspecto dessa figura contratual, que é muito mais rica e complexa. O art. 15, inc. III, da Lei n. 9.249/95 define

o *factoring* como a “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”.

Ou seja, pela definição legal, vê-se que a atividade de *factoring* compõe um leque de serviços interligados. Segundo Luiz Lemos Leite, “*factoring é uma atividade complexa, cujo fundamento é a prestação de serviços, ampla e abrangente, que pressupõe sólidos conhecimentos de mercado, de gerência financeira, de matemática e de estratégia empresarial, para exercer suas funções de parceiro dos clientes*” (“O contrato de *factoring*”, in Revista Forense, 253/458-9, apud Arnaldo Rizzardo, *Factoring*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pág. 16).

Disso decorre que é fundamental, para a caracterização do contrato de *factoring*, um envolvimento entre faturizadora e faturizada bem mais profundo que a mera transferência de títulos. Há também a prestação de serviços de consultoria tendentes a, em última análise, *otimizar a administração e o gerenciamento da carteira de clientes e dos créditos da sociedade faturizada*.

Ora, sendo assim, não é razoável cogitar o completo desconhecimento, pela faturizadora, da situação de inadimplemento da sociedade faturizada. Não seria de forma alguma infundado exigir que o faturizador, pela própria natureza dos serviços que deve prestar, perquiria sobre a situação jurídica dos créditos que estão à base dos títulos que adquire por endosso. Por um lado, tal providência iria ao encontro da obrigação do faturizador de orientar seu cliente para a manutenção de uma gerência financeira eficaz; por outro, reduziria os riscos a que estaria exposta a sociedade faturizadora, na medida em que impediria que ela adquirisse créditos evidentemente inexistentes, como é a hipótese dos autos.

Nesse sentido Arnaldo Rizzardo opina que “*no factoring, há compra de créditos, ou do ativo de uma empresa, e não apenas de títulos. Não se opera o simples endosso, mas a negociação do crédito*”, complementando que “*não é sem razão que se faculta ao factor a escolha dos créditos. Ao receber o borderô dos títulos, tem ele a faculdade de rejeitar os que não lhe interessam. Com os títulos, acompanham e podem ser exigidos os comprovantes da entrega das mercadorias, o que infunde maior garantia ao negócio*.” (op. cit., págs. 105 e 121)

Disso tudo decorre que a indagação sobre a origem do crédito adquirido no âmbito de um contrato de faturização, longe de ser algo inusitado, faz parte da natureza do contrato de *factoring*. A inexistência, portanto, do crédito representado pelo cheque endossado à faturizadora também poderá ser oponível a ela, conforme, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A recorrente se apega à circunstância de que as duplicatas possuem o aceite do recorrido, que poderia, à luz do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n. 5.474/1968, tê-lo recusado, mas não o fez. Assim, uma vez aceitas, as duplicatas se desvinculam do negócio jurídico subjacente, tornando líquida e certa a obrigação cambiária. Nesse sentido, invoca divergência do aresto recorrido com a tese firmada pela Quarta Turma no julgamento do REsp n. 668.682/MG (Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 19.3.2007), igualmente envolvendo empresa de *factoring*, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

(...)

Nada obstante o precedente trazido à colação pela recorrente, alinho-me à tese que prevaleceu no julgado da Terceira Turma (REsp n. 612.423/DF), segundo a qual, na operação de *factoring*, em que há envolvimento mais profundo entre faturizada e faturizadora, não se opera um simples endosso, mas a negociação de um crédito, cuja origem é – ou pelo menos deveria ser – objeto de análise pela faturizadora, o que faz com que não se equipare a outros terceiros de boa-fé a quem o título pudesse ser transferido por endosso.

Aqui, ao contrário, houve verdadeira cessão de crédito, e não mero endosso, hipótese que se subordina à disciplina do art. 294 do Código Civil, ficando autorizada a discussão da *causa debendi*.

Anoto que o Tribunal *a quo* destacou ser crível a afirmação do autor de que somente após seu aceite nas cédulas porque os móveis contratados estavam sendo produzidos, vindo depois a ocorrer o descumprimento do quanto pactuado pela empresa Villa Florenza e o encerramento de suas atividades sem a conclusão dos serviços. Salientou ainda que o ora recorrido já havia pago quase todos os valores contratados (R\$ 8.350,00), superiores até mesmo aos serviços que lhe foram efetivamente prestados, estando inadimplidas apenas duas parcelas (no total de R\$ 3.150,00), sendo uma parte referente ao dormitório inacabado e outra à cozinha que nem sequer foi iniciada. Tais circunstâncias evidenciam que o sacado agiu com absoluta boa-fé.

Por outro lado, a recorrente, empresa de *factoring* a quem os títulos foram endossados por força de contrato de cessão de crédito e que mantém relação contratual com a empresa que emitiu as duplicatas, nos moldes delineados no trecho do voto da lavra da Ministra Nancy Andrighi, acima transcrito, não ocupa posição de terceiro de boa-fé imune às exceções pessoais dos devedores das cédulas que lhe foram transferidas. Provada a ausência de causa para a emissão das duplicatas, não há como a faturizadora exigir do sacado o pagamento respectivo.

A presunção favorável à existência de causa que resulta do aceite lançado nas duplicatas não se mostra absoluta e deve ceder quando apresentada exceção pessoal perante o credor originário ou seu faturizador.

A conclusão de que o aceite pode ser questionado em face de terceiro portador do título, ante a mera circunstância de se tratar de empresa de *factoring*, assim, conflita com o entendimento manifestado pela Quarta Turma no acórdão paradigmático, cuja ementa está reproduzida acima, no relatório (REsp 668.682/MG, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 19.3.2007).

Os fundamentos que conduziram aquele Colegiado a esse desfecho são os seguintes:

3. Debate-se, *in casu*, a possibilidade de oposição à recorrente, empresa de *factoring* e atual portadora dos títulos (dezenove duplicatas *aceitas* por funcionário da empresa recorrida), da inexistência de lastro negocial entre os contratantes originários, como restou comprovado nas instâncias ordinárias.

A doutrina possui consolidado entendimento sobre o tema.

Observe-se, por exemplo, a lição de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr:

(...)

A duplicata é título causal e, assim, o aceite é obrigatório, no sentido de que o sacado só pode recusá-lo por qualquer das razões previstas em lei. O aceite corresponde a uma declaração cambiária sucessiva e não necessária, e pode ser expresso, presumido ou por comunicação. Ocorre o aceite expresso ou ordinário quando o sacado apõe a sua assinatura na duplicata, reconhecendo a sua exatidão, tornando líquida a obrigação dela constante e obrigando-se como devedor direto e principal, podendo o título ser cobrado judicialmente mediante execução com base em título extrajudicial, independente de protesto (LD, art. 15, I). *Assim, aceitando a duplicata, o sacado não mais poderá discutir a causa debendi porque o título liberta-se de sua causa originária em razão de ter reconhecido a sua exatidão e ter assumido a obrigação de pagá-lo no vencimento, tornando líquida a obrigação cambiária, ainda mais porque o sacado poderia ter recusado o aceite no prazo do art. 7º e pelas razões do art. 8º, e não o fez (in Títulos de Crédito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, página 690, grifos nossos).*

Assim, também, os comercialistas Amador Paes de Almeida e Fran Martins:

Título eminentemente causal, tem seu alicerce no contrato de compra e venda mercantil ou na prestação de serviços. Sem estes, como adverte Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, é inexistente. Conquanto mantenha traços comuns com a letra de câmbio, desta distingue-se por ter a sua origem necessariamente presa a um contrato mercantil - disso decorrendo sua natureza causal. Daí só admitir, com relação ao sacador, as exceções que se fundam na devolução da mercadoria, vícios, diferenças de preços

etc., exceções, entretanto, jamais argúveis contra terceiros. *Todavia, de causal torna-se abstrato por força do aceite, desvinculando-se do negócio subjacente sobretudo quanto se estabelece circulação por meio do endosso. Não sem razão lembra Roberto Barcellos de Magalhães que, “com o ato do aceite e devolução, imprime-se-lhe o caráter de liquidez e certeza cambiárias, insuscetível de ser revogado ou restringido quanto aos seus efeitos pelo devedor comprador, nem atacado com fundamento em falta de causa, posto que já reconhecida esta em virtude daquele mesmo ato”.*

Contudo, têm admitido os tribunais a discussão da *causa debendi* entre as figuras intervenientes principais, ou seja, comprador e vendedor, fato esse, aliás, plenamente aceite por Pontes de Miranda: “Apenas entre os figurantes imediatos, isto é, entre os que estiverem em contato, no negócio jurídico subjacente, é possível trazerem-se esse e a sua causa, ou só a sua causa, à discussão. O título não deixou de ser abstrato. O processo é que permite exceções de natureza pessoal ou causal, como algo que emerge durante o processo ou durante o exercício da pretensão”.

A nosso ver, entretanto, redundando do aceite presunção favorável à existência de causa, só excessivo liberalismo admitirá discussão da causa debendi, sobretudo por se tratar de duplicata aceita, que é a que nos referimos, ponto de vista, aliás, de que não discrepa Luiz de Freitas Lima, que afirma textualmente: ‘Creio não ser mais viável discussão sobre a causa debendi, pois os arts. 7º e 8º da Lei n. 5.474, de 1968, dão ensejo à recusa justificada do aceite. Com efeito, desde que haja aceitação da duplicata, esta se torna abstrata, não mais se admitindo oposição ao seu pagamento (Amador Paes de Almeida in Teoria e Prática dos Títulos de Crédito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, páginas 186/187, grifos nossos);

(...)

Como no contrato de compra e venda o comprador assume a obrigação de pagar (Código Comercial, art. 191; Código Civil, art. 1.122), sendo a duplicata extraída em face da fatura que é o documento comprobatório da venda, a assinatura no título [*aceite*] se torna obrigatória por parte do comprador para que, na época do vencimento, possa o vendedor exigir o pagamento. Adquire, assim, importância de destaque a declaração contida na duplicata e exigida como requisito essencial do título pelo número VIII do § 1º do art. 2º. *A duplicata, título causal, pois nascido sempre de uma compra e venda a prazo, com a assinatura do comprador desprende-se da causa que lhe deu origem já que o comprador não apenas reconheceu a exatidão da mesma como a obrigação de pagá-la na época do vencimento. A obrigação torna-se desse modo líquida, o que dá maior segurança de recebimento não apenas ao sacador-vendedor como a qualquer outra pessoa a quem o título seja transferido (Fran Martins in Títulos de Crédito. Vol. II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, página 165, grifos nossos).*

4. As instâncias ordinárias, todavia, divergindo das lições acima reproduzidas, adotaram posicionamento diverso, que seria “fruto da evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito”.

Assim, o Tribunal mineiro, arrimado na trajetória comercial da empresa emitente dos títulos, manteve a sentença que julgara procedente os embargos opostos.

Destaco, do *decisum*, o seguinte excerto:

E sobre a alegada boa-fé da embargada, empresa de *factoring*, sem sombra de dúvida com amplo cabedal de conhecimento a respeito das operações inerentes às suas atividades, também merece registro a constatação do perito do Juízo, demonstrando a pouca, para não dizer nenhuma credibilidade na praça da Capital, da emitente dos títulos em comento, Luvicky Indústria e Comércio Ltda.

Assim, e opondo-se à argumentação da apelante, de que a investigação da *causa debendi* da cambial pode se dar “apenas entre os figurantes imediatos” (fls. 528) e que a duplicata, nos termos da Lei 5.474/68, com o aceite, perante terceiros de boa-fé, se separa da compra e venda, tornando-se abstrata, e que a remessa e assinatura da duplicata supõe o recebimento da mercadoria (Lei n. 5.474/68, art. 8º), tem-se que se tratava de títulos sem lastro, “frios”, emitidos por pessoa jurídica com manifesta má-reputação na praça

Observe-se que o acórdão vem arrimado na “manifesta má-reputação na praça” da empresa emitente dos títulos de crédito, a partir de onde se inferiu eventual má-fé da empresa ora recorrente, quando da aquisição das duplicatas, consubstanciando, pois, causa suficiente para decretação da nulidade dos títulos.

(...)

6. Contudo, no caso dos autos, em nenhum momento restou evidenciado qualquer comportamento irregular da recorrente, indicador de sua ciência do descumprimento do acordo realizado entre as partes originárias.

Repita-se: apenas se noticiou a aventada “manifesta má-reputação na praça” da empresa emitente dos títulos de crédito, o que, aliás, pouco significa, porque nenhuma inferência daí advém em relação ao comportamento da empresa recorrente.

Ademais, houve o aceite dos títulos, por parte de funcionários da empresa recorrida, cuja ausência de poderes bastantes para tanto, como registrado na sentença primeva, não constituiu empecilho à validade do ato; *verbis*:

(...)

Em relação aos aceites apostos às cédulas pelos ex-empregados Gilberto Carlos Lopes e Hélio Ribeiro da Costa, respectivamente Gerente de Setor e Gerente do Departamento de Bazar, tais subscrições não renderiam ensejo, por si só, à invalidação do negócio, vindo em socorro à embargada, neste tópico, a Teoria da Aparência nas relações mercantis, não lhe sendo exigível o prévio conhecimento dos Estatutos Sociais da empresa para averiguação dos poderes conferidos aos aceitantes das cédulas

5. Pelo exposto, tenho que a solução se encontra na reforma dos julgados precedentes, isso porque, ainda que a duplicata mercantil tenha por característica o vínculo à compra e venda mercantil ou prestação de serviços realizada, ocorrendo o aceite - como verificado nos autos -, desaparece a causalidade, passando o título a ostentar autonomia bastante para obrigar a recorrida ao pagamento da quantia devida, independentemente do negócio jurídico que lhe tenha dado causa.

Tais conclusões se ajustam ao quanto decidido também pela Quarta Turma no recente julgamento do REsp 1.315.592/RS (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, por maioria, DJe de 31.10.2017), em que analisada a mesma controvérsia, mantendo a coerência com a linha decisória veiculada no acórdão paradigma:

Recurso especial. *Factoring*, Direito Cambiário e teoria da aparência. Omissão. Inexistência. Desenvolvimento do crédito. Segurança, certeza e facilidade para circulação. Imprescindibilidade. Atos de natureza cambiária. Observância aos usos e costumes comerciais. Representação. Legítima aparência e conduta culposa. Teoria da aparência. Possibilidade de produção de efeitos dos atos praticados. Endosso e aceite. Institutos jurídicos cambiários. Disciplina do instituto civilista da cessão de crédito. Inaplicabilidade. Duplicata. Aceite. Endossatário terceiro de boa-fé. Incidência do princípio da abstração.

1. A boa-fé da *factoring* endossatária é reconhecida, assim como a circulação do título, estando a decisão recorrida - que extinguiu a execução - assentada no apontado vício de existência do título, pois, muito embora a Corte local intitule aquele que firmou o aceite, em nome da associação, diretor administrativo-financeiro, não tem, em vista do estatuto social, poderes estatutários ou outorgados para praticar o ato cambiário.

2. A duplicata mercantil não representa valor significativo para a associação aceitante, e consoante apurado na sentença não infirmada pelo acórdão recorrido, o diretor efetivamente praticava atos como o discutido nos autos.

3. Com efeito, em linha de princípio, não se afigura imprescindível à existência da representação a outorga convencional de poderes, mas a existência de poderes, outorgados ou não, os quais permitem a vinculação direta do representado

nos negócios firmados pelo representante em seu nome. Os poderes definem o campo de eficácia vinculativa de acordo com os limites estabelecidos, ora pela outorga, ora pela lei, ora por situação fática consistente na atividade realizada declaradamente em nome de outrem (*contemplatio domini*), ainda que desprovida de ato jurídico de outorga de poderes (procuração).

4. Por um lado, o art. 113 do CC dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Por outro lado, na *fattispecie* da aparência, a consequência jurídica do erro não é a anulabilidade, como no erro ordinário, mas sim permitir que o ato ou negócio produza os efeitos que lhe são próprios, conforme orienta a teoria da aparência e a inteligência do art. 1.827, parágrafo único, do CC.

5. *Para a solução de questão concernente aos institutos de direito cambiário do endosso e do aceite, é descabida a aplicação da disciplina da cessão de crédito. Com efeito, embora o endosso, no interesse do endossatário terceiro de boa-fé, tenha efeito de cessão, não se confunde com o instituto civilista da cessão de crédito.*

6. *Conquanto a duplicata mercantil seja causal na emissão, a circulação - após o aceite do sacado, ou, na sua falta, pela comprovação do negócio mercantil subjacente e o protesto - rege-se pelo princípio da abstração, desprezando-se de sua causa original, sendo, por isso, inoponíveis exceções pessoais a terceiros de boa-fé, como a ausência da prestação de serviços ou a entrega das mercadorias compradas. (REsp 774.304/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5/10/2010, DJe 14/10/2010)*

7. Recurso especial parcialmente provido.

O voto do eminente Relator examina com profundidade a questão, abordando de forma exauriente a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria:

4. O crédito representa, em uma ideia geral, a confiança no cumprimento das obrigações, o que facilita extremamente as transações comerciais, que nem sempre representam trocas imediatas de valores, permitindo a expansão e o desenvolvimento das principais atividades econômicas existentes no mundo moderno. É certo que o crédito só pode desenvolver seu papel apresentando três características básicas: a certeza, a segurança e a facilidade na sua circulação. (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: títulos de crédito*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1 e 4)

Nesse diapasão, em conferência realizada na Faculdade de Direito da Unicamp, por ocasião da III Semana Campineira de Estudos Jurídicos, Oscar Barreto Filho ponderou que “[o] crédito, hoje em dia, é um pressuposto necessário da atividade econômica. Não se discute que é graças ao crédito que os comerciantes, industriais, agricultores e transportadores conseguem imprimir a seus negócios o volume exigido pela intensidade da vida atual”. O crédito também “transbordou do meio comercial para a vida privada”, por mais limitados que sejam os recursos

das pessoas, todos dele se valem, sendo curial que, no estudo dos títulos de crédito, “se contemple em tópico especial ponto tão importante”. (BARRETO FILHO, Oscar. *O crédito no direito*. p. 207 e 208)

Por um lado, a atividade empresarial e, conseqüentemente, o próprio direito empresarial exigem três pilares fundamentais: a rapidez, a segurança e o crédito. Exige-se um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere dos negócios, a tutela da boa-fé e a simplificação da movimentação de valores, tendo em vista a realização de negócios em massa. Nesse particular, ganham especial importância os títulos de crédito. (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: títulos de crédito*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1)

Por outro lado, no abalizado escólio de Fran Martins, o Direito Comercial caracteriza-se pela *simplicidade* de suas fórmulas, pela *internacionalidade* de suas regras e institutos, pela *rapidez* de sua aplicação, pela *elasticidade* dos seus princípios e também pela *onerosidade* de suas operações - distanciando-se grandemente o Direito Comercial do Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito. (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9-10)

Nesse passo, é sempre prudente relembrar a célebre e multicitada advertência de Cesare Vivante - por muitos considerado o primeiro jurista que conferiu tratamento rigorosamente científico ao direito comercial -, em prefácio da primeira edição de sua monumental obra *Trattato di Diritto Commerciale*, no sentido de que não se deve ser feita investigação jurídica de instituto de direito comercial sem se conhecer a fundo a sua função econômica, considerando “uma falta de probidade” “determinar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer na sua íntima realidade”.

5. Dessarte, consoante recente precedente do Colegiado, o endosso é plenamente aplicável ao fomento mercantil, não cabendo restringir direitos assegurados pelo direito cambiário (REsp 1.236.701/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5/11/2015, DJe 23/11/2015).

Fran Martins elucida que o endosso é aplicável a essa avença mercantil, invocando dispositivo da LUG acerca do endosso sem garantia, que se amolda como uma luva à operação:

Como o endossante, segundo os princípios básicos do direito cambiário, é garante tanto da aceitação como do pagamento do título, a Lei Uniforme, para facilitar a circulação das letras de câmbio, admitiu o chamado endosso sem garantia (art. 15), que é o em que, transferindo o título, o endossante não só deixa de garantir a aceitação da letra como se exime do pagamento da mesma.

Esse procedimento parece o apropriado para ser adotado na cessão dos créditos, no contrato de faturização, do faturizado para o faturizador, pois é princípio da essência do contrato de faturização o fato de não responder

*o faturizado, ao ceder os seus créditos, pela solvência do devedor, no caso o comprador, correndo, assim, por conta da empresa de faturização o risco do não recebimento já que a mesma não pode se voltar contra o faturizado para que esse satisfaça a obrigação não cumprida pelo comprador. (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 429) (grifos)*

É o que também leciona Marlon Tomazette, se o crédito adquirido pela *factoring* disser respeito a título de crédito, com explícita remissão ao mencionado precedente deste Colegiado, *in verbis*:

12 Factoring e endosso

Outro contrato extremamente importante para a circulação dos títulos de crédito é o contrato de *factoring*.

[...]

Embora reconheçamos a existência das várias modalidades, a que mais nos interessa é justamente a mais tradicional, uma vez que nela é que existe a transferência de créditos com o pagamento imediato de valores referentes àquele crédito.

[...]

De outro lado, o próprio STJ vem entendendo que não é admissível restringir o uso do endosso nas operações de factoring, mantendo a vigência dos citados princípios em benefício do credor de boa-fé. Nesse particular, o STJ afirmou que, "com efeito, não se pode perder de vista que a exigência, sem nenhum supedâneo legal, de que, com o endosso de cheque "à ordem", a factoring endossatária devesse se acautelar - mesmo adquirindo pelo meio próprio crédito de natureza autônoma (cambial) - demonstrando ter feito notificação à emitente e/ou procedido à pesquisa acerca de eventual ação judicial, implica, data venia, restrição a direitos conferidos por lei à recorrente, em manifesta ofensa a diversas regras, institutos e princípios do direito cambiário - e, até mesmo, a direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal (vide o art. 5º, II e XXII)".

*A nosso ver, a última opinião é a correta, de modo que a transferência aqui mencionada pode ser feita tanto por meio de uma cessão de crédito, como por meio de um endosso. (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: títulos de crédito*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 122-123)*

No entanto, como visto, não foi o fundamento acerca do efeito de endosso que embasou o julgado - a boa-fé da endossatária é reconhecida, assim como a circulação do título e a notificação e a confirmação prévia do crédito pelo diretor da Associação Comercial -, estando a decisão recorrida, na verdade, limitada ao apontado vício de existência do título, pois, muito embora a Corte local intitule

aquele que firmou o aceite, em nome da associação, diretor administrativo-financeiro, não tem, em vista do estatuto social, poderes estatutários para praticar o ato cambiário.

Ademais, anoto que o valor da obrigação representada pela duplicata (R\$ 25.000,00) adquirida em endosso não representa verba muito representativa para a Associação Comercial de uma grande capital, e que, à luz de um padrão médio objetivo e de atenção ordinária, foram tomadas as cautelas necessárias - havia nota fiscal, orçamento, contrato de prestação de serviços e duplicata aceita, e, como incontroverso e apurado nos autos, foi expedido fax para o número comercial da Associação, que enviou resposta confirmando a operação - antes da aquisição, mediante endosso, da cártula objeto de execução. O próprio Colegiado local qualifica a pessoa que deu o aceite como diretor administrativo-financeiro da Associação, e há apuração de que, de fato, agia e aparentava ser efetivo gestor.

Ora, invocando mais uma vez a obra de Fran Martins, as obrigações resultantes dos atos de natureza cambiária não podem, em geral, acomodar-se às formas hieráticas e solenes dos contratos civis. Os usos e costumes comerciais influenciam a obrigação que resulta do ato mercantil. Se, por acaso, em determinada praça de comércio, há um costume geralmente seguido por todos os comerciantes, esse costume influi sobre a obrigação comercial, fazendo com que esta a ele se adapte, muito embora não esteja o uso amparado pela lei ou, mesmo, aparentemente, esteja contra os princípios da lei. (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9-10)

Nesse diapasão, como decorrência da modernidade, que, em seu processo de desenvolvimento dinâmico, exige rapidez e intensificação do ritmo das relações econômicas, e como contraponto da existência do risco nas frenéticas transações jurídicas, advém a necessidade de que se confira segurança jurídica para que se possa alicerçar a vida social (MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. *A teoria da aparência jurídica*. Revista de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 224-275).

(...)

Assim, parece nítido que a causalidade da duplicata reside apenas na sua origem, mercê do fato de somente poder ser emitida para a documentação de crédito nascido de venda mercantil ou de prestação de serviços. Porém, a duplicata mercantil é título de crédito, na sua generalidade, como qualquer outro, estando sujeita às regras de direito cambial, nos termos do art. 25 da Lei n. 5.474/68, ressaíndo daí, notadamente, os princípios da cartularidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

Uma vez aceita, o sacado (aceitante, à luz da teoria da aparência) vincula-se ao título como devedor principal e a ausência de entrega da mercadoria ou de prestação de serviços somente pode ser oponível ao sacador, como exceção pessoal, mas não a endossatários de boa-fé.

Há de ser ressalvado, caso se confirmem as alegações da recorrida no sentido de não ter conferido autorização para que fosse dado o aceite e de inexistência da prestação dos serviços, apenas o direito de regresso da executada/embargante (recorrida), em face da endossante e daquele preposto que deu o aceite.

Mutatis mutandis, esse foi o entendimento sufragado por este Colegiado, por ocasião do julgamento do REsp 261.170/SP, assim ementado:

Recurso especial. Direito Comercial. Títulos de crédito. Ação anulatória de duplicatas mercantis. Ausência de entrega das mercadorias. Negócio jurídico subjacente desfeito. Irrelevância em relação a endossatários de boa-fé. Duplicata aceita. Pedido reconvenicional julgado procedente. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

1. A causalidade da duplicata reside apenas na sua origem, mercê do fato de somente poder ser emitida para a documentação de crédito nascido de venda mercantil ou de prestação de serviços. Porém, a duplicata mercantil é título de crédito, na sua generalidade, como qualquer outro, estando sujeita às regras de direito cambial, nos termos do art. 25 da Lei n. 5.474/68, ressaíndo daí, notadamente, os princípios da cartularidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

2. A compra e venda é contrato de natureza consensual, de sorte que a entrega do bem vendido não se relaciona com a esfera de existência do negócio jurídico, mas tão somente com o seu adimplemento. Vale dizer, o que dá lastro à duplicata de compra e venda mercantil, como título de crédito apto à circulação, é apenas a existência do negócio jurídico subjacente, e não o seu adimplemento.

3. *Com efeito, a ausência de entrega da mercadoria não vicia a duplicata no que diz respeito a sua existência regular, de sorte que, uma vez aceita, o sacado (aceitante) vincula-se ao título como devedor principal e a ausência de entrega da mercadoria somente pode ser oponível ao sacador, como exceção pessoal, mas não a endossatários de boa-fé.* Há de ser ressalvado, no caso, apenas o direito de regresso da autora-reconvinda (aceitante), em face da ré (endossante), diante do desfazimento do negócio jurídico subjacente.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

(REsp 261.170/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)

Por fim, ressalto que o argumento de que o contrato de *factoring* pressupõe envolvimento mais estreito entre faturizadora e faturizada só faz sentido em relação às atividades de gerência financeira, gestão de crédito e seleção de riscos para terceiros (Lei 9.249/1995, art. 15, inciso III), que não são necessariamente

cumulativas com a compra, para si própria, de direitos de crédito mediante deságio.

Inferir, a partir do texto abstrato da Lei 9.249/1995, que existe conhecimento acerca do cumprimento do contrato ou da situação de solvência da empresa endossante, e a partir daí, afastar a disciplina legal da duplicata aceita, implica, ao meu sentir ofensa aos arts. 17, 28 e 29 da Lei Uniforme (Decreto 57.663/66) c/c art. 25 da Lei 5.474/68), causando, da máxima vênia, insegurança jurídica para o mercado de fomento de crédito.

Penso que a descrição de circunstância de fato que descaracterizasse a boa-fé da faturizadora, inexistente no caso dos autos, como visto das transcrições do acórdão embargado e do acórdão de origem, seria imprescindível para afastar a regra da abstração da duplicata aceita e da consequente inoponibilidade a terceiros das exceções pessoais, inerente ao direito cambial, não sendo suficiente, para tanto, que o credor endossatário seja empresa dedicada à atividade de *factoring*.

Seria necessário que o acórdão estadual ou o julgado embargado, da Terceira Turma, fizessem expressa alusão, por exemplo, a que a empresa de *factoring* tinha prévia ciência de que a prestação de serviços teria sido interrompida.

Má-fé é matéria essencialmente de cunho factual e, se silenciam os julgados a seu respeito, entende-se ausente da conjuntura existente nos autos, uma vez que não descrita forma alguma de conluio entre a credora/sacadora/faturizada/endossante/cedente (Villa Florenza Móveis e Decoração) e a Credfactor (faturizadora/endossatária/cessionária), para prejudicar o devedor/sacado (Ireno Hilário Schneider).

Em face do exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial para o efeito de restabelecer a sentença que julgou improcedente o pedido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.578.553-SP (2016/0011277-6)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Adailton Vicente da Silva

Advogado: Angélica Cristina dos Santos Quintanilha - SP295796

Recorrido: Banco Bradesco Financiamentos S.A

Advogados: Fábio Lima Quintas - DF017721

Gustavo César de Souza Mourão - DF021649

Luiz Carlos Sturzenegger - DF001942

Interes.: Banco Central do Brasil - Bacen - “Amicus Curiae”

Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central - PB000000C

Interes.: Instituto Brasileiro de Política e Dir. do Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogado: Simone Maria Silva Magalhães e outro(s) - DF024194

Interes.: Federação Brasileira de Bancos - “Amicus Curiae”

Advogado: Luiz Rodrigues Wambier e outro(s) - PR007295

Advogada: Teresa Celina de Arruda Alvim e outro(s) - PR022129

Interes.: Instituto Defesa Coletiva - “Amicus Curiae”

Advogado: Lillian Jorge Salgado - MG084841

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Tema 958/STJ. Direito Bancário. Cobrança por serviços de terceiros, registro do contrato e avaliação do bem. Prevalência das normas do direito do consumidor sobre a regulação bancária. Existência de norma regulamentar vedando a cobrança a título de comissão do correspondente bancário. Distinção entre o correspondente e o terceiro. Descabimento da cobrança por serviços não efetivamente prestados. Possibilidade de controle da abusividade de tarifas e despesas em cada caso concreto.

1. Delimitação da controvérsia: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.

2. Teses fixadas para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado;

2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos

celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva;

2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a:

2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a

2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.

3. *Caso concreto.*

3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando-se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros (“serviços prestados pela revenda”).

3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo-se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia.

4. *Recurso especial parcialmente provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial e fixar teses repetitivas, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalva de posicionamento do Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Sustentaram oralmente:

Dr. Walter José Faiad de Moura, pelo amicus curiae Instituto de Defesa Coletiva;

Dra. Amanda Flávio de Oliveira, pelo amicus curiae Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor;

Dr. Fábio Lima Quintas, pelo recorrido Banco Bradesco Financiamentos S/A.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 6.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Adailton Vicente da Silva* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Tarifa de registro de contrato

- Contrato bancário - Mútuo com pacto de alienação fiduciária - Tarifa cuja cobrança é realizada para possibilitar a contratação do financiamento
Possibilidade:

- Em se tratando de contrato de alienação fiduciária, mostra-se possível a cobrança da tarifa de registro de contrato, necessária para a formalização do contrato.

Tarifa de avaliação de bens

- Contrato bancário Mútuo com pacto de alienação fiduciária Veículo usado
Tarifa cuja cobrança é expressamente autorizada pela Resolução n. 3.919, do Conselho Monetário Nacional
Cobrança - Possibilidade:

- Estando prevista na Resolução n. 3.919 do Conselho Monetário Nacional, expressamente, a possibilidade de cobrança de tarifa cujo fato gerador será a "avaliação, reavaliação e substituição de bens recebidos cm garantia", c estando esta prevista no contrato celebrado com o consumidor, não há irregularidade em sua cobrança.

Tarifa de serviços de terceiros

Contrato de alienação fiduciária
Cobrança de custos inerentes à atividade de terceiros
Valores repassados pela instituição financeira - Intermediação da venda
Possibilidade:

- Mostra-se legítima a cobrança pelos custos de terceiros, que participam da relação comercial, cujos valores são devidamente repassados pela instituição financeira aos prestadores dos serviços.

Recurso provido. (fl. 165)

Em suas razões, a parte recorrente alegou violação dos arts. 39, inciso V, 42, 51, incisos IV, XII e § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, sob os argumentos de: (a) ausência de comprovação da efetiva prestação dos serviços; (b) ausência de especificação dos serviços de terceiro; (c) onerosidade excessiva; (d) ilegalidade da cobrança das tarifas.

Contrarrazões às fls. 185/198.

Por meio da decisão de fl. 224 s., determinei a afetação do presente recurso ao rito dos recursos especiais repetitivos, para servir de representativo do Tema 958/STJ, em conjunto com os REsp 1.578.526/SP e 1.578.490/SP.

As tarifas/despesas questionadas nos presentes autos, em que o valor financiado foi de R\$ 22.000,00, são as seguintes: (a) serviço prestado pela revenda e acesso a cotações: R\$ 1.888,40; (b) registro do contrato/gravame: R\$ 87,17; e (c) tarifa de avaliação do veículo usado: R\$ 195,00 (fl. 2).

Nos autos do REsp 1.578.526/SP, o valor financiado foi de R\$ 17.300,00, tendo sido cobradas as seguintes tarifas/despesas: (a) serviços prestados pela revenda: R\$ 1.545,60; (b) registro do contrato: R\$ 92,1; e (c) avaliação do veículo: R\$ 209,00.

Por último, nos autos do REsp 1.578.490/SP, o valor financiado foi de R\$ 8.000,00, tendo sido cobradas as seguintes tarifas/despesas: (a) tarifa de cadastro: R\$ 362,00; (b) IOF: R\$ 217,98; (c) registro do contrato: R\$ 50,00; e (d) avaliação de bens: R\$ 588,00.

Encontra-se também afetado ao rito dos recursos repetitivos o Tema 972/STJ, referente às tarifas de inclusão eletrônica de gravame e de seguro de proteção financeira, Tema que será trazido ao colegiado em momento oportuno, com base nas razões de decidir que se firmarem neste julgamento.

Na fase do art. 1.038, inciso I, do CPC/2015, intervieram na lide recursal, na qualidade de *amicus curiae*, as seguintes entidades: Banco Central do Brasil - BCB, Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e o Instituto de Defesa Coletiva - IDC.

O BCB manifestou-se à luz da regulação bancária, tendo concluído nos seguintes termos:

- i) No que tange à cobrança de 'serviços prestados pela revenda', não havia clareza suficiente no texto da regra do inciso III do § 1º do art. 1º da Resolução-CMN n. 3.518, de 2007 para afirmar que sua cobrança estaria autorizada – essa

dubiedade, inclusive, motivou a revogação do referido dispositivo, conforme indicado no Despacho PGBC 7490/2010;

ii) Quanto à cobrança da 'tarifa de registro de contrato', trata-se, em rigor, de exigência prevista na legislação civil (art. 1.361 do Código Civil) e na regulação de trânsito (Resolução-CONTRAN n. 320, de 5 de junho de 2009), cuja possibilidade de imputação de responsabilidade pelo pagamento ao cliente bancário deve ser investigada consoante a liberdade de negociar e as normas sobre defesa do consumidor;

iii) Quanto à cobrança da 'tarifa de avaliação do veículo', não é legítimo concluir que se trata de cobrança autorizada nos termos do inciso III do § 1º do art. 1º da Resolução-CMN n. 3.518, de 2007, tratando-se, porém, de cobrança permitida à luz do disposto no art. 5º, V, da mesma resolução. (fl. 269)

A FEBRABAN, por sua vez, manifestou-se pela aplicação das mesmas premissas fixadas por esta Corte Superior no julgamento dos Temas 618 e 621/STJ (referentes às tarifas de emissão de carnê - TEC e de abertura de crédito - TAC), no sentido de serem válidas as tarifas que possuem amparo na regulação bancária.

Transcreve-se, a propósito, a parte conclusiva da manifestação escrita:

[...] legalidade da cobrança: 1) da tarifa de avaliação do bem, previstas na Resolução n. 3.518/07 e 3.919/10; 2) das despesas com serviços de terceiros nos contratos firmados até a publicação da Res. n. 3.954 do Bacen, conforme previsão normativa contida nas Resoluções n. 3.518 e 3.919, e por se tratar de custo inerente ao contrato regido pelas normas de direito privado que, de forma ou de outra, será arcado pelo consumidor, exatamente como ocorre nos contratos de comissão de corretagem analisados no repetitivo referente ao tema 938; e 3) dos custos com registro de contrato, tal como nos serviços de terceiros, por igualmente se tratar de despesa embutida no custo final do contrato, estando somente destacado do valor final em razão do princípio da transparência, que não encontra óbice nas normas de proteção ao consumidor, tampouco nas Resoluções do Bacen, pode ser cobrado com fundamento no art. 490 c/c 1.361 do CC e na Res. 320/09 do Contran. (fl. 416)

Em sentido oposto, a BRASILCON manifestou-se pela abusividade e ilegalidade das tarifas, tendo concluído nos seguintes termos:

a) é vedada a cobrança de tarifas de "serviços prestados por terceiros", "avaliação de bem" e de "registro de contrato", por inexistir previsão expressa para cobrança nas Resoluções do Banco Central do Brasil n os 3.518/2007, 3.693/2009 e 3.954/2011;

b) é ilícita a cobrança de tarifas de “serviços prestados por terceiros”, “avaliação de bem” e de “registro de contrato”, eis que correspondem a custos inerentes à atividade bancária, que já são repassados ao consumidor por meio dos encargos remuneratórios;

c) é abusiva a cobrança de tarifas de “serviços prestados por terceiros”, “avaliação de bem” e de “registro de contrato”, realizada sem a demonstração efetiva da realização do serviço, ônus que incumbe à instituição financeira; mediante previsão contratual genérica, sem o devido esclarecimento ao consumidor dos serviços efetivamente prestados; que resulte em onerosidade excessiva ao consumidor. (fl. 362)

Nessa linha também se manifestou o IDC, confira-se:

1.1 - seja declarada nula, de pleno direito, nos termos do art. 51, IV, § 1º, III do CDC, a cláusula constante nos contratos de empréstimo e financiamento, que prevê a cobrança de tarifas e encargos sob a denominação, *serviços de terceiros, tarifa de avaliação de bem e tarifa de registro de contrato*, de contratos já celebrados, vigentes e futuros;

1.2 - Deve ser considerada ilegal as tarifas de “serviços prestados por terceiros” “tarifa de avaliação de bem” e “de registro de contrato”, considerando que não há previsão para a cobrança nos termos da Resolução do Bacen n. 3.518/2007; 3.993/2009 e 3.954/2011, e do REsp n. 1.251.331/RS, em sintonia com o teor do art. 489, VI do CPC;

1.3 - Por fim, requer que, ainda que haja cláusula contratual, no sentido de obter autorização/ permissão do consumidor para que a instituição financeira possa lhe repassar os custos de serviços prestados por terceiros, contratados diretamente pela instituição financeira, a cobrança de tais serviços deve ser considerada manifestamente abusiva por não informar a finalidade expressa da tarifa e o serviço prestado, violando o princípio de Informação nos termos do art. 6º, IV, c/c art. 51, IV e § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do incisos V, VI, X e § 3º do art. 40, 46, art. 51, § 1º, incisos II e III e 52 todos do CDC, por se tratar despesas provenientes da atividade mercantil repassada aos consumidores e faltar a devida transparência e boa-fé objetiva. (fl. 510)

Quanto ao caso, sustentou o desprovimento do recurso especial.

O *Ministério Público Federal*, na condição de fiscal da ordem jurídica, manifestou-se pela abusividade das tarifas, em parecer lavrado com a seguinte ementa:

Recurso Especial representativo de controvérsia. Direito Processual Civil e do Consumidor. Arts. 39, V, 42, 51, § 1º, III, do CDC. Prequestionamento. Ausência. Veículos automotores. Alienação fiduciária em garantia. Tarifas de registro

contratual, avaliação do bem e serviços de terceiros. Abusividade configurada. Cobrança indevida. Restituição em dobro. Impossibilidade. Comprovação de dolo ou má-fé. Reexame fático-probatório. Óbice da Súmula 07/STJ. Precedentes dessa Egrégia Corte.

Parecer pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nessa extensão, pelo seu provimento. (fl. 238, com grifos no original)

Segundo informação do Banco Nacional de Demandas Repetitivas do Conselho Nacional de Justiça, há 198.282 recursos sobrestados sobre o tema da presente afetação (acesso em 21/10/2018).

Houve encaminhamento de memoriais a esta Corte, que foram juntados no apenso n. 1 dos autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. A questão jurídica a ser enfrentada neste recurso especial repetitivo diz respeito à validade da cobrança, em contratos bancários, de tarifas/despesas com serviços prestados por terceiros, registro do contrato e/ou avaliação do bem.

A controvérsia fica delimitada aos contratos bancários firmados no âmbito de uma relação de consumo, com instituições financeiras ou equiparadas, ainda que por intermédio de correspondente bancário, celebrados a partir de 30/04/2008, data de entrada em vigor da Resolução n. 3.518/2007, do Conselho Monetário Nacional - CMN, que disciplinou a “cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”.

Para os contratos celebrados em data anterior, não se identificou multiplicidade de recursos capaz de justificar a fixação de tese pelo rito dos recursos repetitivos.

A abordagem da controvérsia será realizada na perspectiva de dois planos normativos, o da regulação bancária, composto por normas do Conselho Monetário Nacional, expedidas com base no art. 4º da Lei 4.595/1964, e o do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Relembre-se que esta Corte Superior, no passado, já manifestou entendimento no sentido de que as normas da regulação bancária não teriam *status* de questão federal passível de conhecimento por Corte Superior.

Nesse sentido, confira-se, por todos, o seguinte julgado:

Direitos Comercial, Econômico e Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Questão surgida no acórdão recorrido. Necessidade. Mútuo rural. Juros. Teto da Lei de Usura. Taxas livres. Não-demonstração por parte do credor de autorização do Conselho Monetário Nacional. Aumento dos juros pelo inadimplemento. Impossibilidade. Enunciado da Sum. 596/STF. Dissídio não configurado. Dessemelhança das situações fáticas. Circulares e resoluções. Impossibilidade de análise. Recurso não-conhecido.

I - O prequestionamento da matéria posta no recurso especial é indispensável, sob pena de impossibilitar-se o exame de insurgência, consoante verbete da Sum. 282/STF, ainda que se trate de questão surgida no próprio acórdão de segunda instância.

II - Vem entendendo a 4ª Turma ser defesa a cobrança de juros além de 12% ao ano se não demonstrada, pelo credor, a previa estipulação pelo Conselho Monetário Nacional das taxas de juros vencíveis para o crédito rural, correspondentes a data de emissão da cédula.

III - Os juros moratórios, limitados, em se tratando de crédito rural, a 1% ao ano, distinguem-se dos juros remuneratórios. Aqueles são formas de sanção pelo não-pagamento no termo devido. Estes, por seu turno, como fator de mera remuneração do capital mutuado, mostram-se invariáveis em função de eventual inadimplência ou impontualidade. Clausula que disponha em sentido contrario, prevendo referida variação, e cláusula que visa a burlar a disciplina legal, fazendo incidir, sob as vestes de juros remuneratórios, autênticos juros moratórios em níveis superiores aos permitidos.

IV - Não se configura o dissídio, no tocante ao limite dos juros, se os arestos paradigmas, inclusive o enunciado da Sum. 596/STF, não se referem ao caso específico do crédito rural, que tem disciplina própria, mas as operações financeiras em geral.

V - Circulares e resoluções, conquanto tenham natureza normativa, não podem ser objeto da análise na instância especial, por não se adequarem ao requisito de "lei federal" definido na alínea "a" no permissor constitucional.

(REsp 112.437/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 05/05/1997, sem grifos no original)

Esse entendimento, contudo, vem sendo superado, especialmente a partir do julgamento do Tema 618/STJ, referente à validade das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), julgamento que demandou ampla exegese de normas expedidas pelo CMN.

Nessa esteira, vale mencionar os seguintes julgados das *Turmas* de direito privado desta Corte Superior:

Processual Civil. Agravo interno em recurso especial. Recurso manejado sob a égide no NCPC. Inexistência de razões que justifiquem a reforma da decisão. Fundo Garantidor de Crédito. Valor do teto de garantia para clientes bancários. Observância da resolução do CMN vigente à época da intervenção na instituição financeira pelo Banco Central. Prequestionamento implícito. Decisão mantida.

1. Aplicabilidade das disposições do NCPC ao caso concreto, ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Não comporta provimento o agravo interno que não traz nenhum elemento apto a infirmar as conclusões externadas na decisão agravada.

3. Se, a despeito da ausência de menção expressa a um determinado dispositivo legal, houve discussão acerca de seu conteúdo, há prequestionamento implícito, o que autoriza o conhecimento do recurso especial.

4. *As resoluções emitidas pelo CMN, porque não se ligam a nenhuma outra norma de natureza infralegal, devem ser consideradas direito federal para fins de conhecimento de recurso especial.*

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.642.072/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/11/2017, DJe 18/12/2017, sem grifos no original)

Recurso especial. Fundo Garantidor de Créditos. Tese de violação ao direito adquirido. Cognoscibilidade em sede de recurso especial. Intervenção do Banco Central em instituição financeira associada ao FGC. Direito à garantia. Valor do teto. Observância à data do fato jurídico, em razão do qual exsurge o direito. Retroeficácia da resolução nova do CMN aumentando a garantia. Inviabilidade.

1. Consoante reiterados precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal, os conceitos de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada não são fixados pela Constituição Federal, mas sim pela legislação infraconstitucional. Assim, o controle constitucional se restringe à garantia dos referidos direitos, enquanto o controle do conteúdo material deles é de natureza infraconstitucional. (REsp 1.182.987/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Corte Especial, julgado em 1/6/2016, DJe 19/09/2016).

2. O art. 192, VI, da CF prevê a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de promover a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União. Dessarte, em observância ao mandamento constitucional, o art. 1º, § 1º, da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 2.197/1995 autorizou a constituição de entidade privada, sem fins lucrativos, destinada a administrar mecanismo de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras, estabelecendo que as

instituições financeiras, à exceção das cooperativas, que recebem depósito à vista, a prazo e em contas de poupança, dela participarão como contribuintes.

3. *Conforme se extrai das Resoluções do Conselho Monetário Nacional que disciplinam a criação, estatuto e regulamento do FGC, no Brasil, houve a opção de personificar o Fundo Garantidor de Créditos, adotando-se o regime de: a) proteção explícita; b) adesão compulsória das instituições financeiras; c) contribuição fixa para o fundo de recursos; d) limite de cobertura; e) fundeamento 'ex ante'.*

4. A obrigação do Fundo Garantidor de Créditos é de garantia, assim entendida como reforço de responsabilidade pessoal (garantia pessoal), institucional, autônoma e independente, consistente no compromisso público de pagar a terceiro depositante ou investidor determinada quantia até certo limite, à qual teria direito à restituição ou resgate junto à instituição financeira - que sofreu decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial, ou reconhecimento, pelo Banco Central, do Estado de insolvência.

5. É incontroverso que, por ocasião da intervenção do Banco Central na instituição financeira em que os recorridos mantinham ativos, ocorrida em 19 outubro de 2012, o limite da garantia era conforme o percebido pelos autores, e que, apenas em 24 de maio de 2013, a Resolução n. 4.222/2013 do Conselho Monetário Nacional autorizou a elevação do teto da garantia aos clientes das instituições financeiras associadas para o montante vindicado na exordial (R\$ 250.000,00).

6. Com efeito, não é razoável interpretar que o direito à garantia exsurge por fato/desdobramento posterior à indisponibilidade dos depósitos ou dos investimentos, visto que a formação do fundo para custeio da garantia é prévio, e o fato jurídico - acontecimento previsto na norma jurídica infralegal -, em razão do qual exsurgiu o direito dos autores, verificou-se com a intervenção do Banco Central.

7. Recurso especial provido. (REsp 1.639.092/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 03/10/2017, sem grifos no original)

Ressalve-se, contudo, que, apesar de a Constituição Federal ter conferido (implicitamente) *status* de lei complementar à Lei 4.595/1964 (cf. art. 192 da CF/88), as normas produzidas pela autoridade regulatória bancária possuem status meramente infralegal, estando, portanto, subordinadas à lei ordinária, pelo critério da hierarquia.

Sobre esse ponto, merecem referência os abalizados entendimentos doutrinários de BRUNO MIRAGEM e de ANTÔNIO CARLOS EFING, abaixo transcritos, respectivamente:

No âmbito da regulação bancária, compete ao CMN e ao BACEN, dada sua vinculação à legalidade administrativa, também a promoção da defesa do consumidor. Nesse sentido, as normas regulatórias e a atividade de supervisão e fiscalização bancária devem observar o disposto nas normas legais de proteção do consumidor. É exigência de legalidade. Nesse sentido, não há vedação a que por normas regulatórias se estabeleçam novos direitos ou mesmo deveres a serem observados tanto por consumidores, quanto por instituições financeiras. Essas normas, contudo, *devem guardar o limite já indicado da atividade regulatória em relação às leis em geral*, de não contradição com as normas legais, em especial, neste particular, com a Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. (Direito bancário. [livro eletrônico]. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, cap. IV, item 2.5.3, sem grifos no original)

A respeito deste descompasso, *não há dúvidas de que as Resoluções do Bacen, embora válidas, não excluem ou limitam a proteção concedida ao consumidor bancário pelo Código de Defesa do Consumidor*. Qualquer tarifa cuja cobrança não for prévia e adequadamente informada ao consumidor, que o coloque em desvantagem exagerada, ou que for incompatível com a boa-fé e a equidade (art. 51 do CDC) - *ainda que arrolada em resolução do Bacen como lícita* - é abusiva por força de norma de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC). Desta forma, sopesadas as resoluções do Bacen a respeito das tarifas cobradas do consumidor bancário e as normas do Código de Defesa do Consumidor, evidentemente que deverão prevalecer as decorrentes da Lei 8.078/1990. (Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor. [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. - Biblioteca de direito do consumidor. v. 12, item 7.3.2.2, sem grifos no original)

No âmbito jurisprudencial, a subordinação da regulação bancária às normas do Código de Defesa do Consumidor é entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.591/DF, em acórdão assim sintetizado em sua ementa:

Art. 3º, § 2º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. Art. 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

3. Ação direta julgada improcedente.

(ADI 2.591 ED, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ 13/04/2007)

À luz desses julgados, especialmente o do Supremo Tribunal Federal, resta evidente que esta Corte Superior não pode abrir mão de exercer controle jurisdicional sobre as normas da regulação da bancária, quando confrontadas com a lei federal.

Por conseguinte, rejeita-se, de plano, o argumento de que as tarifas/cláusulas contratuais seriam válidas pelo simples fato de estarem amparadas em norma da regulação bancária, devendo-se submeter a própria regulação bancária ao controle jurisdicional.

Por outro lado, esse controle jurisdicional deve encontrar limites na discricionariedade administrativa em geral, e, em especial, na discricionariedade técnica peculiar de cada autoridade regulatória.

Sobre esse ponto, mencione-se o entendimento de RICARDO HENRY MARQUES DIP:

Em outros termos, o mérito de um ato regulatório ditado por agência independente *não se imuniza do exame jurisdicional* quando gravite em órbita vinculada à legalidade, ou ainda quando, em matéria embora discricionária, devam considerar-se os motivos e fins do ato. Mas a reserva de discricionariedade administrativa impede a discricionariedade substituinte com que o Judiciário passe, ele próprio, à tarefa de administrar – o que já se designou “modelo tecnocrático da função judicial” –, porque isso poria em xeque a diferença entre a função judicial e a função administrativa.

Por mais que o exercício de poderes administrativos deva limitar-se diante de exigências de legalidade, por motivos determinantes e pelo fim com que se praticam ou se omitem, de modo que esse exercício não fique à margem de alguma forma de possível controle judicial, o alargamento da aferição judiciária à esfera própria da discricionariedade administrativa ou política, apenas pode aí exercitar-se: (i) diante do suposto inicial de alguma remissão a maltrato de direitos fundamentais; (ii) ou, mais além, em face de razões invalidantes da omissão ou atuação administrativa, porque então nelas se apontariam defeitos de motivação ou de finalidade.

Fora desses lindes, não caberia cogitar do controle judiciário da competência discricionária de regulação, porque então esse controle judicial seria apenas um substitutivo tão discricionário quanto o poder substituído. (*in: Agências reguladoras no Direito Brasileiro* [livro eletrônico]: teoria e prática. coord. Vladimir Passos Freitas, Fernando Quadros da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014)

Especialmente sobre o aspecto técnico da regulação do mercado financeiro, merece referência o seguinte trecho do voto proferido pelo Min. *Ricardo Villas*

Boas Cueva no julgamento do REsp 1.270.174/RS, ao qual peço licença para transcrever, *litteris*:

O mercado de serviços financeiros é, no mundo inteiro, fortemente regulado. O Brasil não é exceção. Tal nível de regulação financeira é justificado pelas particularidades do segmento, sobretudo o fato de que ele se funda na confiança, de que dele dependem os demais setores da economia e de que sua instabilidade tem repercussões macroeconômicas de grande magnitude. Por isso mesmo, o princípio da autonomia da vontade sofre restrição bastante significativa, não sendo correto afirmar que, em matéria bancária, vale o que as partes quiserem livremente contratar. Os contratantes devem, necessariamente, observar as normas regulamentares como balizas para suas transações. Assim é que disposições regulamentares incidem sobre a maior parte das contratações financeiras. (cf. REsp 1.270.174/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/10/2012, DJe 05/11/2012)

Naquele julgamento, esta Corte Superior concluiu pela validade das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), conforme o período em que tais tarifas estiveram autorizadas ou vedadas pela regulação bancária.

Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão paradigma da tese, firmada pelo rito dos recursos especiais repetitivos:

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Divergência. Capitalização de juros. Juros compostos. Medida Provisória 2.170-36/2001. Recursos repetitivos. CPC, art. 543-C. Tarifas administrativas para abertura de crédito (TAC), e emissão de carnê (TEC). Expressa previsão contratual. Cobrança. Legitimidade. Precedentes. Mútuo acessório para pagamento parcelado do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Possibilidade.

1. “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).

2. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

3. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, “a regulamentação facultava às instituições financeiras

a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.”

4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.

5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

7. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de “realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente” (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).

8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

9. *Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:* - 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

- 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

10. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.251.331/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013, Tema 618)

Essa mesma postura deve ser adotada no presente julgamento, de respeitar a ampla discricionariedade conferida pela lei à autoridade regulatória, sem, contudo, chegar ao extremo de negar aplicação ao Código de Defesa do Consumidor.

Esclareça-se que o resultado deste julgamento influenciará no deslinde das ações civis públicas que se encontram pendentes sobre o tema, como bem alertou o *Instituto de Defesa Coletiva*, em sua manifestação como *amicus curiae* (fls. 489/521).

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passa-se ao enfrentamento da controvérsia que foi objeto da afetação, iniciando pelas despesas com serviços de terceiros.

1. Despesas com serviços de terceiros:

Nos contratos celebrados entre instituição financeira e seus clientes há serviços que são prestados pela própria instituição financeira, e outros que são prestados por terceiros, a depender do tipo de contrato.

Os serviços prestados pelas instituições financeiras estão sujeitos ao poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional, sendo remunerados por meio das tarifas disciplinadas na Resolução-CMN 3.518/2007, compilada e revogada pela Resolução-CMN 3.919/2010.

As tarifas são especificadas conforme o tipo de serviço prestado pela instituição financeira, prioritário, diferenciado ou especial (serviços essenciais não podem ser objeto de tarifa).

Os serviços prestados por terceiros, por sua vez, não são regulamentados pelo Conselho Monetário Nacional, podendo ser cobrados pelas instituições financeiras, a título de ressarcimento de despesa, como bem enfatizou o BCB no item 36 de sua manifestação escrita (fl. 263).

O ressarcimento de despesa com serviços de terceiros era autorizado expressamente pela Resolução-CMN 3.518/2007, conforme se verifica no art. 1º, § 1º, inciso III, abaixo transcrito:

Art. 1º. A cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.

§ 1º. Para efeito desta resolução:

I - considera-se cliente a pessoa que possui vínculo negocial não esporádico com a instituição, decorrente de contrato de depósitos, de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, de prestação de serviços ou de aplicação financeira;

II - os serviços prestados a pessoas físicas são classificados como essenciais, prioritários, especiais e diferenciados;

III - não se caracteriza como tarifa o ressarcimento de despesas decorrentes de prestação de serviços por terceiros, podendo seu valor ser cobrado desde que devidamente explicitado no contrato de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.

(sem grifos no original)

Apesar dessa norma autorizativa, o BCB entendia que não poderia haver cobrança pelo serviço de correspondente bancário, pois este atua como preposto da instituição financeira, não propriamente como um terceiro.

A remuneração do correspondente bancário, portanto, já estaria inserida nos custos operacionais da instituição financeira.

Essas conclusões foram consignadas na manifestação do BCB, no Parecer DENOR-2009/00234, de março de 2009, do qual merece transcrição o seguinte trecho:

[...] os serviços passíveis de ressarcimento, de acordo com o § 1º do art. 1º da Resolução 3.518, de 2007, devem ser prestados por terceiros aos clientes, tendo como beneficiário o próprio cliente, não devendo corresponder apenas ao ressarcimento de despesas operacionais das respectivas instituições, e sendo obrigatória, ainda, a existência de cláusula contratual a respeito. Dessa forma, explicitamos ser vedada a cobrança pela instituição financeira do cliente pessoa física de tarifa ou valor a título de ressarcimento de despesas pelo lojista, por vendedores ou revendedores de veículos pela intermediação da operação, uma vez que tais agentes atuam como correspondentes no País, razão pela qual *não há prestação de serviço ao cliente, mas sim à instituição financeira contratante da operação de crédito, ou seja, não há a figura de um 'terceiro' na operação.* (fl. 181)

Apesar desse entendimento indubitável do BCB, o mercado fornecedor de serviços bancários acabou adotando o entendimento contrário, tendo-se difundido, assim, a prática de cobrar do consumidor a comissão do correspondente bancário, como se fosse serviço autônomo, não um preposto do banco.

Para coibir essa prática, o CMN estatuiu uma vedação expressa à cobrança de tarifa, comissão, ressarcimento ou qualquer outra forma de remuneração pelo fornecimento de produtos ou serviços por meio de correspondente bancário.

Essa vedação foi expressa com rigor no art. 17 da Resolução-CMN 3.954/2011, (publicada em 25/02/2011), abaixo transcrito, *litteris*:

Art. 17. É vedada a cobrança, pela instituição contratante, de clientes atendidos pelo correspondente, de tarifa, comissão, valores referentes a ressarcimento de serviços prestados por terceiros ou qualquer outra forma de remuneração, pelo fornecimento de produtos ou serviços de responsabilidade da referida instituição, ressalvadas as tarifas constantes da tabela adotada pela instituição contratante, de acordo com a Resolução n. 3.518, de 6 de dezembro de 2007, e com a Resolução n. 3.919, de 25 de novembro de 2010.

Esse normativo também revogou o art. 1º, inciso III, § 1º, da já aludida Resolução-CMN 3.919/2010.

Passou-se, então, de uma norma permissiva, na Res.-CMN 3.919/2010, para uma norma proibitiva, na Res.-CMN 3.954/2011.

Essa norma proibitiva, contudo, tinha como alvo os serviços prestados pelos correspondentes bancários na condição de prepostos da instituição financeira, não os serviços prestados por terceiros, propriamente ditos, uma vez que esses serviços escapam à regulação do sistema financeiro, como já afirmado neste voto.

Não é por outra razão que a Resolução-CMN 3.517/2007, que dispôs sobre o Custo Efetivo Total - CET, não sofreu modificação quanto à referência aos serviços prestados por terceiros, conforme se verifica no art. 1º, § 2º, abaixo transcrito:

Art. 1º. As instituições financeiras e as sociedades de arrendamento mercantil, previamente à contratação de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro com pessoas naturais e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, devem informar o custo total da operação, expresso na forma de taxa percentual anual, calculada de acordo com a fórmula constante do anexo a esta resolução. (Redação dada pela Resolução n. 3.909, de 30/9/2010)

§ 1º O custo total da operação mencionado no *caput* será denominado Custo Efetivo Total (CET).

§ 2º O CET deve ser calculado considerando os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo taxa de juros a ser pactuada no contrato, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, mesmo que relativas ao *pagamento de serviços de terceiros contratados pela instituição*, inclusive quando essas despesas forem objeto de financiamento.

.....

Ante esse cenário normativo, e a realidade fática trazida pelos recursos afetados, cumpre desdobrar a primeira tese em duas, para apreciar a controvérsia sob dois ângulos distintos, a saber:

(a) validade da cobrança genérica de ressarcimento de serviços prestados por terceiro; e

(b) validade de cobrança de comissão do correspondente bancário, a título de serviços de terceiro.

A primeira forma de cobrança, por se tratar de uma cobrança genérica, afronta o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não especifica o serviço especificamente prestado pelo terceiro.

É bem de ver que a regulação bancária utilizou-se da expressão genérica “serviços de terceiros” tão somente em virtude da impossibilidade de se elencar todos os serviços de terceiros passíveis de serem agregadas aos contratos bancários.

Não era - nem poderia ser - objetivo da regulação bancária dispensar as instituições financeiras da obrigação de especificar o serviço que estaria sendo efetivamente prestado por meio da atividade de terceiros.

Deveras, a especificação do serviço contratado é direito previsto no art. 6º, inciso III, do CDC, como também o direito à informação adequada sobre os acréscimos do financiamento, conforme se verifica nos enunciados normativos abaixo transcritos:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

.....

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com *especificação correta* de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

.....
Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e *adequadamente* sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - *acréscimos legalmente previstos*;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

(sem grifos no original)

Com base nesses enunciados normativos, verifica-se que a cobrança genérica por serviços prestados por terceiros, além de não encontrar amparo na regulação bancária, malferir o Código de Defesa do Consumidor.

A partir dessa constatação, propõe-se a primeira tese a ser fixada no presente repetitivo: “*Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem especificação do serviço a ser efetivamente prestado*”.

2. Comissão do correspondente bancário:

A segunda tese a ser fixada diz respeito à hipótese em que o contrato especifica que a cobrança se refere à comissão do correspondente bancário.

Essa controvérsia tem especial relevância para os contratos celebrados antes de 25/02/2011, uma vez que, após essa data, a cobrança passou a ser expressamente vedada pela Resolução-CMN 3.954/2011, como já afirmado.

Apesar da vedação expressa somente ter surgido em 2011, o entendimento do BCB sempre foi no sentido de que essa despesa se insere nos custos operacionais da instituição financeira, sendo descabido cobrar do consumidor o ressarcimento dessa despesa.

No âmbito do direito administrativo sancionador, contudo, o BCB reconheceu que a regulação bancária anterior a 2011 apresentava certa “ambiguidade”, ou “zona cinzenta”, quanto a esse tipo de cobrança, fato que justificou a não aplicação de sanções administrativas às instituições financeiras.

Sobre o reconhecimento dessa ambiguidade, confira-se o seguinte trecho do parecer do BCB:

[...] houve a alteração apenas no texto de uma regra a fim de que a norma por ele veiculada, tal qual tradicionalmente entendida pelo Banco Central, pudesse ser compreendida e atendida sem *ambiguidades* pelos agentes econômicos e demais destinatários. Em rigor, a norma mesma permaneceu inalterada, ocorrendo uma alteração apenas na forma com a qual era redigida a regra que a exprimia. Alterou-se uma regra para reforçar uma norma. Explicitou-se, enfim, por meio do texto de uma regra, uma proibição que *anteriormente encontrava-se apenas implícita* na regulação financeira. (fl. 281, sem grifos no original)

Esse entendimento firmado no âmbito do direito administrativo sancionador não vincula o entendimento a ser firmado no âmbito do direito privado, em razão do princípio da independência das instâncias.

Desse modo, não estaria excluída a possibilidade de se interpretar a referida ambiguidade normativa em favor do consumidor (*favor debilis*), pois, no âmbito das relações de consumo, a hermenêutica é guiada por um vetor interpretativo favorável à parte presumivelmente vulnerável.

Sobre esse vetor interpretativo, merece referência a seguinte passagem da obra de BRUNO MIRAGEM:

A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e *como devem ser aplicadas*. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo. (**Curso de direito do consumidor**. [livro eletrônico]. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, cap. 4, item 4.1)

Sob a ótica desse vetor interpretativo, vislumbro que seria difícil justificar a validade da cobrança, pela instituição financeira, de reembolso pelas despesas com o correspondente bancário, uma vez que tal cobrança não encontrava amparo em lei ou em norma regulamentar expressa (a norma então existente era ambígua).

Observe-se que a hipótese da presente afetação difere-se daquela referente à intermediação nas transações imobiliárias, em que esta Corte firmou entendimento pela validade da transferência da obrigação ao consumidor (Tema 938/STJ), pois a intermediação imobiliária é prestada por um profissional autônomo, regulado por lei específica, ao passo que a “intermediação” realizada pelo correspondente bancário se dá numa relação de preposição, de modo que

a comissão do correspondente deve se entendida como custo operacional, já embutido no preço do financiamento.

Não obstante essa possibilidade de se declarar a abusividade da cobrança de ressarcimento da comissão do correspondente bancário, adoto no presente voto as mesmas razões de decidir que conduziram esta Corte Superior a julgar válida a Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), no período em que não estava vedada, bem como a Tarifa de Cadastro (Tema 618/STJ).

Essas tarifas, ao fim e ao cabo, também representam custos operacionais da instituição financeira que são transferidos ao consumidor, como é o caso da comissão do correspondente bancário.

Na esteira desse entendimento, com ressalva do meu posicionamento pessoal (já externado no julgamento do Tema 618/STJ), proponho a consolidação de uma segunda tese, nos seguintes termos: *“Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento, pelo consumidor, da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva”*.

Fixadas as teses referentes aos serviços prestados por terceiros, passa-se a analisar a controvérsia específica da despesa de registro do contrato e a da tarifa de avaliação do bem.

3. Despesa de registro do contrato e tarifa de avaliação do bem:

Essas cobranças, em tese, não conflitam com regulação bancária, conforme manifestou o BCB em seu parecer.

Confira-se, a propósito, os seguintes excertos do referido parecer:

54. De se ver, portanto, que a cobrança para o registro no órgão de trânsito do contrato de financiamento de veículo tem como suportes normativos disposições alheias à regulação bancária em sentido estrito. Trata-se de cobrança embasada no art. 1.361 do Código Civil e no art. 2º da Resolução-CONTRAN n. 320, de 2009, que não se encontra regulada pelas normas baixadas pelo CMN ou pelo Banco Central, o que, naturalmente, não lhe prejudica, por si só, a validade. Em outras palavras: não se trata, em rigor, de tarifa bancária, regulada pela Resolução-CMN n. 3.518, de 2007, e demais normas bancárias conexas, nem se refere a um serviço financeiro classificável como essencial, prioritário, especial ou diferenciado.

55. Desse modo, independentemente de as normas de trânsito estipularem a instituição financeira ou seu cliente como sujeito passivo da obrigação de pagar

pelo registro de veículo, a possibilidade de as partes convencionarem, por ato negocial, que uma ou outra arcará com os custos, em tais ou quais condições, é matéria que deve ser investigada tendo em conta as normas sobre a liberdade de negociar e sobre defesa do consumidor.

.....

57. À luz da regulação bancária vigente à época da contratação, trata-se efetivamente de tarifa relacionada a um "serviço diferenciado", cuja cobrança, desde que explicitada ao cliente ou usuário, é lícita, nos termos do art. 5º, V, da Resolução-CMN n. 3.518, de 2007, *verbis*:

Art. 5º Admite-se a cobrança de remuneração pela prestação de serviços diferenciados a pessoas físicas, desde que explicitadas ao cliente ou usuário as condições de utilização e de pagamento, assim considerados aqueles relativos a:

[...]

V - avaliação, reavaliação e substituição de bens recebidos em garantia;

58. Não se trata, como considerou o juízo de 1º grau, de cobrança embasada no inciso III do § 1º do art. 1º da Resolução-CMN n. 3.518, de 2007, mas, nem por isso, é proibida. Seu amparo normativo é outro: o disposto no inciso V do art. 5º da Resolução-CMN n. 3.518, de 2007. (fls. 187 s.)

Sob a ótica do direito do consumidor, entretanto, cumpre fazer algumas ressalvas, com base nas questões que foram suscitadas nos recursos afetados.

A primeira delas diz respeito à cobrança por serviço não efetivamente prestado.

Essa controvérsia é frequente quanto à tarifa de avaliação do bem dado em garantia, pois os consumidores são cobrados pela avaliação do bem, sem que tenha havido comprovação da efetiva prestação desse serviço.

No caso dos recursos ora afetados, por exemplo, as instituições financeiras não trouxeram, em suas contestações, nenhum laudo de avaliação, que comprovasse a efetiva prestação de serviço de avaliação de veículo usado.

Observe-se que, como o contrato de financiamento é destinado à aquisição do próprio bem objeto da garantia, a instituição financeira já dispõe de uma avaliação, que é aquela realizada pelo vendedor ao estipular o preço (expresso no contrato e na nota fiscal).

Essa avaliação do bem, porque já inerente ao negócio jurídico de compra e venda, e embutida no preço, não pode ser objeto de cobrança pela instituição financeira, sob pena de *bis in idem* e enriquecimento sem causa.

Outra cobrança realizada a título de “avaliação do bem” é a cobrança por “acesso a cotações”, presente no caso dos autos.

Esse serviço de “acesso a cotações” não conta com previsão na regulação bancária, devendo ser entendido, portanto, como custo operacional da instituição financeira, já embutido no preço do contrato bancário.

Deveras, a regulação bancária prevê a possibilidade de cobrança de tarifa pela avaliação daquele bem específico, “recebido em garantia”, não havendo previsão de tarifa pelo mero acesso a cotações.

Confira-se, a propósito, o enunciado normativo do art. 5º, inciso VI, da Res.-CNM 3.919/2010, abaixo transcrito:

Art. 5º. Admite-se a cobrança de tarifa pela prestação de serviços diferenciados a pessoas naturais, desde que explicitadas ao cliente ou ao usuário as condições de utilização e de pagamento, assim considerados aqueles relativos a:

.....

VI - avaliação, reavaliação e substituição de bens recebidos em garantia;

.....

Assim, ressalvada a efetiva avaliação do bem dado em garantia, é abusiva a cláusula prevê a cobrança desse tipo de tarifa sem a efetiva prestação do serviço, pois equivale a uma disposição antecipada de direito pelo consumidor (o direito de somente pagar por serviço efetivamente prestado). É dizer que o consumidor paga antecipadamente por um serviço (avaliação do veículo), que não será necessariamente prestado.

Essa prática encontra vedação no art. 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou *disposição de direitos*. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

.....

Além dessa limitação à cobrança da tarifa em análise, cumpre estabelecer uma outra limitação, relativa ao juízo de onerosidade excessiva do valor dessa cobrança.

Essa limitação é de suma importância, a meu juízo, para evitar que o valor das tarifas/despesas seja utilizado para compensar uma redução “artificial” das taxas de juros.

Deveras, como a publicidade dos contratos bancários dá destaque à taxa de juros nominal (não ao custo efetivo total), a tendência observada no mercado fornecedor é de se reduzir as taxas de juros nominais, e compensar essa redução mediante a elevação excessiva do valor das tarifas.

Essa prática contraria os princípios da boa-fé e da transparência contratual nas relações de consumo, como já tive oportunidade de me manifestar no voto-vista que proferi no julgamento do já aludido Tema 618/STJ.

Peço licença para transcrever trechos do referido voto-vista, na parte que interessa ao presente julgamento:

Vigora, no direito privado, o *princípio da autonomia privada* sobre o qual já tive a oportunidade de discorrer em sede doutrinária (Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33):

A autonomia privada, embora modernamente tenha cedido espaço para outros princípios (como o da boa-fé), apresenta-se, ainda, como a pedra angular do sistema de direito privado. Esse princípio sintetiza o poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares para dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

O princípio da autonomia privada, porém, tem sua aplicação bastante limitada em contratos de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado massificado, presumida pelo art. 4º do CDC, que autoriza a existência de normas de proteção destinadas a garantir o equilíbrio entre as partes contratantes.

Ademais, a autonomia privada mostra-se ainda mais limitada em contratos de adesão, como o presente, em que, por não ter o aderente a possibilidade de negociar as cláusulas contratuais, não pode ser obrigado se não lhe tiver sido dada oportunidade de tomar prévio conhecimento do conteúdo do contrato ou se as cláusulas foram redigidas de modo a dificultar sua compreensão, nos termos do art. 46 do CDC.

Estabelecidas essas premissas, entendo que as taxas em questão não podem ser cobradas, por violar o princípio da boa-fé e por afrontar os deveres anexos de transparência e de informação, de observância cogente nas relações de consumo.

.....

De fato, a essas taxas administrativas não é dado o devido destaque pelas instituições financeiras, que, em regra, não informam seu custo nas próprias mídias utilizadas para divulgação de seus produtos.

No mais das vezes, apenas há a previsão das tarifas no próprio instrumento do contrato, ao qual o consumidor adere sem saber o motivo da cobrança e sem ter sido previamente informado acerca do valor que é acrescido automaticamente ao seu débito.

Ademais, a experiência comum autoriza dizer que, ao buscar crédito no mercado de consumo, o consumidor utiliza sempre, como parâmetro de comparação para escolha da instituição financeira com quem contratar, a taxa de juros remuneratórios praticada, e não as taxas administrativas.

.....

Assim, a meu ver, a fragmentação desnecessária do preço a ser pago pelo consumidor, longe de contribuir para a transparência da relação contratual, acaba por lhe dificultar o acesso às informações de que necessita.

Ora, se a tarifa [...] não enseja benefício direto ao consumidor, não há outra razão para sua cobrança em separado que não a de mascarar uma taxa de juros mais elevada.

Note-se que as taxas administrativas em questão são cobradas indiscriminadamente em todas as operações de financiamento, não podendo o consumidor optar por contratá-las ou não, até mesmo porque, como já afirmado, elas não ensejam a prestação de serviço acessório do qual se poderia utilizar.

Acerca do princípio da boa-fé, reporto-me à clássica lição de **Cláudia Lima Marques** (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 216):

Como ensinam os doutrinadores europeus, *fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos; significa, mais além do compromisso expresso, a “fidelidade” e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído, representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

As cláusulas que prevêem as taxas em questão, portanto, se mostram flagrantemente abusivas, por descumprimento dos deveres anexos de transparência e de informação.

Por oportuno, cito trecho da obra de **Bruno Miragem** (Curso de Direito do Consumidor. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 226-243):

O instrumento técnico de maior importância em matéria de proteção contratual do consumidor consagrado pelo CDC é a possibilidade de controle do conteúdo do contrato e o regime de nulidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas.

A noção de cláusulas abusivas é ampla. Seus elementos principais, contudo, verificam-se na definição simples e rica de **Jean Calais-Auloy** ao afirmar que “é abusiva a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca”. O significado do que se deva entender por desequilíbrio significativo, no direito europeu, segundo o grande jurista francês foi estabelecido pela Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

(...)

Em qualquer caso, não é demais referir que a identificação das cláusulas abusivas, a partir dos critérios e parâmetros estabelecidos no CDC, se dará – para além da relação exemplificativa prevista no artigo 51 – pelo exame judicial in concreto dos contratos de consumo, buscando verificar hipóteses de estipulação de vantagens exageradas em favor do fornecedor.

Naquela ocasião, concluí pela nulidade de pleno direito das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), tendo ficado vencido quanto a esse ponto.

Porém, ficou ressalvado naquela tese a possibilidade de “*exame de abusividade em cada caso concreto*”.

É essa mesma ressalva que se propõe no presente julgamento.

Veja-se, por exemplo, o caso do REsp 1.578.490/SP, um dos representativos do tema ora afetado, em que o consumidor foi cobrado em R\$ 588,00 (num financiamento de R\$ 8.000,00), pela avaliação de um automóvel adquirido por R\$ 9.249,00.

Esse valor cobrado pela avaliação (por vezes sequer comprovada) mostra-se aparentemente abusivo, podendo ser indicativo daquela malsinada prática de se compensar a redução da taxa nominal de juros com a elevação excessiva do valor das tarifas/despesas.

Para evitar esse uso desvirtuado das tarifas e despesas nos contratos bancários, impõe-se deixar explicitado na tese que não se exclui o controle da onerosidade excessiva do valor dessas tarifas/despesas, com base no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
.....

Reitera-se, desse modo, a ressalva também consignada expressamente na tese fixada no Tema 618/STJ, referente às tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC).

Por fim, no que tange à tarifa de registro do contrato, valem as mesmas considerações acima deduzidas, acerca da efetiva prestação do serviço e do controle da onerosidade excessiva.

Com base nesses fundamentos, propõe-se a consolidação das últimas teses, nos seguintes termos:

- *Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a:*
- *abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a*
- *possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.*

Fixadas as teses, passa-se à apreciação do caso concreto.

Relembre-se que as tarifas/despesas questionadas nos presentes autos, são as seguintes: (a) serviço prestado pela revenda e acesso a cotações: R\$ 1.888,40; (b) registro do contrato/gravame: R\$ 87,17; e (c) tarifa de avaliação do veículo usado: R\$ 195,00.

A cobrança pelos serviços prestados pela revenda corresponde à comissão do correspondente bancário.

Como o contrato foi celebrado antes de 25/02/2011 (marco temporal estabelecido neste voto), a cobrança por essa despesa seria válida, não fosse pela onerosidade excessiva, que é patente no caso dos autos, uma vez que o valor da comissão da revenda corresponde a quase 1/10 do valor do financiamento (8,6%, precisamente).

Por sua vez, a cobrança pelo registro do contrato corresponde a um serviço efetivamente prestado, pois documento de fl. 24, juntado pela próprio consumidor, revela que o gravame foi registrado no órgão de trânsito, passando a constar no documento do veículo.

Assim, à míngua de controvérsia acerca da abusividade do valor cobrado, é de se manter a validade dessa cobrança.

Por fim, quanto à tarifa de avaliação do bem, foi acostado aos autos o laudo de avaliação (fl. 110), estando provada a efetiva prestação do serviço, sendo cabível, portanto, a cobrança.

Destarte, o recurso especial merece ser parcialmente provido.

Ante o exposto, voto no sentido de propor a consolidação das seguintes teses para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado;

2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva;

3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a:

3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a

3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.

No caso concreto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para declarar a abusividade, por onerosidade excessiva, da cláusula de serviço prestado pela revenda, condenando-se a instituição financeira à repetição do indébito na forma simples, com correção monetária desde do desembolso e juros de mora à taxa legal, desde a citação.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes a arcar com metade das custas e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da condenação, suspensa a exigibilidade em face do consumidor, tendo em vista o benefício da gratuidade da Justiça.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Revela-se útil tecer algumas considerações quanto a cobrança da tarifa de avaliação do bem em razão do debate jurídico que o caso encerra.

Extrai-se do art. 5º, V, da Resolução CMN n. 3.518 de 2007 a possibilidade de cobrança de tarifa relativa à prestação de um “serviço diferenciado” a pessoas físicas:

Art. 5º Admite-se a cobrança de remuneração pela prestação de serviços diferenciados a pessoas físicas, desde que explicitadas ao cliente ou usuário as condições de utilização e de pagamento, assim considerados aqueles relativos a:

[...]

V - avaliação, reavaliação e substituição de bens recebidos em garantia;

A subordinação da regulação bancária às normas do Código de Defesa do Consumidor é entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.591/DF. Veja-se:

Art. 3º, § 2º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. Art. 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

3. Ação direta julgada improcedente.

(ADI 2.591 ED, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 14/12/2006, DJ 13/4/2007)

Em que pese a obediência à regulação bancária, é necessário exercer controle jurisdicional quando suas disposições forem confrontadas com a lei federal.

No âmbito do Direito do Consumidor as cláusulas contratuais amparadas em normas da regulação bancária submetem-se ao controle jurisdicional visando coibir práticas abusivas, em especial a onerosidade excessiva e, no caso específico dos serviços prestados, como é o caso da tarifa de avaliação do bem, deve ser comprovada nos autos a efetiva prestação do serviço.

Não é possível admitir que a mera previsão pela regulação bancária da possibilidade de existência de uma tarifa resulte na sua cobrança indiscriminada por todas as empresas que atuam no ramo, onerando o preço final praticado ao consumidor e constituindo-se em prática abusiva ao cobrar por um serviço que nem sequer foi prestado.

Por conseguinte, divirjo do Relator por entender que no caso concreto sob análise não ficou comprovada a efetiva avaliação do veículo, conforme ressalvado pelo Relator do acórdão do Tribunal de origem:

VII. No que tange à cobrança administrativa de “*tarifa de serviços de terceiros*”, o apelo comporta acolhida, conforme entendimento sedimentado por esta C. 13ª Câmara de Direito Privado.

Ressalve-se, apenas, o entendimento deste Relator que sempre reconheceu sua abusividade, nada obstante tal encargo fosse previsto, de modo geral, nas Resoluções do Conselho Monetário Nacional até sua revogação pela Resolução n. 3.954/2011, que entrou em vigor em 24/02/2011.

*Basicamente porque a cobrança de tarifa de serviço de terceiros nada mais é do que o repasse ao consumidor de serviços administrativos inerentes à própria atividade da financeira, de modo a competir a ela suportar os custos decorrentes, sob pena de configurar prática abusiva, nos termos do artigo 51, incisos IV e XII, do Código de Defesa do Consumidor. Isso, aliás, ganha contornos mais consistentes **quando a instituição financeira não demonstra, por nenhum meio, a execução efetiva do serviço afirmado, o que poderia ser feito, sem dificuldades, por recibo ou por nota fiscal de prestação de serviços.***

Contudo, como já adiantado, esta C. 13ª Câmara de Direito Privado possui entendimento consolidado em sentido diametralmente oposto, segundo o qual, como o encargo não é retido pela instituição financeira, mas repassado ao responsável pela venda do veículo, não constitui uma cobrança indevida. Cuida-se, na verdade, de remuneração pelos serviços prestados, cujos valores estavam expressamente previstos no contrato. Nesse sentido:

Cédula de crédito bancário. Financiamento de veículo. Tarifa de cadastro, registro de contrato e serviços de terceiros. Legalidade. Previsão contratual. Ausência de abuso. Agravo regimental provido. Provida a apelação. Ação julgada improcedente.

Assim, ressalvado o entendimento pessoal deste Relator, a uniformização da Câmara mostra-se necessária, devendo, pois, ser permitida a cobrança da tarifa de serviços de terceiros (e-STJ, fls. 169/170 – sem destaques no original).

O documento elaborado pela instituição financeira para comprovar a prestação do serviço de avaliação do bem consiste em um formulário padrão, visando mais a justificação da cobrança da tarifa do que a efetiva prestação de um serviço de avaliação de um veículo automotor (e-STJ, fl. 110).

Aliás, a cobrança da tarifa nada mais é do que o repasse ao consumidor de serviços administrativos inerentes a própria atividade da financeira, uma vez que o documento objetiva resguardar os interesses da instituição financeira com a declaração de que o consumidor assegura o *perfeito estado de conservação* do bem, *habilitando-o ao negócio concretizado*.

Assim, ressalvo o meu entendimento pessoal no sentido de dar provimento parcial ao recurso em maior extensão para declarar a abusividade da tarifa de avaliação do bem, salvo a concordância do consumidor.

Nessas condições, com a ressalva destacada, *dou parcial provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.726.563-SP (2017/0120185-3)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional S.A
Advogados: Maria Cristina Alves - SP050664

Janaina Castro de Carvalho e outro(s) - DF014394

Eduardo Antonio Lucho Ferrão - DF009378

Recorrido: Lia Maria Guerra Cintra

Advogado: Antônio Carlos Alves Pereira e outro(s) - SP111205

Interes.: Federação Nacional de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogado: Gustavo Binenbojm e outro(s) - RJ083152

Interes.: Agência Nacional de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F

Interes.: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

Advogado: Defensoria Pública da União

Interes.: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogado: Luiz Felipe Conde e outro(s) - SP310799

Interes.: Unidas - União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - “Amicus Curiae”

Advogados: José Luiz Toro da Silva e outro(s) - SP076996

Vania de Araujo Lima Toro da Silva e outro(s) - SP181164

Interes.: Unimed do Brasil Confederação Nacional das Cooperativas Médicas - “Amicus Curiae”

Advogados: Márcia Aparecida Mendes Maffra Rocha e outro(s) - SP211945

Raphael Carvalho de Oliveira e outro(s) - SP366173

EMENTA

Recurso especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Plano de saúde. Controvérsia acerca da obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não registrado pela ANVISA.

1. Para efeitos do art. 1.040 do NCPC:

1.1. *As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.*

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem enfrenta todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

2.2. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei n. 9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei n. 6.360/76 e 10, V, da Lei n. 6.437/76. Incidência da Recomendação n. 31/2010 do CNJ e dos Enunciados n. 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, *A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.*

2.3. Porém, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário.

3. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 1.040 do NCPC.

ACÓRDÃO

Após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator, vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.036 do Código de Processo Civil foi fixada a seguinte tese repetitiva: As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Consignados pedidos de preferência pela recorrente Amil Assistência Médica Internacional S.A., representada pela Dra. Janaína Castro de Carvalho,

pela recorrida Lia Maria Guerra Cintra, representada pelo Dr. Antônio Carlos Alves Pereira, e pelo *amicus curiae* Federação Nacional de Saúde Suplementar, representada pelo Dr. Filipe Seixo de Figueiredo.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

Republicação, por incorreção no DJe de 26.11.2018.

DJe 3.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Infere-se dos autos que *Lia Maria Guerra Cinta (Lia)* ajuizou ação cominatória cumulada com indenização por danos morais, com pedido de antecipação de tutela, contra *Amil Assistência Médica Internacional S.A. (Amil)*, alegando, em síntese, que esta se recusou a autorizar o custeio dos medicamentos “Gemcitabina” e “Nab-Paclitaxel” (*Abraxane*), de que necessitava para o tratamento de câncer de pâncreas metastático para peritônio.

Pediu, assim, a condenação da *Amil* no custeio das despesas que se fizessem necessárias para a importação do referido fármaco (e-STJ, fls. 1/18).

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos somente em relação ao dever de cobertura no pagamento dos gastos com o tratamento médico e fornecimentos dos medicamentos indicados (e-STJ, fls. 184/185).

A *Amil* e *Lia* apelaram.

A Corte de base negou provimento ao apelo da *Amil* e deu provimento ao apelo de *Lia* em aresto assim ementado:

Apelação. Seguro saúde. Amil. Preliminar de cerceamento instrutório, suscitada pela ré, rejeitada. No mérito, abusiva a negativa de custeio de medicamento prescrito para o tratamento da autora, sob os argumentos da exclusão contratual (por ser importado e não integrar o rol estatuído pela ANS). Necessidade de uso atestada pelo corpo médico que atende a demandante. Limitações contratuais que constituem práticas abusivas em detrimento da defesa e do respeito ao usuário. Contrato de adesão submetido aos ditames da legislação consumerista. Cobertura devida. No mais, a negativa de tratamento de quimioterapia a pessoa idosa acometida de câncer no pâncreas em metástase configura dissabor que

ultrapassa os lindes do simples desgosto, ensejando dano moral. Verba reparatória arbitrada em R\$ 15.000,00, com correção monetária a partir da publicação deste ven. acórdão e juros de mora mensais, na base legal, desde a citação. Ônus sucumbenciais concentrados na pessoa da requerida. Jurisprudência do STJ e desta Corte. Súmulas n. 95 e 102 do TJ/SP. *Desprovido o recurso da requerida e acolhido o da autora, uma vez rejeitada a preliminar (e-STJ, fl. 232).*

Os embargos de declaração interpostos pela *Amil* foram rejeitados (e-STJ, fls. 268/273).

Inconformada, a *Amil* manejou recurso especial com base no art. 105, III, *a*, da CF, em cujas razões alegou violação dos arts. (1) 535 do CPC/73, sustentando a omissão no acórdão objurgado em relação a expressa exclusão da obrigação dos planos de saúde de arcarem com os custos de medicamentos importados, e não nacionalizados; (2) 10, V, da Lei n. 9.656/98; 12 e 66, ambos da Lei n. 6.360/76; e, 10, V, da Lei n. 6.437/76, asseverando que os medicamentos requeridos são importados, e não possuem registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não tendo a prestadora de plano de saúde obrigação de fornecê-los, inclusive, porque poderia incorrer em sanções penais; e, (3) 51, IV, e 54, §§ 3º e 4º, ambos do CDC, pois a cláusula que estabelece a exclusão de cobertura ao custeio de medicamento importado, e não nacionalizado, sem dúvida é uma estipulação que implica limitação de benefício, não se configurando, por si só, nenhuma abusividade (e-STJ, fls. 275/287).

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ, fls. 291/300).

O recurso foi admitido por força de provimento do agravo (e-STJ, fls. 416/418).

Considerando que há grande número de recursos com base em idêntica questão de direito, assinalando o caráter multitudinário da contenda, destaquei o presente feito como recurso especial representativo de controvérsia, com fundamento no art. 1.036, § 5º, do NCPC, a fim de propor a sua afetação para julgamento pela eg. Segunda Seção.

O recurso especial foi, na sessão de julgamento realizada aos 13/3/2018, afetado por esta eg. Seção ao rito dos recursos especiais repetitivos (*Tema 990*) para definir *se as operadoras de plano de saúde estão obrigadas ou não a fornecer medicamento importado, não registrado pela ANVISA*.

Intervieram na lide recursal, na qualidade de *amicus curiae*, a *Federação Nacional de Saúde Suplementar (Fenasáude)*, a *Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)*, a *Defensoria Pública da União (DPU)*, o *Instituto de Estudos*

de Saúde Suplementar (IESS), a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas), e, a Unimed do Brasil Confederação Nac das Cooperativas Med. (Unimed do Brasil).

A Unidas se manifestou defendendo que inexistente obrigatoriedade na cobertura de medicamentos importados, sem registro pela ANVISA, por força do disposto no art. 10, V, da Lei n. 9.656/98, além do art. 20, § 1º, V, da Resolução Normativa n. 428 da ANS, de 7/11/2017.

Destacou julgados desta Corte Superior no sentido da expressa previsão da possibilidade de exclusão de cobertura de medicamento importado não nacionalizado.

Ao fim, a sua manifestação foi assim resumida:

Em outras palavras, resta demonstrado que merece acolhimento e provimento o presente recurso, tendo em vista que, conforme todo acima exposto, as operadoras de planos de assistência à saúde filiadas à Unidas, ora requerente, não devem ser compelidas ao fornecimento de medicamento importado não registrado na ANVISA, seja pela afronta direta a dispositivo legal (art. 10, inciso V, da Lei n. 9.656/98), seja pela afronta a normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (art. 20, § 1º, V, da Resolução Normativa n. 428), ou até mesmo por eventual previsão contratual e demais aspectos envolvidos, tal qual, a possibilidade de cometimento de infração conforme citado, bem como os aspectos econômicos inerentes ao caso (e-STJ, fl. 470).

A ANS se manifestou, colacionando parecer da área técnica sobre o assunto, no sentido de que a Lei n. 9.656/98 desobriga as operadoras de fornecer medicamento importado não nacionalizado.

Em síntese, consignou que:

Para os medicamentos cobertos, sejam eles aqueles constantes na exceção mencionada acima ou administrados durante procedimentos ambulatoriais ou hospitalares, explicamos que todos, sem exceção, devem estar regularizados e registrados e suas indicações devem constar da bula/manual junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, de acordo com exigência contida nos arts. 17 e 19, da RN n. 428, de 2017, à exceção do disposto no art. 26 do referido normativo.

8. Faz-se importante repisar que **a ANVISA, ao conceder o registro de um produto, faz a validação dos dados de qualidade, eficácia e segurança bem como realiza o monitoramento pós-comercialização (Farmacovigilância) do medicamento sendo a autoridade de referência para que todos os medicamentos tenham qualidade, segurança e eficácia garantida, contribuindo para o uso terapêuticamente correto dos medicamentos pelos profissionais de**

saúde e usuários. *Ou seja, constitui-se em risco à saúde a utilização de medicamento sem o referido registro (e-STJ, fl. 645 – sem destaques no original).*

A *Fenasáude* opinou pelo provimento do recurso especial, esgrimindo a tese de que as operadoras de planos de saúde não podem ser compelidas a custear tratamento por medicamentos importados, não registrados pela ANVISA.

Destacou, mais, a importância da manutenção de um quadro regulatório que proporcione equilíbrio entre os sistemas público e privado de saúde, sob pena de migração de beneficiários para o sistema público, o que levaria a onerar ainda mais o Sistema Único de Saúde (SUS). Citou a Lei n. 12.401/2011, que introduziu na Lei n. 8.080/1990, o art. 19-T, que transpôs para o próprio SUS a restrição prevista na Lei n. 9.656/98, ao dispor que:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

[...]

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa (sem destaques no original).

Sustentou também que a exceção prevista no art. 10, V, da Lei n. 9.656/98, que exclui da cobertura mínima o fornecimento de medicamentos importados, não registrados pela ANVISA, vai ao encontro do que estabelecem os arts. 12, 16, II, e 66, todos da Lei n. 6.360/1976 (que *dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos*) e 10, V, da Lei n. 6.437/1976 (que *configura infrações à legislação sanitária federal*).

Ao final, concluiu que

[...] salta aos olhos como o acórdão recorrido causa danos ao modelo adotado. Ele ignora as consequências, desconsidera o papel da ANS e da ANVISA enquanto entidades dotadas de capacidade institucional da maior relevância, bem como deixa de lado os custos e equilíbrio atuarial do modelo, com o que coloca em risco o próprio direito à saúde (e-STJ, fl. 742).

A DPU, em virtude do *conflito aparente entre, de um lado, os valores da dignidade da pessoa, da proteção à saúde e da defesa do consumidor e, do outro, os da livre iniciativa e da segurança sanitária, deveria ser resolvido em favor da pessoa, garantindo-lhe o acesso ao único recurso capaz de manter-lhe a integridade*, manifestou-se pela aprovação da seguinte tese:

As operadoras de planos de saúde podem ser obrigadas por decisão judicial a fornecer medicamentos não aprovados pela Anvisa, independentemente de custo, em hipóteses excepcionais, em que preenchidos dos seguintes requisitos: (a) ausência de decisão expressa da Anvisa desfavorável à aprovação do medicamento ou procedimento; (b) caso exista pedido de registro, mora irrazoável da Anvisa em apreciá-lo; (c) existência de registro em renomadas agências de regulação no exterior; (d) ausência de informação explícita, tanto na publicidade quanto na contratação, sobre a não-cobertura de procedimentos médicos e medicamentos não-nacionalizados; e (e) propositura da demanda necessariamente também em face da Anvisa (e-STJ, fl. 797).

Por sua vez, o *Ministério Público Federal* se manifestou pelo parcial provimento do recurso especial para *afastar a obrigação de fornecimento de medicamento importado antes do registro pela ANVISA*, nos termos da seguinte ementa:

Direito Civil. Plano de saúde. Medicamento importado sem registro na ANVISA. Ausência do dever de custeio.

Parecer pelo provimento parcial do recurso especial (e-STJ, fl. 799).

O IESS se manifestou pela aprovação da tese de que as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer cobertura financeira à aquisição de medicamentos importados, não registrados na ANVISA (e-STJ, fls. 812/875).

A *Unimed do Brasil* se manifestou pelo provimento do recurso especial, precisando a tese de que as operadoras de planos de saúde não podem ser compelidas a custear tratamento por medicamentos importados, não registrados pela ANVISA.

Destacou também que o registro serve para garantir a ordem e a saúde públicas. Além disso, o ato de fornecer medicamento não registrado implica em conduta que afronta a Lei n. 6.360/76 (arts. 10 e 12) e o Código Penal Brasileiro (arts. 273 e 334-A).

Paralelamente a este recurso, foi afetado conjuntamente o REsp 1.712.163/SP.

Encontram-se sobrestados nos Tribunais de apelação 204 recursos sobre a matéria objeto desta afetação, conforme informação do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios - BNPR, do CNJ (atualizado até 8/10/2018).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto, 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/73 (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.

Inicialmente, a questão jurídica a ser consolidada no rito dos recursos repetitivos se cinge em definir *se as operadoras de plano de saúde estão obrigadas ou não a fornecer medicamento importado, não registrado pela ANVISA*.

No caso concreto, a Corte de piso entendeu que a *Amil* está obrigada ao fornecimento, ainda que não registrado pela ANVISA.

A *Amil*, nas razões de seu recurso especial, defendeu que o entendimento da Corte local violou os arts. 10, V, da Lei n. 9.656/98; 12 e 66, ambos da Lei n. 6.360/76; e, 10, V, da Lei n. 6.437/76, sob o argumento de que não está obrigada a custear pagamento de medicamentos importados, e não nacionalizados, até porque tal conduta configura infração sanitária, passível de sanção criminal.

Para melhor deslinde da questão, transcrevem-se os apontados dispositivo de lei:

Lei 9.656/1998

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados (sem destaques no original);

Lei 6.360/1976

Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde (sem destaques no original).

[...]

Art. 66. A inobservância dos preceitos desta Lei, de seu regulamento e normas complementares configura infração de natureza sanitária, ficando sujeito o infrator ao processo e às penalidades previstos no Decreto-Lei n. 785, de 25 de agosto de 1969, sem prejuízo das demais cominações civis e penais cabíveis.

Parágrafo Único. O processo a que se refere este artigo poderá ser instaurado e julgado pelo Ministério da Saúde ou pelas autoridades sanitárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, como couber.

Lei 6.437/1976

Art. 10. São infrações sanitárias:

IV - extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou reembalar, importar, exportar, armazenar, expedir, transportar, comprar, vender, ceder ou usar alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens, saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde pública ou individual, *sem registro, licença, ou autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto na legislação sanitária pertinente:*

pena - advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro, e/ou multa (sem destaques no original);

Atualmente, é pacífico no STF que o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (AI 734.487/PR AgR, Relatora a Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 3/8/2010, DJe-154 divulg 19/8/2010, public 20/8/2010).

Igualmente, esta Corte, por meio das decisões que proferiu, tem compelido o Estado a fornecer os medicamentos de que necessite pessoas carentes, idosos e tantas outras nas mais variadas situações.

Confira-se, a título de exemplo, o seguinte precedente:

Recurso especial. SUS. Fornecimento de medicamento. Paciente com *miastenia gravis*. Direito à vida e à saúde. Dever do Estado. Cominação de multa diária. *Astreintes*. Incidência do meio de coerção. Princípio da dignidade da pessoa humana.

1. *Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de 'miastenia gravis'.*

2. *O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.*

3. *Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.*

4. *A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.*

5. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se de obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento do medicamento Mestinow 60 mg / 180 comprimidos mensais, de forma contínua, durante o período necessário ao tratamento, a ser definido por atestado médico, cuja imposição das astreintes no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

[...]

8. *À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde.*

9. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 950.725/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/5/2008, DJe 18/6/2008 – sem destaques no original)

Também, em algumas hipóteses, impõe-se tal obrigação a operadoras de planos de saúde, a depender das peculiaridades constantes do caso concreto.

A propósito, veja-se o seguinte julgado:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação cominatória. Violação ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Negativa de fornecimento de medicamento. Cláusula abusiva. Agravo interno não provido.

1. [...]

2. *O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a operadora do plano de saúde pode delimitar as doenças passíveis de cobertura, mas não pode restringir os procedimentos e as técnicas a serem utilizadas no tratamento da enfermidade, mormente quando o medicamento em questão está devidamente registrado na ANVISA, como é o caso dos autos.*

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.069.037/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 – sem destaque no original)

Contudo, e aqui está o cerne da questão, doutrina e jurisprudência questionam qual o alcance e o limite desse direito, especialmente quando se discute a obrigatoriedade ou não das operadoras de plano de saúde de fornecer medicamento importado, não registrado pela ANVISA.

Nos termos do disposto no art. 10, V, da Lei n. 9.656/1998, está excluído das exigências mínimas de cobertura assistencial a ser oferecida pelas operadoras de plano de saúde o fornecimento de medicamentos importados, não nacionalizados.

Consoante definido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão responsável pela atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, *medicamento importado não nacionalizado é aquele produzido fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA.*

A propósito, confira-se a redação do art. 20, § 1º, V, da RN n. 428/2017 da ANS, atualmente em vigência:

Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei n. 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

[...]

V - fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados, isto é, aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA (sem destaques no original).

RODRIGO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO, ao citar SUELY ROZENFELD, explica que

[...] (a) *vigilância sanitária pode ser definida como o conjunto de ações estatais de controle de produtos e serviços de interesse da saúde, e são dirigidas, fundamentalmente, a evitar e prevenir riscos sanitários reais e potenciais. Trata-se de conceito que pressupõe a presença do Estado, de forma planejada e articulada, não apenas para fiscalizar produtos e serviços, mas também para propagar informações*

idôneas e pertinentes, contribuindo para reduzir as assimetrias de conhecimento técnico entre os cidadãos e o mercado privado.

Existem dispositivos normativos no direito brasileiro determinando o prévio registro para industrializar ou vender substâncias de interesse à saúde desde a edição da Lei 6.360/76. Nessa época a incumbência ficava a cargo do Ministério da Saúde.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a criação do Sistema Único de Saúde - SUS, a quem foi atribuída a missão de coordenar as ações de vigilância sanitária, havendo previsão expressa nesse sentido através do art. 6º da Lei 8.080/90.

Por sua vez, através da Lei 9.782/99, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras. A ANVISA, portanto, surge como autarquia dotada de poderes regulatórios, de fiscalização e de controle de produtos e serviços que ofereçam risco à saúde pública.

Dentre as atribuições da ANVISA estão as análises relacionadas ao registro de medicamentos, cujas exigências se encontram previstas no art. 16 da Lei 6.360/76. Nesse sentido, para que haja registro de medicamentos no Brasil, com a respectiva autorização para comercialização e circulação do produto em território nacional, o laboratório farmacêutico deverá comprovar, minimamente, que o medicamento é seguro, eficaz e de qualidade para o uso a que se propõe (**Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Editora Juruá, 2015, págs. 160/161 – sem destaques no original).

Nesse panorama, a ANVISA foi criada por meio da Lei n. 9.782/1999, como autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde (art. 3º), com a finalidade institucional de *promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária* (art. 6º).

Acerca da importância das atribuições da ANVISA relacionadas ao controle, ao uso racional e seguro dos medicamentos, colaciona-se o seguinte artigo elaborado por MARINA DOMINGUES DE CASTRO CAMARGO ARANHA e FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO, publicado na Revista de Direito do Consumidor n. 96:

O texto constitucional prevê um sistema de saúde harmônico que, se por um lado consagra a saúde como um direito de todos, por outro impõe limites a esse direito,

atribuindo ao Estado competência para regular, fiscalizar e controlar a área da saúde. Sendo assim, a Constituição não assegura o acesso irrestrito a qualquer medicamento, mas busca promover o uso racional e seguro desses produtos em termos de qualidade, quantidade e eficácia.

Ocorre que as questões que são levadas ao Judiciário nas ações em que se pleiteiam medicamentos e outras tecnologias em saúde muitas vezes são decididas com base no fundamento genérico de proteção ao direito à saúde e direito a vida, sem a devida análise de aspectos técnicos, das questões específicas de direito sanitário envolvidas na discussão e, não raro, sem a observância das políticas públicas já existentes, sendo que em tais demandas presencia-se o aspecto emocional que subjaz a discussão jurídica.

O processo de aprovação e registro de fármacos pela Anvisa e de fundamental importância para a garantia do direito a saúde e para o próprio sistema de saúde.

Dentre as competências desta agência reguladora esta a de conceder registros de medicamentos e produtos, segundo as normas de sua área de atuação, procedendo-se a análise a respeito de sua segurança e eficácia, concluindo se o uso do medicamento traz mais benefícios que malefícios para a saúde do paciente (segurança), assim como se o medicamento utilizado traz efetivamente combate a doença a que se propõe tratar (eficácia).

Para aferir estas qualidades, o Ministério da Saúde e a Anvisa estabeleceram um procedimento padrão para o registro de novos medicamentos, que, em síntese, inclui dois momentos principais: *um que vai desde a solicitação do registro ate a sua concessão*, e outro que se inicia após a concessão do registro e perdura ate sua comercialização.

No primeiro momento, a Anvisa observa os atributos de eficácia, segurança e qualidade do produto para decidir sobre a concessão do registro. *Há aqui quatro fases principais, que vão desde estudos pré-clínicos ate a oportunidade em que Anvisa se manifesta pela aprovação ou não do registro.*

Também é necessário que a fábrica seja capaz de produzir em larga escala o medicamento que pretende registrar. *Assim, nenhum medicamento é liberado para fabricação sem a Certificação de Boas Práticas de Fabrico, os testes de avaliações farmacotécnicas, os estudos de estabilidade e o controle de qualidade.*

Depois dessa avaliação de eficácia, e elaborado um relatório que consolida o resultado dos ensaios clínicos e apresenta justificativas técnicas, analisando a doença em questão e considerando se o produto e relevante para a saúde publica, se há alternativa terapéutica equivalente eficaz e segura, se há comodidade posológica, se em razão do novo produto o tratamento terá maior adesão, os riscos potenciais e o risco-benefício para o requerente e se a metodologia e protocolo apresentados foram aceitáveis. Para tanto, a Anvisa analisa os resultados clínicos, os estudos trazidos pelas diferentes empresas interessadas no registro, bem como estudos realizados no contexto internacional.

A partir desse relatório, **analisando-se o desfecho clínico**, a Anvisa decide se concede ou não o registro (**Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA**. Revista do Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 96, nov./dez. 2014, págs. 147/148 – sem destaques no original).

A Lei n. 6.360/1976 estabelece que estão sujeitos às normas de vigilância sanitária *os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos* (art. 1º) e que *nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde* (art. 12).

Além disso, o art. 16 desta lei prevê os requisitos específicos que devem ser efetivamente atendidos para o registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dentre eles, *que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias* (inciso II).

A propósito, acerca destes requisitos, vem a calhar trecho do Parecer da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde n. 802/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP, que assim opinou:

Medicamentos seguros são aqueles cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superam os seus efeitos colaterais, isto é, o medicamento traz mais benefícios do que malefícios.

Medicamento eficaz é aquele que, em um ambiente ideal, comprova atuar sobre a enfermidade que se propõe tratar, isto é, o medicamento comprova, em ambiente de laboratório (ideal), que realmente atua sobre a doença.

Medicamento de qualidade é aquele que comprova obedecer as regras das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA, consistente em um conjunto de exigências necessárias à fabricação e controle de qualidade de produtos farmacêuticos a fim de que o resultado seja: a produção de lotes iguais de medicamentos; o controle de qualidade dos insumos; validação dos processos de fabricação; instalações e equipamentos adequados e treinamento de pessoal (sem destaques no original).

Vale aqui ressaltar que o mencionado Parecer n. 802/2012 adverte que a ausência de registro do medicamento pela ANVISA implica dizer que:

Não se sabe se o produto traz mais benefícios do que malefícios (segurança);

Não se sabe se o produto realmente atua sobre a doença para que é indicado (eficácia);

Não se sabe se o produto está sendo fabricado conforme a legislação sanitária brasileira, isto é, em lotes iguais; com qualidade de insumos; com processo de fabricação validado pela ANVISA (qualidade);

Não se pode rastrear os lotes de medicamentos para fins de controle sanitário (uma vez que não existe lote registrado na ANVISA), impossibilitando a atuação das autoridades sanitárias, na eventualidade de se precisar retirar o produto do mercado, para proteger a saúde da população; (poder de polícia - urgência)

Não se pode fiscalizar o estabelecimento de produção do laboratório para verificação o adimplemento das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA; (poder de polícia - regular)

CYNTHIA PEREIRA ARAÚJO, com fundamento na obra de KARINA ALVES RAMOS e ANÍSIA DA SOLEDADE DIAS FERREIRA, faz um alerta de que

[...] 'vale lembrar que o uso de um medicamento com pouca ou nenhuma evidência de eficácia e segurança e em dose não apropriada, pode expor o paciente a terapias não efetivas e a riscos desconhecidos de eventos adversos' (2012, p. 102). (**Judicialização da saúde: Saúde Pública e outras questões**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2016, pág. 172).

E ainda conclui no sentido de que *a necessidade de proteção da saúde pública parece não deixar dúvidas acerca da importância de se respeitar a existência de registro na ANVISA no contexto da judicialização da saúde* (*op. cit.*, pág. 172).

A propósito, conforme bem ressaltado pela ANVISA, em sua manifestação, ela,

[...] ao conceder o registro de um produto, faz a validação dos dados de qualidade, eficácia e segurança bem como realiza o monitoramento pós-comercialização (Farmacovigilância) do medicamento sendo a autoridade de referência para que todos os medicamentos tenham qualidade, segurança e eficácia garantida, contribuindo para o uso terapêuticamente correto dos medicamentos pelos profissionais de saúde e usuários. Ou seja, constitui-se em risco à saúde a utilização de medicamento sem o referido registro (e-STJ, fl. 767 – sem destaque no original).

Esse fenômeno foi devidamente analisado pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, mormente à época da Audiência Pública n. 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas as demandas judiciais que objetivaram o fornecimento de prestações de saúde, originando a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em que se sintetiza as conclusões daquela Corte a respeito desse tema

e na qual se recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que evitassem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, nos seguintes termos:

Considerando que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

Resolve:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

b.2) *evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei* (Fonte: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf – sem destaques no original);

O CNJ, consoante ressaltado pelo *Parquet*, em seu parecer, promoveu a I Jornada do Direito à Saúde, em que foram aprovados os seguintes enunciados:

Enunciado n. 6: A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

Enunciado n. 26: É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou na defesa da indispensabilidade do referido registro pela ANVISA, nos termos do voto condutor do acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, Relator o Ministro *Gilmar Mendes*, após colheita de elementos sobre o tema da saúde em audiência pública:

Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal n. 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos.

Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação (STA n. 175/CE AgR, Relator o Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/3/2010, DJe-076 divulg 29/4/2010, public 30/4/2010 – sem destaques no original).

Além do mais, a importação de medicamentos, sem prévio registro, constitui infração de natureza sanitária, nos termos dos arts. 10, IV, da Lei n. 6.437/77, e 12 e 66, ambos da Lei n. 6.360/76.

Logo, não é possível o Judiciário impor às operadoras de plano de saúde que realizem ato tipificado como infração de natureza sanitária, pois isso implicaria manifesta vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente (REsp n. 874.976/MT, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Quarta Turma, DJe 14/12/2009).

Nesse particular, esta Corte de Justiça tem reiteradamente declarado a validade da norma do art. 273 do Código Penal, a qual criminaliza a importação de medicamento, sem o devido registro na ANVISA:

Recurso especial. Posse, com intuito de venda, de significativa quantidade de medicamentos sem registro e com venda proibida pela Anvisa. Pramil e Cytotec. Absolvição na Corte *a quo*, calcada no entendimento de que o laudo pericial foi silente ao não constar a exigibilidade de registro dos medicamentos. Negativa

de vigência aos arts. 273, § 1º-B, I, do CP; art. 386, III, do CPP; arts. 1º e 4º, da Lei n. 5.991/1973; e arts. 1º e 12, da Lei n. 6.360/1976. Procedência. Exigibilidade que decorre da lei federal. Restabelecimento da condenação. Retorno dos autos ao Tribunal *a quo*.

1. *Consoante o disposto nos arts. 1º e 12, ambos da Lei n. 6.360/1976, só é admissível a venda de medicamento no território nacional, inclusive importado, após registro no órgão público competente.*

2. ***Se o registro figura como condição para a difusão de medicamento, nos termos da lei, afigura-se desnecessário que o laudo pericial ateste a sua exigibilidade, sendo suficiente - para fins de caracterização do crime tipificado no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal -, evidência de que o medicamento, objeto de difusão, não tem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.***

3. No caso, além da falta de registro, atestada em laudo pericial, há atos normativos, referenciados na sentença, que proíbem a comercialização dos medicamentos apreendidos, circunstância mais que suficiente para caracterizar o crime.

4. Recurso especial provido a fim de restabelecer a condenação do recorrido com relação ao crime tipificado no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para análise das demais questões suscitadas na apelação, que ficaram prejudicadas com o acolhimento da tese ora afastada.

(REsp 1.755.862/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe 8/10/2018 – sem destaque no original)

Cumpra salientar, como lembrado pelo Subprocurador-Geral da República, que a obrigatoriedade do registro é essencial à garantia à saúde pública, tendo em conta que tal medida é fundamental para atestar a segurança e a eficácia do medicamento, dever este que recai sobre o Estado.

Em resumo, por tudo do que foi aqui exposto, é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro pela ANVISA ou autorização dela.

Nessas condições, é possível concluir pela licitude da exclusão, pelas operadoras de planos de assistência à saúde – Saúde Suplementar –, de tratamento médico envolvendo medicamento importado, sem registro pela ANVISA, até mesmo porque as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) se aplicam apenas subsidiariamente aos contratos entre usuários e suas operadoras, conforme dicção do art. 35-G da Lei n. 9.656/1998, razão pela qual, nas hipóteses de aparente conflito de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, devem prevalecer as normas de controle sanitário, que visam ao bem comum.

A jurisprudência desta Corte possui orientação pacífica no sentido da legalidade da negativa de cobertura a medicamento importado, sem registro pela ANVISA.

Ilustrativamente, confirmam-se os seguintes julgados:

Agravo interno no recurso especial. Civil. Plano de saúde. Medicamento importado. Pembrolizumab. Câncer. Linfoma não hodgkin. Anvisa. Ausência de registro. Obrigatoriedade de custeio. Afastamento. Infração sanitária. Normas proibitivas do setor.

1. [...]

2. *Os procedimentos clínicos experimentais e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados (art. 10, I e V, da Lei n. 9.656/1998) estão excluídos das exigências mínimas de cobertura assistencial a ser oferecida pelas operadoras de plano de saúde. Incidência da Recomendação n. 31/2010 do CNJ e dos Enunciados n. 6 e 26 da I Jornada de Direito da Saúde.*

3. *Nos termos normativos da ANS, medicamento importado não nacionalizado é aquele produzido fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA.*

4. *A exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA também encontra fundamento nas normas de controle sanitário. A importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde, constitui infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei n. 6.360/1976 e 10, IV, da Lei n. 6.437/1977), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei. Precedentes.*

5. Na hipótese, não há falar em ressarcimento dos valores despendidos com a aquisição do medicamento Pembrolizumab, sem registro na ANVISA à época do ajuizamento da demanda.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.696.422/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/5/2018, DJe 1º/6/2018 – sem destaque no original)

Agravo interno. Recurso especial. Direito Civil. Plano de saúde. Medicamento importado. Ausência de registro na Anvisa. Não obrigatoriedade de custeio. Licença posterior. Doença coberta. Assistência farmacêutica devida. Reembolso. Limitação.

1. *É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicação importada não nacionalizada, ou seja, sem registro vigente na ANVISA (art. 10, I e V, da Lei n. 9.656/1998; Recomendação n. 31/2010 do CNJ e dos Enunciados n. 6 e 26 da I Jornada de Direito da Saúde). Após o ato registral, todavia, a operadora de plano de saúde não pode recusar o tratamento com o fármaco indicado pelo médico assistente. Precedentes.*

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.696.562/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 22/5/2018, DJe 1º/6/2018 – sem destaque no original)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação cominatória. Plano de saúde. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Omissão. Não ocorrência. 2. Violação de dispositivo constitucional. Impossibilidade de análise, sob pena de usurpação da competência do STF. 3. Fornecimento de medicamento importado. Ausência de previsão contratual. Negativa. Possibilidade. Inexistência do dever de custeio pela operadora de plano de saúde. Precedentes deste Tribunal Superior. Improcedência da ação. 4. Agravo improvido.

[...]

3. O acórdão recorrido decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, a qual assenta que “a prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetado pelos órgãos governamentais. Não obstante a possibilidade de pessoas físicas obterem autorização da Anvisa em caráter excepcional para importação de medicamento não registrado, desde que não seja expressamente proibido ou proscrito, não é possível impor ao plano de saúde o fornecimento desse tipo de fármaco, sob pena de prática de ato tipificado como infração de natureza sanitária, conforme art. 66 da Lei n. 6.360/1976” (AgInt no AREsp 988.070/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/3/2017, DJe 4/4/2017).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 990.591/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/5/2018, DJe 1º/6/2018 – sem destaque no original)

Agravo interno no recurso especial. Negativa de fornecimento de medicamento importado sem registro na Anvisa à época do ajuizamento da ação. Cláusula abusiva. Inexistência. Súmula 83/STJ. Agravo interno não provido.

1. A atual jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido da inexistência de dever legal da empresa de plano de saúde em proceder ao fornecimento de medicamento importado sem registro na Anvisa à época do ajuizamento da ação, sob pena de tal prática ser tipificada como infração de natureza sanitária, conforme o art. 66 da Lei 6.360/76.

2. Registra-se que o fornecimento pode ser negado até o momento em que o medicamento foi devidamente registrado na ANVISA.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.722.168/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador convocado do TRF 5ª Região, Quarta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018 – sem destaque no original)

*Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Ação ordinária. Plano de saúde. **Medicamento importado sem registro na Anvisa. Negativa de cobertura. Viabilidade.** Acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte Superior. Ausência de fundamentos que justifiquem a alteração da decisão recorrida. Agravo interno desprovido.*

(AgInt no AREsp 1.107.692/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27/2/2018, DJe 5/3/2018 – sem destaque no original)

Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Medicamento importado. Anvisa. Ausência de registro. Obrigatoriedade de custeio. Afastamento. Infração sanitária. Normas proibitivas do setor. CDC. Aplicação subsidiária. Licença posterior. Doença coberta. Tratamento imprescindível à recuperação do paciente. Assistência farmacêutica devida. Reembolso. Limitação. Súmula n. 5/STJ. Notas fiscais em nome de terceiros. Inovação em apelação. Falta de prequestionamento. Ressarcimento em moeda estrangeira. Não ocorrência. Conversão em real. Danos morais. Não configuração.

1. Ação ordinária que visa a cobertura de tratamento quimioterápico com medicamento (Avastin) não registrado, à época, na ANVISA, bem como o reembolso das despesas com a importação do fármaco e a compensação por danos morais.

2. Estão excluídos das exigências mínimas de cobertura assistencial a ser oferecida pelas operadoras de plano de saúde os procedimentos clínicos experimentais e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados (art. 10, I e V, da Lei n. 9.656/1998). Incidência da Recomendação n. 31/2010 do CNJ e dos Enunciados n. 6 e 26 da I Jornada de Direito da Saúde.

3. Nos termos de normativos da ANS, medicamento importado não nacionalizado é aquele produzido fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA. Por seu turno, o tratamento que emprega fármaco não registrado/não regularizado no país pode ser considerado de índole experimental.

4. A exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA também encontra fundamento nas normas de controle sanitário. De fato, a importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde constitui infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei n. 6.360/1976 e 10, IV, da Lei n. 6.437/1977), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei. Precedentes.

5. [...]

6. Na hipótese, a autora, portadora de câncer colorretal metastático, postula o ressarcimento dos valores despendidos desde 2004 com a aquisição do medicamento Avastin, que, como se extrai do site da ANVISA, teve seu registro concedido tão somente em 16/5/2005.

7. Após o ato registral, a operadora de plano de saúde não pode recusar o tratamento com o fármaco indicado pelo médico assistente. Com efeito, a exclusão da cobertura do produto farmacológico nacionalizado e indicado pelo médico assistente, de uso ambulatorial ou hospitalar e sem substituto eficaz, para o tratamento da enfermidade significa negar a própria essência do tratamento, desvirtuando a finalidade do contrato de assistência à saúde (arts. 35-F da Lei n. 9.656/1998 e 7º, parágrafo único, e 17 da RN n. 387/2015 da ANS). Precedentes.

[...]

14. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.632.752/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 29/8/2017 – sem destaques no original)

Direito Civil e do Consumidor. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Plano de saúde. Recusa à cobertura de tratamento quimioterápico. Medicamento importado sem registro na Anvisa. Fornecimento. Impossibilidade.

1. Ação ajuizada em 11/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/04/2017. Julgamento: CPC/2015.

2. *O propósito recursal é definir se a recorrente, operadora de plano de saúde, está obrigada a fornecer/custear a droga Revlimid (lenalidomida) - medicamento importado e sem registro na ANVISA - para tratamento oncológico da recorrida.*

3. *A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.*

4. *Além do contrato firmado entre as partes, a própria Lei 9.656/98, que regulamenta a prestação dos serviços de saúde, autoriza, expressamente, em seu art. 10, V, a possibilidade de exclusão do “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”.*

5. *A manutenção da higidez do setor de suplementação privada de assistência à saúde, do qual a recorrente faz parte, depende do equilíbrio econômico financeiro decorrente da flexibilização das coberturas assistenciais oferecidas que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde.*

6. *Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/76.*

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1.663.141/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/8/2017, DJe 8/8/2017 – sem destaques no original)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Súmula 126/STJ. Não aplicação. Plano de saúde. Fornecimento de medicamento. Importação de medicamento não registrado pela Anvisa. Impossibilidade. Agravo interno não provido.

1. “O aresto que se funda num único fundamento utilizando-se de disposições constitucionais e infraconstitucionais não se adequa ao aresto que tem fundamentos distintos de ambas as índoles a exigir, como requisito de admissibilidade, a interposição simultânea de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, conjurando a aplicação da Súmula n. 126, do STJ”. (REsp 931.060/RJ, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 19/03/2010).

2. A prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. *Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetado pelos órgãos governamentais.*

3. *Não obstante a possibilidade de pessoas físicas obterem autorização da Anvisa em caráter excepcional para importação de medicamento não registrado, desde que não seja expressamente proibido ou proscrito, não é possível impor ao plano de saúde o fornecimento desse tipo de fármaco, sob pena de prática de ato tipificado como infração de natureza sanitária, conforme art. 66 da Lei n. 6.360/1976. Precedentes desta Corte.*

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 988.070/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/3/2017, DJe 4/4/2017 – sem destaques no original)

Nesse panorama, esta eg. Corte de Justiça, por meio de sua *Primeira Seção*, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.657.156/RJ, já teve a oportunidade de se manifestar acerca da ***obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS***.

Naquele julgamento, finalizado aos 25/4/2018, ficou definida a seguinte tese: *Constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos fixados neste julgado*, a saber:

I - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

- II - Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- III - *Existência de registro na ANVISA do medicamento* (sem destaque no original).

A ementa do referido precedente está assim sumariada:

Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. Tese para fins do art. 1.036 do CPC/2015: *A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.*

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

(REsp 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/4/2018, DJe 4/5/2018 – sem destaques no original)

A conclusão a que chegou a Primeira Seção, ao meu sentir, privilegia os valores da dignidade da pessoa, da proteção à saúde e da defesa do consumidor,

e, ao mesmo tempo, respeita o princípio da segurança sanitária, pois garante aos pacientes o acesso aos recursos capazes de manter-lhe a integridade.

Ou seja, mesmo para os casos de saúde pública, o registro pela ANVISA é essencial.

Outras importantes questões.

(i) Manifestação da DPU

A DPU, em sua manifestação, sustentou que o Poder Judiciário deveria compelir as operadoras de planos de saúde ao custeio de medicamentos não registrados pela ANVISA, nas hipóteses abaixo referidas:

[...] (a) ausência de decisão expressa da Anvisa desfavorável à aprovação do medicamento ou procedimento; (b) caso exista pedido de registro, mora irrazoável da Anvisa em apreciá-lo; (c) existência de registro em renomadas agências de regulação no exterior; (d) ausência de informação explícita, tanto na publicidade quanto na contratação, sobre a não-cobertura de procedimentos médicos e medicamentos não-nacionalizados; e, (e) propositura da demanda necessariamente também em face da Anvisa.

Nesse contexto, conforme sustentado acima, a premissa de que é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro ou autorização pela ANVISA, exclui, por consectário lógico, os itens (a) e (c).

Por sua vez, a sugestão prevista nos itens (b) e (e), ou seja, para o caso de existir mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro de novo medicamento, merece as seguintes ponderações.

De saída, não há como acolher tal recomendação tendo em conta que, apesar do disposto no art. 12, § 3º, da Lei n. 6.360/76 (*Ressalvado o disposto nos arts. 17-A, 21 e 24-A, o registro será concedido no prazo máximo de noventa dias, a contar da data de protocolo do requerimento, salvo nos casos de inobservância, por parte do requerente, a esta Lei ou a seus regulamentos*), a ocorrência de atrasos da ANVISA na concessão do registro pode encontrar justificativa na complexidade do procedimento de aprovação padrão, que envolve estudos pré-clínicos, em que serão observadas a eficácia, a segurança e a qualidade do produto, até a oportunidade em que a aludida agência se manifestará pela aprovação ou não do registro.

Daí por que não há como o Poder Judiciário, a pretexto de ver a mora da ANVISA, atropelar todo o sistema criado para dar segurança sanitária aos usuários de medicamentos, sob pena de causar mais malefícios que benefícios.

Em suma: não pode o Judiciário criar norma sancionadora para a hipótese, onde o legislador não a previu.

Ressalte-se que a justa expectativa de doentes antevedendo a possibilidade da aprovação do registro do fármaco, não implica a sua automática viabilidade de consumo.

Saliente-se que isso não impede, contudo, a configuração de uma possível responsabilidade civil, por omissão, da agência reguladora, a ser aferida mediante a proposição de uma demanda própria, para fins de reconhecimento de ato ilícito, por eventual abuso de poder.

Nesta ação, infelizmente, não há tal possibilidade jurídica.

Por fim, no que se refere ao item *(d)*, a obrigação da operadora de plano de saúde em custear medicamentos já está bem definida pela jurisprudência pátria e desta Corte, merecendo, no entanto, análise casuística, o que impede a definição de tese nesta via recursal.

(ii) Da sugestão de simplificação da tese

Na sessão de julgamento realizada nesta data, qual seja, 8/11/2018, os integrantes da eg. Segunda Seção sugeriram a simplificação da tese, no sentido de se solidificar a importância e imprescindibilidade do registro do fármaco pela ANVISA, razão pela qual deveria ser retirado o termo “importado”, isso porque, ao fim e ao cabo, a segurança sanitária exige de todo e qualquer fármaco nacionalizado, ou não, o seu efetivo registro.

Assim, em atenção aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, adiro a essa louvável recomendação.

Nessas condições, proponho a consolidação da seguinte tese:

As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

Uma vez fixada a tese, passo a análise do caso concreto.

Nas razões do apelo nobre, a *Amil* alegou violação dos arts. *(1)* 535 do CPC/73, sustentando a omissão no acórdão objurgado em relação a expressa exclusão da obrigação dos planos de saúde de arcarem com os custos de medicamentos importados, e não nacionalizados; *(2)* 10 ,V, da Lei n. 9.656/98; 12 e 66, ambos da Lei n. 6.360/76; e, 10, V, da Lei n. 6.437/76, asseverando

que os medicamentos requeridos são importados, e não possuem registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não tendo a prestadora de plano de saúde obrigatoriedade de fornecê-los, inclusive, porque poderia incorrer em sanções penais; e, (3) 51, IV, e 54, §§ 3º e 4º, ambos do CDC, pois a cláusula que estabelece a exclusão de cobertura ao custeio de medicamento importado, e não nacionalizado, sem dúvida é uma estipulação que implica limitação de benefício, não se configurando, por si só, nenhuma abusividade (e-STJ, fls. 275/287).

(1) *Da omissão*

De acordo com a jurisprudência do STJ, a contradição ou obscuridade remediáveis por embargos de declaração são aquelas internas ao julgado, devido à *desarmonia entre a fundamentação e as conclusões da própria decisão*. Já a omissão que enseja a apresentação de embargos declaratórios, consiste na *falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito* apresentado pelas partes.

No presente caso, contudo, não se vislumbra nenhuma dessas situações, tendo sido o tema referente à *ausência de registro do fármaco pela ANVISA* devidamente analisado.

A propósito, veja-se o seguinte excerto do acórdão recorrido:

Relativamente à *alegada omissão quanto ao exame dos artigos 10, inciso V, da Lei n. 9.656/98, cumpre anotar que, às fls. 241 do ven. acórdão embargado, em interpretação conforme a Constituição da República, reconheceu-se que o rol da ANVISA, elaborado por exigência de tal dispositivo, serve "(a) como um padrão mínimo de atendimento na proteção dos interesses do usuário dos serviços prestados e (b) como uma descrição de natureza enunciativa no tempo e espaço, incapaz, pois, de gerar qualquer tipo de restrição válida juridicamente"*.

E, nesse cenário de conformidade entre *decisum* e lei, declarada a necessidade de fornecimento dos remédios em tela por ser indispensável ao tratamento da embargada, despiciendo o recurso à cláusula de reserva de Plenário.

Nem mesmo haveria de falar-se em sancionamento administrativo da embargada (visto que, ao fornecer os medicamentos, estará a cumprir decisão judicial); muito menos, em aplicação de sanção penal, por se tratar de pessoa jurídica (que é infensa a essa espécie de reprimenda, excetuadas as hipóteses previstas na Lei n. 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais a qual, à evidência, não se aplica ao caso em tela).

Evidencia-se, destarte, que a pretensão deduzida nesta via, em verdade, é rediscutir a controvérsia, o que atribuiria ao presente recurso indevido caráter infringente (e-STJ, fls. 270/271 – sem destaques no original).

Dessarte, na hipótese dos autos, embora rejeitado o recurso integrativo interposto, a matéria em exame foi enfrentada pela Corte local de modo fundamentado e coerente, não se evidenciando o alegado vício. Houve, na realidade, julgamento contrário à pretensão da *Amil*, sem que se lhe possa atribuir, contudo, a pecha de omissão.

Como consectário, afasta-se a existência do vício referido no arrazoado especial.

(2) Da cobertura securitária ao tratamento médico prescrito sobre medicamento não registrado na ANVISA

No caso, cinge-se a controvérsia de mérito sobre a validade da negativa da operadora do plano de saúde para cobertura de despesas relativas a tratamento médico mediante o uso de medicamento importado, e não registrado na ANVISA – “Gemcitabina” e “Nab-Paclitaxel” (*Abraxane*) –.

A Corte de piso, ao condenar a AMIL a dar cobertura ao tratamento indicado por especialista, consignou:

A ré nega assistência à autora sob o fundamento de que o contrato exclui a cobertura do medicamento “Nab-Paclitaxel” (Abraxane), por ser importado e não registrado na ANVISA (de modo que seu fornecimento implicaria infração administrativa).

No que tange à relação estabelecida entre as partes, é correto asseverar que o contrato firmado tem por objeto a cobertura de custos e despesas correspondentes à assistência médica da demandante.

Observe-se que a conduta da ré, ao negar o custeio do tratamento e, em especial, de remédios prescritos pelo médico de confiança da autora junto a estabelecimento integrante de sua lista de credenciados, importa flagrante violação ao direito fundamental à saúde, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Portanto, é considerada abusiva tal recusa, como bem asseverou o d. magistrado de Primeiro Grau em seu pronunciamento.

De outro flanco, a contratação do seguro-saúde visa, primordialmente, à sanidade da requerente, de sorte que, indicados os remédios para melhor atendimento do problema havido, afloram abusivas as restrições opostas, embasadas em cláusulas que colocam em risco o objeto do contrato, ou seja, a preservação da saúde, conforme preceitua o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa Consumidor.

Além disso, a relação jurídica estabelecida entre as partes se enquadra nos ditames do Código de Defesa do Consumidor e foi posta em contrato de adesão.

[...]

Do exame dos autos, infere-se que o ajuste se apresenta como um típico “contrato padrão”, cujas cláusulas, pré-estipuladas pela ré Amil, não relegaram ao demandante, ao que parece, qualquer oportunidade de discussão. Assim, aplica-se, à espécie, a regra da hermenêutica segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante (ora beneficiário dos serviços), que aderiu às cláusulas constantes do contrato-padrão, impresso em papel timbrado da contratada (prestadora dos serviços), por ela estabelecidas.

Demais, o artigo 51 do CDC, expressamente, dispõe que: “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. E, exageradas, presumivelmente, em face da lei, as cláusulas contratuais que estabeleçam vantagem que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual” (§ 1º, inciso II).

Vai daí que a restrição estabelecida pela ré configura típica situação de abuso do direito de contratar, tornando letra morta o princípio da autonomia da vontade em face da inegável situação de prevalência da parte contratada ante as deficiências das instituições de saúde pública [...]

Bem por isso é que as recusa da ré constitui prática abusiva em detrimento da defesa e do respeito ao consumidor.

No caso em foco, de nenhuma relevância que a disposição contratual possa estar amparada em posicionamento da ANVISA ou ANS, eis que a evolução da ciência médica está além de procedimentos puramente burocráticos, de modo que a relação das mencionadas Agências só pode ser lida sob dois aspectos: (a) como um padrão mínimo de atendimento na proteção dos interesses do usuário dos serviços prestados e (b) como uma descrição de natureza enunciativa no tempo e espaço, incapaz, pois, de gerar qualquer tipo de restrição válida juridicamente.

Neste sentido precisa a lição do eminente Desembargador Francisco Eduardo Loureiro de que: “É rigorosamente irrelevante que a ANS não tenha ainda catalogado o medicamento ou o tratamento ministrado ao paciente pelo médico que o assiste. Entre a aceitação da comunidade científica e os demorados trâmites administrativos de classificação, não pode o paciente permanecer a descoberto, colocando em risco bens existenciais. Evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados pela comunidade médica com base científica” (“Planos e Seguros de Saúde” in “Responsabilidade Civil na Área de Saúde”, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, Ed. Saraiva, Série GVLaw, 2007, p. 308).

Calha também realçar que esta Corte já fincou entendimento definitivo sobre o tema, consoante se pode constatar pela leitura das seguintes Súmulas:

Súmula n. 95: "Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico".

Súmula n. 102: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

Nesse contexto, se a requerente teve de adiantar valores inerentes aos medicamentos para suprir a ilícita negativa por parte da requerida, devido, à evidência, o ressarcimento dessas despesas, com correção monetária, segundo os índices da Tabela Prática desta Corte, desde cada desembolso, e com juros moratórios mensais, na base legal, a partir da citação (artigos 405 e 406, CC) [e-STJ, fls. 235/242 - sem destaques no original].

Pois bem!

Conforme a fundamentação acima destacada, a operadora de plano de saúde está, em princípio, obrigada ao fornecimento de tratamento médico a que se comprometeu por contrato, razão pela qual deve fornecer os medicamentos prescritos pelo médico assistente, necessários à recuperação da saúde do beneficiário.

Verifica-se que o acórdão recorrido está fundamentado nas normas do Código de Defesa do Consumidor para concluir pela abusividade das cláusulas que limitam o custeio de fármacos.

Ocorre, porém, consoante bem ressaltado pelo *Parquet*, que, *pela dicção do art. 35-G da Lei 9.656/98, as disposições do CDC têm aplicação apenas subsidiária aos contratos entre usuários e operadoras de plano de saúde, razão porque necessário utilizar precipuamente as normas de controle sanitário para a resolução da controvérsia, as quais, como já salientado, proíbem, por óbvio, o fornecimento de medicamentos não registrados (pela ANVISA).*

Além disso, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais, porque o Judiciário não pode impor que a operadora do plano de saúde realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, prevista no art. 66 da Lei n. 6.360/76, e criminal também, prevista na norma do art. 273 do CP.

Também por essas razões, a recusa de cobertura contratual pela *Amil* não tem o condão de gerar o dever de indenizar, especialmente porque esta negativa era flagrantemente lícita, razão pela qual não há que se falar na ocorrência de dano moral indenizável.

No caso dos autos, verifica-se que a tutela antecipada foi deferida aos 19/6/2015 (e-STJ, fl. 48). Todavia, em consulta ao sítio da ANVISA na *internet*, contatei que o fármaco em questão (*Abraxane* – paclitaxel ligado à albumina) foi registrado na agência reguladora sob o n. 196140001, aos 10/4/2017, com vencimento para 4/2022 (<https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/25351768216201510/?substancia=7262>).

Assim, o registro e a legalidade da nacionalização do medicamento ocorreu após a antecipação de tutela, e também depois da própria interposição do recurso especial aos 29/2/2016 (e-STJ, fl. 276).

Nesse contexto, devem ser modulados os efeitos do presente acórdão para reconhecer o dever de cobertura a partir do efetivo registro do medicamento *Abraxane* pela ANVISA, limitando-se o direito de reembolso aos valores despendidos tão somente após 10/4/2017.

Dessa forma, ***dou parcial provimento*** ao recurso especial manejado pela *Amil*, para obrigá-la a fornecer o medicamento em destaque (*Abraxane*), tão somente após o seu efetivo registro pela Anvisa, qual seja, 10/4/2017, excluindo-se a condenação por dano moral.

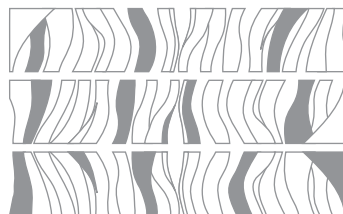
Em razão da sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do NCPC. Deverá ser observado, se for o caso, o benefício da gratuidade da justiça, nos termos do art. 98, § 3º, do NCPC.

Nessas condições, nos termos do art. 1.040 do NCPC, pelo meu voto, proponho consolidar a seguinte tese:

As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

No caso concreto, voto pelo ***parcial provimento*** do recurso especial manejado pela *Amil*, nos termos acima explicitados.

É como voto.



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.501.640-SP (2014/0192308-6)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: AVG Siderúrgia Ltda
Recorrente: Bernardo Andrade Valadares Gontijo
Recorrente: Rodrigo Andrade Valadares Gontijo
Advogados: Adriana Cury Marduy Severini - SP106253
 Cezar Degraf Matheus - PR012154
Recorrido: Banco Santos S/A - Massa Falida
Advogado: Paulo Guilherme de Mendonça Lopes e outro(s) - SP098709
Recorrido: Profix Fundo de Investimento Multimercado
Advogados: Renato Napolitano Neto - SP155967
 Flavia Porto Gomes Gubert - SP234394
 Eric Bayer e outro(s) - SP250616
 Eduardo Borges Leal da Silva - SP256890
Recorrido: Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro
Advogado: Ricardo Zamariola Junior - SP224324
Advogados: Tatiana Flores Gaspar Serafim - SP246400
 Luciano de Souza Godoy - SP258957
Recorrido: Sanvest Participações S/A - Massa Falida
Advogados: Nelson Garey - SP044456
 Maria Cristina Bontorin e outro(s) - SP117003

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Cédulas de crédito bancário. Celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada ao Banco Santos. Ação desconstitutiva precedida de medida cautelar e julgada simultaneamente com embargos do devedor. *Recurso manejado sob a égide do CPC/73. 1. Prevenção por conexão. Súmula n. 235 do STJ. 2. Violação do art. 535 do CPC/73. Omissão e contradição inexistentes. Reforma do julgado. Impossibilidade. 3. Cerceamento de defesa. Revisão de matéria fático-probatória.*

Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. 4. Ofensa a coisa julgada. Não ocorrência. 5. Erro e dolo não caracterizados. 6. Simulação. Negócio jurídico nulo. A simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra. 7. Simulação relativa. 8. Inoponibilidade das exceções pessoais a endossatários de boa-fé. Não-aplicação. 9. Massa falida não pode ser considerada terceira quanto aos negócios celebrados pela sociedade falida. 10. Recurso especial provido.

1. A prevenção por conexão tem por finalidade evitar o proferimento de decisões conflitantes, donde resulta que *a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado* (Súmula n. 235, do STJ).

2. Não há violação ao art. 535 do CPC/73 se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, ainda que em sentido contrário a pretensão da recorrente.

3. O julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa quando o juízo embasa sua convicção em prova suficiente para fundamentar as deduções expostas na sua decisão. Rever a conclusão do Tribunal de origem exigiria inevitável revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite em recurso especial, à luz da Súmula n. 7 do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que para a configuração da coisa julgada deve haver tríplice identidade entre as ações, ou seja, partes, causa de pedir e pedido devem ser os mesmos. Precedentes. Na hipótese, a cédula de crédito bancário declarada inexigível por decisão com trânsito em julgado não foi objeto da execução que originou o presente recurso especial.

5. O Tribunal de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o negócio jurídico celebrado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento (erro ou dolo). Os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresarias das recorrentes, e sim camuflar a prática de negócio diverso, dissimulado por parte da instituição financeira.

6. Com o advento do CC/02 ficou superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. O art. 167 do CC/02 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. *Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra* (Enunciado n. 294/CJF da IV Jornada de Direito Civil). Precedentes e Doutrina.

7. O negócio jurídico simulado é nulo e conseqüentemente ineficaz, ressalvado o que nele se dissimulou (art. 167, 2ª parte, do CC/02).

8. O endosso do título transmitiu o vício que o inquinava, inclusive a possibilidade de declarar nulo o negócio simulado. No caso, não se cogita da vedação de opor exceções pessoais relativas ao emitente do título e ao endossante, mas, ao contrário, de vício na emissão do título, que o acompanha desde o nascedouro e não se convola com endossos sucessivos.

9. A inoponibilidade das exceções pessoais também não se aplica a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, uma vez que ela apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada.

10. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Dr(a). Cezar Degraf Matheus, pela parte recorrente: Rodrigo Andrade Valadares Gontijo.

Dr(a). Fabiano Carvalho, pela parte recorrida: Profix Fundo de Investimento Multimercado.

Dr(a). Ricardo Zamariola Junior, pela parte recorrida: Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

*Republicação por erro material.

DJe 7.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: O presente recurso especial teve origem na ação ajuizada por *AVG Siderurgia Ltda.*, *Bernardo Andrade Valadares Gontijo* e *Rodrigo Andrade Valadares Gontijo* (AVG e outros) contra a *Massa Falida do Banco Santos S.A.*, *Sanvest Participações S.A.*, *Profix Fundo de Investimento Multi Mercado* e de *Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro* (Banco Santos e outros), pretendendo a determinação de ineficácia dos negócios jurídicos celebrados entre eles, consubstanciados no empréstimo constituído por cinco cédulas de crédito bancário (CCB), emitidas no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada e na aquisição da debênture da empresa *Sanvest Participações S.A.* pelo valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões novecentos e trinta e cinco mil reais). Subsidiariamente, pleitearam o cumprimento da obrigação de receber a debênture pelo valor da emissão, corrigido pelos mesmos índices pactuados para o empréstimo, abatendo o referido valor do saldo devido.

A sentença julgou improcedentes os pedidos formulados por AVG e outros na ação principal e na medida cautelar preparatória. Em julgamento simultâneo foram rejeitados os embargos do devedor opostos à execução de título extrajudicial, com amparo em quatro cédulas de crédito bancário, ajuizada por *Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro*.

A improcedência dos pedidos e a rejeição dos embargos do devedor foram mantidos pela 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, em acórdão assim ementado:

Contrato. Cédula de crédito bancário. Ação declaratória de ineficácia, precedida de medida cautelar e julgada simultaneamente com embargos do

devedor. Execução de 'título extrajudicial promovida por endossatária. 'Pretensão dos' autores fundada em "operação casada". Cédulas simultâneas à aplicação em debênture de emissão de empresa ligada ao banco creditor, formal ou informalmente. Vício de consentimento não caracterizado, por erro, coação ou omissão dolosa do banco creditor. Cerceamento de provas afastado. Código de Defesa do Consumidor inaplicável. Crédito destinado ao giro comercial da creditada. Constitucionalidade presumida da Lei sobre Cédula de Crédito Bancário (Lei n. 10.931/04). Honorários advocatícios arbitrados em valor razoável. Recurso desprovido, por maioria.

Embargos do devedor. Súmula n. 14 do Tribunal de Justiça. Cédula de crédito bancário que é título executivo extrajudicial. Alegação de excesso de execução afastada. Comissão de permanência não cobrada. Taxa de juros livre. Precedente para recursos repetitivos do Col. STJ. Contratos posteriores à Medida Provisória sobre capitalização. Multa de 10% admissível e juros de mora de 1% ao mês. Recurso desprovido, por maioria. (e-STJ, fl. 5.016)

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração que foram rejeitados, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Embargos de declaração. Alegação de omissões e contradições no acórdão. Vícios não configurados. Sugestão descabida de que o acórdão está avalizando um "golpe estruturado", inviabiliza uma sociedade empresária, ignora documentos e arrisca "prevaricação". Voto condutor do acórdão, não unânime, explícito no enfrentamento de todas as questões e claro na fundamentação sobre simulação, ininvocável por aqueles que dela participaram. Violação à coisa julgada também inexistente, se há julgado de outra Câmara que desconstituiu uma das cédulas de crédito bancário ao exame de embargos do devedor. Prevenção da Câmara para ação declaratória, sobre a higidez formal das cédulas, em virtude de agravo de instrumento precedente. Equidistância no exame da prova documental. Prova testemunhal prescindível. Cédulas regidas pela Lei n. 10.931/04 e transmitidas por endosso, com direito dos endossatários a todos os encargos pactuados. Embargos de declaração rejeitados. (e-STJ, fl. 5.101)

Contra este acórdão foi interposto o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, sob a alegação de que foram violados os seguintes dispositivos legais (1) arts. 103 e 106 do CPC/73, diante da prevenção da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo para julgar todas as demandas que tratem do mesmo contrato firmado com o *Banco Santos* e das mesmas cédulas de crédito bancário, devendo ser anulados todos os atos decisórios praticados desde a interposição da apelação; (2) art. 535 do CPC/73, porque não foram sanadas as contradições e omissões apontadas nos aclaratórios; (3) arts. 330, 331, § 2º e 332 do CPC/73, uma

vez que houve cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova oral e pericial que foi requerida; (4) arts. 267, V e 467 do CPC/73, por ofensa a coisa julgada, uma vez que a cédula de crédito bancário transmitida à *Prefix* foi desconstituída pela 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, devendo ser dada a mesma solução a todas as demais cédulas porque todas elas derivam da mesma relação jurídica e, além disso, foi reconhecida a existência de grupo econômico formado pelos requeridos *Banco Santos*, *Prefix* e *Santos Credit*; (5) arts. 138, 139, I, 145, 147 e 148 do CC/02 em razão do induzimento em erro mediante omissão dolosa de informação sobre a situação patrimonial do *Banco Santos*, acarretando vício de consentimento; (6) arts. 167 e 168 do CC/02, uma vez que o negócio entabulado pelas partes está eivado do vício da simulação, devendo ser reconhecida a nulidade do contrato e das cédulas de crédito bancário; (7) art. 586 do CC, diante da inexistência do mútuo por falta da entrega do dinheiro, elemento essencial do contrato; (8) arts. 566, I e 618, I, do CPC/73 e do art. 7º da Lei Complementar n. 95/98, em virtude da nulidade da execução fundada em cédula de crédito bancário; (9) art. 916 do CC/02, em razão da possibilidade de opor ao *Santos Credit* as exceções pessoais que deduziram; (10) art. 884 do CC/02, porque o não acolhimento do pedido subsidiário formulado na inicial para que fosse reconhecido o direito de entregar a debênture da *Sanvest* aos cessionários das cédulas de crédito resulta no enriquecimento sem causa do *Santos Credit*; (11) arts. 3º, 6º, III e IV e 39, I, do CPC, diante da aplicabilidade do diploma consumerista ao caso; (12) arts. 1º e 15 do Decreto n. 22.626/33, 395 do CC/02, 219 do CPC/73 e 52, § 1º, do CDC, devendo ser reconhecido o excesso de execução; e, (13) art. 20, § 4º do CPC/73, diante da fixação de valor excessivo a título de honorários advocatícios.

A *Sanvest Participações* não apresentou contrarrazões (e-STJ fl. 5.465).

Os recorridos *Banco Santos*, *Santos Credit Yield* e *Prefix* apresentaram contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fls. 5.238-5.298, 5.338 e fls. 5.365 e 5.388-5.421, respectivamente).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou seguimento ao recurso especial da *AVG* e outros, o que motivou a interposição de agravo em recurso especial que foram distribuídos ao Exmo. Sr. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* aos 24/8/2014 (e-STJ, fl. 5.790).

Aos 10/11/2014, S. Exa. deu provimento ao agravo e determinou a sua reatuação como recurso especial (e-STJ, fls. 5.791/5.792).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo desprovimento do especial aos 5/9/2015 (e-STJ, fls. 5.814/5.839).

Às fls. e-STJ n. 5.940/5.941, o Exmo. Sr. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Relator, assim despachou aos 18/4/2018:

Cuida-se de recurso especial interposto por *AVG Siderurgia Ltda.* e *Outros* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo que, por maioria de votos dos integrantes de sua Décima Segunda Câmara Cível, manteve hígida sentença una por meio da qual o juízo de primeiro grau julgou improcedentes, a um só tempo, as ações declaratória (n. 000.05.056163-6) e cautelar (n. 000.05.039182-8) propostas pelos recorrentes em desfavor da *Massa Falida do Banco Santos S.A.* bem como os embargos de devedor por eles opostos à execução de título executivo extrajudicial promovida por *Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro*.

Às fls. 640 (e-STJ) consta cópia de decisão da lavra da Ministra Nancy Andrighi, na condição de relatora, negando provimento a agravo de instrumento (art. 544 do CPC/2015 - AG n. 950.793/SP) interposto pelos próprios ora recorrentes - *AVG Siderúrgica Ltda.* e *Outros* - contra decisão denegatória do seguimento de recurso especial por eles intentado nos autos da referida ação cautelar (n. 000.05.039182-8).

Diante desse cenário e tendo em vista o que dispõe o art. 71 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, consulte-se a e. Ministra Nancy Andrighi acerca da existência, no caso, de eventual prevenção resultante do julgamento do AG n. 950.793/SP.

Por seu turno, a Exma. Sra. Ministra *Nancy Andrighi* despachou desta forma às fls. e-STJ, n. 5.943/5.944:

Consulta-me o Exmo. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva acerca da eventual prevenção para o presente processo (fls. 5.940/5.941, e-STJ).

Tendo em vista, contudo, que o AG 950.793/SP foi julgado anteriormente à minha posse no CNJ, ocasião na qual fui sucedida pelo Exmo. Min. Moura Ribeiro, não aceito a consultada prevenção.

Assim, consulto Sua Excelência, o i. Min. Moura Ribeiro, acerca de eventual prevenção, nos termos do art. 71 do RISTJ.

Considerando que estes autos, ainda como *Agravo em Recurso Especial* n. 561.297, foram distribuídos ao Ministro *Villas Bôas Cueva* aos 20/8/2014 (e-STJ, fl. 5.790) - quando este signatário ainda não integrava a Terceira Turma

do Superior Tribunal de Justiça, o que somente veio a ocorrer aos 2/9/2014 - e que S. Exa. proferiu decisão aos 10/11/2014, provendo o agravo e determinando sua reatuação como recurso especial, foi determinada a manifestação da Secretaria Judiciária acerca da prevenção para o processamento e julgamento deste recurso especial.

Aos autos veio, então, manifestação firmada pelo Secretário Judiciário do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor:

Exmo. Sr. Ministro Moura Ribeiro,

Em cumprimento ao determinado no r. despacho de fls. 5.946/5947, peço vênua para informar o que segue:

1. Que os presentes autos são conexos aos do AG 950.793/SP (2007/0211674-5), distribuído automaticamente em 26/10/2007 à Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi no âmbito da Terceira Turma e baixado ao Tribunal de origem em 31.03.2008;

2. Que houve equívoco na distribuição livre do presente feito em 20.08.2014 ao Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (fl. 5790), eis que deveria ter sido distribuído por prevenção de processo, em atendimento ao Art. 71, 'caput' do RISTJ, pois, conforme se extrai das informações lançadas no Sistema Integrado de Atividade Judiciária - SIAJ, a Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi deixou de compor a Terceira Turma para assumir o cargo de Corregedora Nacional de Justiça somente em 26.08.2014, portanto em data posterior à aludida distribuição.

Baseado nessas informações, é de se concluir pela indevida não observância da prevenção da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi e, por conseguinte, que o presente feito deveria integrar o acervo atribuído da referida Ministra a Vossa Excelência a partir de 2.09.2014.

É o que se submete à elevada consideração de Vossa Excelência.

Brasília, 02 de maio de 2018.

Rubens Cesar Gonçalves Rios, Secretário Judiciário

(e-STJ, fl. 5.949 - sem destaque no original).

Nessas condições, aceitei a prevenção e determinei a redistribuição do feito (e-STJ, fls. 5.951/5.953).

AVG e outros apresentaram petição protocolada sob o n. 0010799, pleiteando o deferimento de efeito suspensivo ao recurso especial, em face de inadequado bloqueio das contas bancárias dos executados (e-STJ, fls. 5.867/5.938).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 6.005/6.012), o que ensejou a interposição de agravo interno por AVG e outros (e-STJ, fls. 6.022/6.030).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que o presente recurso foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado n. 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (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 constou do relatório, AVG e outros firmaram contrato de mútuo com o *Banco Santos* no valor total de R\$ 5.000,00 (cinco milhões de reais), representado por cinco cédulas de crédito bancário no valor de 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada. Segundo eles, como condição para obter o empréstimo o *Banco Santos* exigiu a aquisição simultânea de uma debênture emitida por uma empresa dele coligada, a *Sanvest Participações*, pelo valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões novecentos e trinta e cinco mil reais), para que, na data do vencimento do mútuo recebesse ele, banco, a debênture em pagamento de parte do mútuo.

Ocorre que, instado a receber a debênture como forma de pagamento do empréstimo, o *Banco Santos* teria se recusado ao pagamento.

Daí o manejo da ação por AVG e outros pretendendo a ineficácia dos negócios jurídicos celebrados ou, subsidiariamente, a condenação do *Banco Santos* a receber a debênture como forma de pagamento.

Antes do ajuizamento da ação desconstitutiva, AVG e outros promoveram ação cautelar para sustar os efeitos das cédulas de crédito bancário.

Por seu turno, *Santos Credit Yield* ajuizou execução fundada em quatro cédulas de crédito bancário.

As ações foram julgadas em conjunto, entendendo a sentença pela improcedência da ação principal, da cautelar e dos embargos à execução.

A sentença foi mantida pelo Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso de apelação da AVG e outros. Seguiu-se a oposição de embargos de declaração que foram rejeitados.

É contra essa decisão que se volta o presente recurso especial, que merece ser acolhido em parte para se reconhecer o vício da simulação relativa.

(1) Da prevenção da 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP (arts. 103 e 106 do CPC/73)

AVG e outros sustentam a violação dos arts. 103 e 106 do CPC/73 diante da prevenção da 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP para julgar todas as demandas que tratem do mesmo contrato firmado com o *Banco Santos* e das mesmas cédulas de crédito bancário.

Segundo eles, a prevenção decorre do julgamento do Agravo de Instrumento n. 7.034.706-9 pela 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, aos 14/12/2005, extinguindo a execução ajuizada pela *Profix Fundo de Investimento Multimercado* relativa a cédula de crédito bancário n. 148651-001, motivo pelo qual teria se tornado preventa para o julgamento desta demanda, uma vez que aquela cédula decorreu do mesmo negócio jurídico discutido nestes autos.

Para a análise da alegada prevenção por conexão, anote-se que foram julgadas em conjunto pela 12ª Câmara de Direito Privado do TJSP as seguintes ações, que originaram o presente recurso especial:

(a) Ação de execução das cédulas de crédito n. 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005, ajuizada por *Santos Credit Yield*;

(b) Medida cautelar manejada por AVG e outros, objetivando a suspensão da eficácia executiva daquelas quatro cédulas de crédito (148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005);

(c) Embargos do devedor opostos por AVG e outros, manejados em razão das mesmas quatro cédulas; e,

(d) Ação ajuizada por AVG e outros, objetivando a desconstituição do negócio jurídico que deu causa às cinco cédulas de crédito, com a consequente ineficácia de todos os títulos (148695-001, 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005).

O Tribunal de origem não acolheu a prevenção sob o fundamento de que a *Profix*, endossatária da cédula de crédito bancário n. 148695-001, não integrava a relação processual submetida a julgamento:

A prevenção estaria estabelecida diante do julgamento, relatado pelo Des. Paulo Roberto de Santana, do recurso de agravo de instrumento n. 7.034.706-9, cujo V. Acórdão está reproduzido a fls. 4.038/4.048.

A pretensão dos apelantes compreende cinco cédulas de crédito de n. 148695-001 a 148695-005, as quais, exceto a primeira, foram transmitidas por endosso em preto à também apelada e exequente Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro. A cédula excetuada foi transmitida à também apelada *Profix* Fundo de Investimento Multi Mercado e, nos autos da ação de execução promovida por esta, deu margem ao recurso de agravo de instrumento julgado pela C. 23ª Câmara em dezembro de 2005.

Impõe ponderar que ao tempo daquele julgamento a endossatária Profix sequer integrava a relação processual no feito ora em reexame.

Com a decisão exarada pelo juízo de primeiro grau em 14 de junho de 2006 (fls. 251), é que a indigitada endossatária foi considerada litisconsorte necessária, cuja citação se deu em fevereiro de 2007.

Portanto, o julgamento da C. 23ª Câmara não estabeleceu prevenção para a causa na qual a endossatária ainda não era parte.

A prevenção desta 12ª Câmara para a causa precedeu e se estabeleceu ao ser julgado por acórdão de 19 de outubro de 2005 o recurso de agravo de instrumento n. 7.015.154-3 - tendo como relator designado o relator sorteado para o presente recurso de apelação -, interposto diante de decisão que deferiu liminar a favor dos apelantes nos autos de medida cautelar preparatória da ação e julgada pela mesma r. sentença recorrida (v. fls. 216/221 dos autos da cautelar em apenso).

Nos termos do art. 102 do Regimento Interno deste Tribunal, a competência ficou definida pela prevenção. (e-STJ, fls. 5.020/5.022)

Sem adentrar na possibilidade da existência de feitos conexos porque as ações teriam origem no mesmo negócio jurídico, a alegação de AVG e outros é histórica e estéril.

A prevenção por conexão tem por finalidade evitar o proferimento de decisões conflitantes, donde resulta que **a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado** (*Súmula n. 235, do STJ*).

Na hipótese dos autos não há que se cogitar da reunião dos feitos uma vez que o Agravo de Instrumento n. 7.034.706-9, julgado pela 23ª Câmara aos

14/12/2005, transitou em julgado no STJ aos 28/5/2009 (e-STJ fl. 3.965) e no STF aos 6/2/2009 (e-STJ fl. 3.956). Por sua vez, o julgamento da apelação que originou o presente recurso especial ocorreu muito tempo depois, aos 21/3/2012, fulminando qualquer possibilidade de reunião de processos.

(2) *Da omissão e contradição do julgado (art. 535 do CPC/73)*

AVG e outros alegaram omissão do acórdão *a quo* quanto ao fato de que os mesmos advogados que atuaram em favor da *Massa Falida do Banco Santos* no presente feito foram contratados em maio de 2004 pelo prazo de 5 anos pelos ex-diretores da entidade falida *para promover a 'blindagem jurídica' dos Administradores do Banco e demais empresas do Grupo Financeiro Banco Santos no período de 5 (cinco) anos.*

O Tribunal de origem, ao rejeitar os embargos de declaração apresentados por AVG e outros reconheceu a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73, quais sejam, omissão, contradição ou obscuridade, destacando que a pretensão recursal ostentava caráter nitidamente infringente, visando rediscutir matéria já analisada pela Corte local.

Ademais, a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, *se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte* (AgRg no AREsp 529.018/MS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJe 1º/9/2014).

Nesse contexto, o julgado apreciou de maneira suficiente e fundamentada as questões que lhe foram deduzidas, apenas solucionando-a de forma diversa da almejada por AVG e outros.

Portanto, omissão no julgado não há, pois entendimento contrário ao interesse da parte e omissão são conceitos que não se confundem.

Alegaram ainda que o acórdão foi contraditório porque reconheceu a simulação, porém, deixou de declarar a nulidade do negócio, como manda o art. 167 do CC/02.

Como adiante se verá não se trata de contradição. Ocorreu, isto sim, negativa de vigência ao art. 167 do CC/02 porque a simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra, de acordo com o novo diploma civilista.

(3) *Do cerceamento de defesa (arts. 330, 331, § 2º e 332 do CPC/73)*

AVG e outros se insurgiram contra a ocorrência de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide, sem a fixação dos pontos controvertidos, após o indeferimento de prova testemunhal e pericial que demonstrariam o vício no consentimento em relação ao negócio jurídico e a ilegalidade nos cálculos apresentados na execução.

Contudo, o deferimento ou não de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, decidir, motivadamente, sobre as diligências que julgar necessárias ou não ao deslinde da questão.

No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela desnecessidade da produção de provas:

Não procede a arguição de nulidade do julgamento de primeiro grau devido ao suposto cerceamento de provas.

Afinal, não é todo o indeferimento de prova ou diligência que constitui cerceamento de defesa. Isso porque o direito processual não se apresenta como um “non sense”, já que cabe ao juiz a direção do processo, e, conseqüentemente, das provas e diligências, necessárias. Ao juiz, inclusive, são outorgados poderes, sempre na tarefa de buscar a verdade real.

[...]

“In casu”, o relevante é que a pretensão dos autores se assenta em teses e não exatamente em fatos que, uma vez provados, conduziriam a um resultado que não fosse o de improcedência da pretensão declaratória de ineficácia das cédulas de crédito bancário e da debênture de emissão de Sanvest Participações.

A dilação probatória, então, seria inútil, e só seria imprescindível se pudesse influenciar na controvérsia de direito material. Contanto que o Estado-Juiz fundamente a sua convicção, na conformidade da “causa petendi”, arrostando cada tese, o julgamento será hígido e completo, sendo de somenos se prolatado antecipadamente ou depois de longa instrução.

[...]

Assim, ao Estado-Juiz incumbe fundamentar o convencimento e disso tratou o juízo de primeiro grau no corpo da r. sentença, ao asseverar que as pessoas envolvidas no negócio jurídico de emissão de cédulas de crédito bancário e debênture sabiam o que realizavam e estavam cientes dos riscos, que corriam, de vez que: “Um empresário não adquire debêntures de quase cinco milhões sem que avalie adequada e eficientemente os riscos de tal operação, analisando a situação atual e as perspectivas futuras da sociedade emissora...”

É o suficiente. (e-STJ, fls. 5.022/5.025)

Conforme se nota, rever a conclusão do Tribunal de origem sobre a suficiência das provas carreadas aos autos e a adequação do julgamento antecipado da lide exigiria inevitável revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite em recurso especial, à luz da Súmula n. 7 do STJ.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes:

Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização por danos materiais. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Ação conexa. Ausência de obrigatoriedade de julgamento conjunto. Danos materiais. Responsabilidade da CEF afastada. Súmula 7 do STJ.

1. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o juízo embasa sua convicção em prova suficiente para fundamentar as deduções expostas na sentença.

2. A avaliação tanto da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), quanto da necessidade de produção de outras provas demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios dos autos, inviável, portanto, em recurso especial (Súmula n. 7/STJ)" (AgRg no REsp 1.449.368/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 27/08/2014).

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o magistrado, a seu critério e diante de cada caso concreto, verificará a utilidade do julgamento simultâneo, com vistas a evitar decisões conflitantes e privilegiar a economia processual. Precedentes.

4. O acórdão recorrido, à luz dos elementos fático-probatórios constantes nos autos, afastou a responsabilidade da CEF pelos supostos danos materiais sofridos pela empresa recorrente, decorrentes de saque indevido realizado em sua conta por sócio-diretor. O acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.681.350/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 27/2/2018)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização fundada em inadimplemento contratual que ocasionou o encerramento das atividades da parte autora. Decisão que indeferiu o pedido de produção de provas oral e pericial e declarou encerrada a instrução processual. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Decisão mantida. Recurso desprovido.

1. O magistrado tem discricionariedade para indeferir diligências protelatórias ou desnecessárias, desde que apresente os motivos do seu convencimento, não caracterizando, com isso, cerceamento de defesa.

2. O Tribunal de origem confirmou ser desnecessária a dilação probatória do feito, por compreender que a dispensabilidade da prova técnica já tinha sido objeto de julgamento em recurso anterior e os elementos probatórios constantes dos autos eram suficientes à solução da controvérsia.

3. Quanto ao alegado cerceamento de defesa, para se chegar à conclusão de que a prova cuja produção foi requerida pela parte seria ou não indispensável à solução da controvérsia, seria necessário se proceder ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 786.800/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, DJe 21/5/2018)

(4) Da ofensa a coisa julgada (arts. 267, V e 467 do CPC/73)

AVG e outros sustentaram que o acórdão *a quo* ofendeu a coisa julgada uma vez que a cédula de crédito bancário transmitida à *Prefix* foi desconstituída pela 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, devendo ser dada a mesma solução a todas as demais cédulas porque todas elas derivam da mesma relação jurídica e, além disso, foi reconhecida a existência de grupo econômico formado pelos requeridos *Banco Santos, Prefix* e *Santos Credit*.

Não se verificou a alegada ofensa a coisa julgada.

A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que para a configuração da coisa julgada deve haver tríplice identidade entre as ações, ou seja, partes, causa de pedir e pedido devem ser os mesmos. Veja-se:

Recurso especial. Direito de Família. Socioafetividade. Art. 1.593 do Código Civil. Paternidade. Multiparentalidade. Possibilidade. Súmula n. 7/STJ. Indignidade. Ação autônoma. Arts. 1.814 e 1.816 do Código Civil de 2002.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A eficácia preclusiva da coisa julgada exige a tríplice identidade, a saber: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, o que não é o caso dos autos.

3. Na hipótese, a primeira demanda não foi proposta pelo filho, mas por sua genitora, que buscava justamente anular o registro de filiação na ação declaratória que não debateu a socioafetividade buscada na presente demanda.

4. Não há falar em ilegitimidade das partes no caso dos autos, visto que o apontado erro material de grafia foi objeto de retificação.

5. À luz do art. 1.593 do Código Civil, as instâncias de origem assentaram a posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo dessa condição, além do preenchimento dos requisitos de afeto, carinho e amor, essenciais à configuração da relação socioafetiva de paternidade ao longo da vida, elementos insindicáveis nesta instância especial ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

7. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos.

8. Aquele que atenta contra os princípios basilares de justiça e da moral, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, fica impedido de receber determinado acervo patrimonial por herança.

9. A indignidade deve ser objeto de ação autônoma e seus efeitos se restringem aos aspectos pessoais, não atingindo os descendentes do herdeiro excluído (arts. 1.814 e 1.816 do Código Civil de 2002).

10. Recurso especial não provido.

(REsp 1.704.972/CE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 9/10/2018, DJe 15/10/2018 – sem destaque no original)

Agravo interno no recurso especial. Ação de cobrança de indenização securitária. Acidente automobilístico. Seguro DPVAT. 1. Alegação de ofensa à coisa julgada. Não ocorrência. 2. Agravo interno improvido.

1. *A ofensa à coisa julgada pressupõe a tríplce identidade entre ações, ou seja, duas demandas envolvendo as mesmas partes, causa de pedir e pedidos, o que não ocorre no caso dos autos.*

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1.564.895/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 16/2/2017, DJe 1/3/2017 – sem destaque no original)

O Tribunal de origem esclareceu que a cédula 148659-001 *não* foi objeto da *execução* que originou o presente recurso especial. Confira-se:

No que diz respeito à violação à coisa julgada, consolidada sobre a cédula de crédito bancário 148695-001 (final 001 indigitada pelos embargantes),

cumpra lembrar que essa cédula, transmitida à também recorrida Profix Fundo de Investimento Multi Mercado, é objeto da pretensão declaratória, mas não é objeto da ação de execução de título extrajudicial intentada por Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro, com respectivos embargos do devedor julgados simultaneamente pela r. sentença.

De tal sorte, se em embargos do devedor julgados por outra sentença, reexaminada pela C. 23ª Câmara deste Tribunal de Justiça, a referida cédula transmitida a Profix foi desconstituída e há trânsito em julgado, incorre violação à coisa julgada se o acórdão embargado confirmou r. sentença que, adstrita à declaração de ineficácia das cédulas de crédito e debênture de emissão de Sanvest Participações, reconheceu formalmente hígidas as cédulas, entre elas aquela desconstituída pela via adequada, tal seja, os embargos do devedor opostos a ação de execução própria. A declaração de hígidez formal das cédulas não colide com a desconstituição em embargos do devedor. (e-STJ, fl. 5.106)

No Agravo de Instrumento n. 7.034.706-9, julgado pela 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, foi mantida a decisão que julgou nula a execução porque fundada em cédula de crédito bancário que não ostentava a condição de título executivo extrajudicial, adotando-se a tese de que o título foi instituído de forma viciada pela Lei n. 10.931/04 (e-STJ, fl. 3.910)

Ao contrário do sustentado pelos recorrentes, violar a coisa julgada seria conceder à cédula 148659-001 força executiva extrajudicial, o que não ocorreu nestes autos, até porque, como asseverado pelo Tribunal *a quo*, a execução julgada neste feito refere-se as outras quatro cédulas de crédito (148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005), e não àquela desconstituída.

Assim, a cédula de crédito bancário declarada inexigível por decisão com trânsito em julgado não foi objeto da execução que originou o presente recurso especial.

(5) *Do vício de consentimento por erro e dolo (arts. 138, 139, I, 145, 147 e 148 do CC/02)*

AVG e outros arguíram que foram induzidos a erro mediante omissão dolosa de informação sobre a situação patrimonial do *Banco Santos*, acarretando vício de consentimento e, via de consequência, a anulação do negócio jurídico.

Não é de erro que se trata, tampouco de dolo.

AVG e outros firmaram empréstimo no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e adquiriram com grande parte da quantia devida a debênture

emitida pela *Sanvest Participações* no valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões, novecentos e trinta e cinco mil reais).

Parece muito claro que os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresarias da AVG e outros, e sim camuflar a prática de negócio diverso, dissimulado por parte da instituição financeira e com a participação daquelas.

Essa foi a conclusão do Tribunal de origem, embora as consequências jurídicas sejam diversas do que ficou decidido nas instâncias ordinárias, como adiante se verá.

Confira-se o trecho do acórdão a respeito da simulação:

*Não é de erro que se cuida; não é de vício de consentimento; não é de coação; não é de omissão dolosa. É de **simulação**; é de negócio triangular de alto risco; é de assunção deliberada de inexecução de obrigações recíprocas. (e-STJ, fls. 5.026/5.027)*

(6) Da simulação (arts. 167 e 168 do CC/02)

De acordo com o quadro fático delineado nas instâncias ordinárias, AVG e outros firmaram contrato de mútuo com o *Banco Santos*, no valor total de R\$ 5.000,00 (cinco milhões de reais), representado por cinco cédulas de crédito bancário no valor de 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada. Referidas cédulas foram emitidas aos 13/9/2004, com vencimento aos 6/4/2005.

A emissão da debênture por uma empresa coligada com a instituição financeira, a *Sanvest Participações*, ocorreu no dia 14/9/2004, ou seja, *um dia após* a contratação do mútuo, pelo valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões novecentos e trinta e cinco mil reais).

O negócio celebrado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada constituiu uma manobra reiteradamente adotada pela instituição financeira.

O Tribunal de origem bem destacou o *modus operandi* das transações ilícitas, com fundamento no relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central:

[...] consoante conclusão da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil, a fls. 2.844 e 2.924, apurou-se que os administradores do Banco Santos, pelo menos desde 1998, passaram a exigir de seus clientes “reciprocidades “

- internamente designadas operações “M” - para a concessão de créditos em quaisquer modalidades. A título de “reciprocidade”, grande parte dos ativos creditados, tecnicamente entregues aos clientes, era destinada a empresas ligadas, formal ou informalmente, aos administradores do creditor por meio de aplicações dos creditados em papéis daquelas empresas. **Essas empresas, Sanvest, Santospar, Ajusta, Procid, Procid Invest e Invest Santos, em operações que só foram claramente conhecidas com a intervenção no Banco Santos, receberam vultosas somas por meio desses expedientes de “reciprocidade”.**

Assim é que: “A maior parte dos papéis vendidos para os clientes não tem lastro em operações reais e dependia de periódicas captações de novos clientes para a rolagem de valores. Após a quebra do Banco, esgotaram as fontes de novos recursos para ‘rolar’ as operações, e, certamente, os papéis emitidos dificilmente serão honrados. Os clientes do Banco Santos que aplicaram em tais papéis dificilmente receberão os resgates de suas aplicações e por isso, na maioria dos casos, dificilmente terão condições de pagar os empréstimos que fizeram junto ao Banco Santos” (“sic”).

Essa conclusão da Comissão soa como vaticínio.

As coisas chegaram ao que chegaram só porque o Banco Santos esgotou as fontes de captação e sofreu intervenção, seguida da inevitável quebra.

“Tudo caminharia bem, não fosse a instauração da liquidação extrajudicial do banco credor pelo Banco Central do Brasil, antes do vencimento das cédulas, mais o fato de que a debênture tem vencimento marcado para 14 de setembro de 2010” (cf. motivação do acórdão que julgou o agravo de instrumento que estabeleceu a prevenção da 12ª Câmara, reproduzido na medida cautelar em apenso). (e-STJ, fls. 5.028/5.030)

O inquérito da autoridade reguladora deixou claro que as operações estavam escoradas em empréstimos que não precisariam ser pagos (e de fato AVG e outros sempre afirmaram que nada receberam), e supostamente voltadas à aquisição de uma debênture da qual AVG e outros nada receberiam. Ao que tudo indica, as operações visavam o repasse dissimulado de recursos do *Banco Santos* para a sua coligada *Sanvest Participações*.

Evidente no caso que o negócio entabulado entre as partes se deu com uma aparência contrária à realidade, *uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*, no conceito adotado por MARIA HELENA DINIZ (**Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva. 18ª edição, 2002, vol. 1, p. 403) e SILVIO RODRIGUES (**Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Ed. Saraiva. 32ª edição, 2002, vol. 1, p. 294).

A simulação levada a efeito pelas partes se enquadra na hipótese prevista no art. 167, § 1º, I, do CC/02:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

Ocorreu, assim, um negócio jurídico simulado entre a AVG e outros e o Banco Santos.

Conforme anteriormente mencionado, o Tribunal de origem ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos concluiu que as operações eram simuladas:

É impensável que uma sociedade empresária tome crédito de tal magnitude, através de cédulas de crédito emitidas no dia 03 de setembro de 2004 e vencimento previsto para 06 de abril de 2005, e se paciente em investir “in continenti” R\$ 4.935.000,00 em debênture com vencimento aprazado para 14 de setembro de 2010.

Em resumo, a sociedade empresária, em tese, teria ficado com a disponibilidade de insignificantes R\$ 65.000,00, numa operação dessa grandeza, a se vencer meses depois, apesar de ter feito investimento, resgatável após seis anos, da quase totalidade dos R\$ 5.000.000,00 creditados pelo Banco Santos S/A.

*Não é de erro que se cuida; não é de vício de consentimento; não é de coação; não é de omissão dolosa. É de **simulação**; é de negócio triangular de alto risco; é de assunção deliberada de inexecução de obrigações recíprocas. (e-STJ, fls. 5.026/5.027 – sem destaque no original)*

No entanto, a Corte *a quo* decidiu que AVG e outros não poderiam invocar a própria torpeza:

Os interessados envolvidos engendraram um simulacro e a nenhum socorre invocar a própria torpeza.

[...]

Aos apelantes não resta senão a alternativa - pouco factível - de pagar as cédulas de crédito, às endossatárias, e se voltar contra a emitente da debênture, caso contrário estarão se abroquelando na própria torpeza (“nemo auditor propriam turpitudinem allegans”). (e-STJ, fls. 5.027/5.028)

O entendimento adotado está em descompasso com as normas do CC/02, aplicável à hipótese dos autos.

Com efeito, o CC/02 abandonou a regra anterior, prevista no art. 104 do CC/16, que impossibilitava as partes de arguirem a própria simulação (*Tendo*

havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros).

O CC/02 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. Assim, os simuladores podem alegar o vício um contra o outro e, como regra de ordem pública que é, pode ser declarado de ofício pelo juiz.

Essa foi a conclusão firmada no Enunciado n. 294 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: ***sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra.***

No mesmo sentido caminha a doutrina a respeito da matéria:

Não havendo a restrição do art. 104 do Código antigo, mormente porque se trata de caso de nulidade, os simuladores podem alegar a simulação um contra o outro, ainda porque a nulidade pode ser declarada de ofício. [...]

Entender que o negócio simulado é nulo e não mais anulável é opção legislativa que segue, inclusive, a orientação do atual Código português e outras legislações. *Tal como está redigido o vigente texto, podem os simuladores arguir tal nulidade entre si, não podendo, contudo, fazê-lo contra terceiros de boa-fé.* (VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral.** São Paulo: Ed. Atlas. 5ª edição, 2005, pp. 568/569 - sem destaque no original)

[...] fica superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. A regra não mais prevalece, pois a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral.** Rio de Janeiro: Ed. Forense. 12ª edição, 2015, p. 419 - sem destaque no original)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se firmou no sentido da abalizada doutrina:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. *Alegação de vício de simulação pela própria parte sob alegação de ocorrência de ‘sócio presta-nome’.* Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção sem resolução de mérito. Questão meritória. Recurso provido.

1. Não constitui cerceamento de defesa o julgamento *ex officio* pelo Tribunal *a quo* que identificando a ausência de condições da ação, julga processo extinto sem julgamento de mérito. Esse proceder, por si só, não se revela violador do duplo grau de jurisdição, porquanto esse não é absoluto, razão pela qual o

Pretório Excelso já decidiu que em nosso ordenamento jurídico o princípio citado não ostenta garantia constitucional (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

2. *Todavia, a aferição da motivação do ato simulador consubstanciado na condição de sócio 'presta-nome', deve ser objeto de julgamento de mérito da ação declaratória, porquanto constitui juízo meritório, sendo perfeitamente possível o pedido, o que fasto a ausência de condição de ação declarada pelo Tribunal a quo.*

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 776.304/MG, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, j. 5/11/2009, DJe 16/11/2009)

Direito Civil. *Simulação ilícita. Nulidade alegada pela parte. Possibilidade.*

No aparente contrato de parceria pecuária que serve para encobrir empréstimo de dinheiro, denominado "vaca papel", com juros usurários, como retratado na hipótese, é possível à parte que o celebrou (o comparsa do verdadeiro simulador) ter a iniciativa de arguir a sua anulação.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp 196.319/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 27/6/2000, DJ 4/9/2000, p. 158)

A consequência da simulação absoluta, quando o negócio visa aparentar realidade inexistente, é a nulidade do contrato, sendo portanto inexigível qualquer valor decorrente da operação.

No entanto, a simulação no caso é relativa, ou seja, é uma dissimulação, porque encoberta negócio diverso do querido pelas partes contratantes e, nessa parte, produz efeitos.

Foi ocultado o que era, foi escondido o negócio verdadeiro, que consistia no recebimento de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) em troca da participação no negócio simulado que viabilizaria o desvio de dinheiro do *Banco Santos*. Houve uma hipocrisia.

O negócio jurídico simulado subsistirá se o que se dissimulou for válido na sua substância e na sua forma (art. 167, 2ª parte, do CC/02).

Disso decorre que o negócio oculto, após o reconhecimento da dissimulação, passa a ser o único existente e eficaz.

A propósito, CLÓVIS BEVILÁQUA já ensinava que o negócio dissimulado permanecia válido, com fundamento nas lições de ESPÍNOLA,

apesar de não existir dispositivo correspondente ao art. 167, do CC/02 no CC/16. Veja-se:

Se a simulação é relativa, o ato simulado, feito inocentemente, não constitui defeito, que prejudique a validade do negócio dissimulado. Este é que é o negócio real, verdadeiro, efetivamente querido, fica de pé entre as partes, sem que, de qualquer modo, lhes faça massa a simulação. (**Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves. 1959, vol. I, p. 284)

No mesmo sentido é a lição de CARVALHO SANTOS:

O que se tem em vista é o ato dissimulado; este é que não pode ser anulado, pelo fato de haver uma causa falsa indicada no ato simulado, devendo-se respeitar a vontade verdadeira do declarante, sem atender à declaração simulada. (...)

A ação de declaração de simulação é aquela que a parte intenta contra a outra, para o fim de obter a declaração da verdadeira situação do seu direito, ou o reconhecimento da aparência enganadora de que se reveste o contrato, independente de qualquer provocação ou de qualquer divergência entre ambas as partes. O que se visa com tal ação é assegurar um direito, que corre risco contra possíveis eventualidades. (Código Civil Brasileiro Interpretado. São Paulo: Livraria Freitas Bastos. 1953, vol. II, p. 390/391)

A doutrina moderna abraça a teoria dos clássicos:

Como já foi expresso, o art. 167 do CC/2002 reconhece a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, mas prevê que *subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma*. O dispositivo trata da *simulação relativa*, aquela em que, na aparência, há um negócio; e na essência outro.

Dessa maneira, percebe-se na simulação relativa dois negócios: um aparente (simulado) e um escondido (dissimulado). Eventualmente, esse negócio camuflado pode ser tido como válido, no caso de simulação relativa. Segundo o Enunciado n. 153 do CJF/STJ, também aprovado na III Jornada de Direito Civil, “na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízo a terceiros”. (TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 420 – sem destaque no original)

Portanto, a dissimulação da percepção de vantagem, que consiste na quantia de R\$ 65.000,000, correspondente a diferença entre o valor do empréstimo e o valor da debênture, não pode ser ineficaz em benefício do partícipe na simulação.

Nesse aspecto, poderá a massa falida buscar o recebimento de tal benefício por AVG e outros em processo adequado.

Por seu turno, o negócio nulo é consequentemente ineficaz, não se amolda com o plano da validade.

O endosso do título para *Profix* e *Santos Credit Yield* transmitiu o vício que o inquinava, inclusive a possibilidade de declarar nulo o negócio simulado.

No caso, não se cogita da vedação de opor exceções pessoais relativas ao emitente do título e ao endossante, mas, ao contrário, de vício na sua emissão, que o acompanha desde o nascedouro e não se convola com endossos sucessivos.

Sobre o tema, confira-se precedente desta Corte Superior:

Direito Comercial. Duplicata de prestação de serviços. Emissão irregular. *Simulação. Inoponibilidade das exceções pessoais a endossatários de boa-fé. Não-aplicação. Vício formal intrínseco.*

1. O que o ordenamento jurídico brasileiro veda - e isso desde o Decreto n. 2.044/1908, passando-se pelo Código Civil de 1916 e, finalmente, chegando-se à Lei Uniforme de Genebra - é a oposição de exceções de natureza pessoal a terceiros de boa-fé, vedação que não abarca os vícios de forma do título, extrínsecos ou intrínsecos, como a emissão de duplicata simulada, desvinculada de qualquer negócio jurídico e, ademais, sem aceite ou protesto a lhe suprir a falta.

2. Em relação à Duplicata - é até ocioso ressaltar -, a Lei n. 5.474/68 condiciona a sua emissão à realização de venda mercantil ou prestação de serviços, bem como a aceitação do sacado ou, na ausência, o protesto acompanhado de comprovante da realização do negócio subjacente, sem os quais estará configurado o vício de forma intrínseco, o qual poderá ser oposto pelo sacado a qualquer endossatário, ainda que de boa-fé.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 774.304/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 5/10/2010, DJe 14/10/2010 - sem destaque no original)

Portanto, a exceção fundada em nulidade da obrigação pode ser oposta pelo devedor contra o endossatário, mantida a relação deste com o endossante.

Ademais, *Profix* e *Santos Credit Yield* nem sequer podem ser considerados terceiros, uma vez que todas as empresas pertencentes ao grupo econômico do *Banco Santos* estavam envolvidas nas fraudes, conforme constatou o relatório do Banco Central.

PONTES DE MIRANDA esclarece que não é necessário provar o dolo do primeiro endossatário que sabia do vício do título, até mesmo porque nesse caso ele não pode ser considerado terceiro:

[...]

Aí está a razão por que os endossos precisam, para serem inoperantes, que se prove o dolo, - *prova que não é necessária quando o endossatário, imediato ao tomador, conhecia a causa falsa ou ilícita, ou a ausência de causa do negócio jurídico.* (**Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, vol. XXXII, p. 458)

Embora trate da cessão de crédito, cabe conferir o voto esclarecedor do eminente Ministro *Cezar Peluso*, à época em que integrava o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

É doutrina universal dominante que, salvo cláusula expressa em contrário, não convencionada neste caso, *a cessão da posição contratual importa transferência automática ao cessionário, que por conseguinte as adquire, com as faculdades potestativas de anulação do negócio, por erro, dolo, coação, usura e incapacidade, que tenha atingido a pessoa do cedente no momento de celebração do contrato cedido, e, nos sistemas que conhecem esta modalidade de ineficácia, também dos poderes de rescisão* (cf. GARCIA-AMIGO, “La Cession de Contratos en el Derecho Espanol”, Madrid, 1964, p. 286; PULEO, “Cessione dei Contratto”, Milão, 1939, p. 68; CLARIZIA, “La Cessione dei Contratto”, Nápoles, 1946, p. 72; ANDREOLI, “La Cessione dei Contratto”, Milão, 1950, pp. 46, 52 e 65; CARRESI, “La Cessione dei Contratto”, Milão, 1951, p. 84; SANTINI, “La Vendita per Filiere”, Pádua, 1951, p. 12; LEHMAN, “Beiträge zum Bürgerliches Recht”, Berlim e Tübingen, 1950, pp. 385-395; FRÜH, “Die Vertragsübertragung im Schweizerischen Recht”, p. 63, nota 41; LAPP, “Essai sur la Cession de Contrat Synallagmatique à Titre Particulier”, Estrasburgo, 1951, p. 30; HANS CLAUDIUS FICKER, “Vertragsübernahme un Droits Relatifs au Bien”, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 165, p. 38; apud MOTA PINTO, “Cessão de Contrato”, SP, Saraiva, 1985, p. 407, n. 71 e nota 42. Cf, ainda, p. 408, nota 45).

Até aqueles poucos que, exigindo cláusula expressa, negam a transferência mecânica, sob fundamento de que a cessão atinge apenas o momento funcional do negócio, não sua fase genética, concedem que os “*direitos potestativos de anulação não podem ser vistos, na verdade, como estritamente pessoais. A sua transferibilidade resulta da sua natureza de mecanismos aptos a produzir um resultado de mera dinâmica patrimonial: a extinção dos direitos criados pelo contrato e a criação de direitos à restauração integral, específica ou inespecífica, da situação modificada pela execução do contrato.* Nada, neste seu conteúdo, força a introduzir na sua natureza, ou melhor, na sua relação de pertinência com um dado sujeito, a característica da intransmissibilidade.

(TJSP, Apelação Cível n. 061.809-4/3-00, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 16/3/1999)

E o Código atual acolheu este posicionamento, ao prever que *o devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente* (CC/02, art. 294).

Por seu turno, a pretensão da *Massa Falida do Banco Santos* de reaver o valor total das cédulas de crédito bancário falece de respaldo legal, pois o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo (CC/02, art. 169).

Nesse passo, eles não poderiam receber tal valor com fundamento em negócio jurídico nulo.

Quanto a inoponibilidade do negócio simulado frente a terceiros de boa-fé (art. 167, § 2º, do CC/02), certo é que a *Massa Falida do Banco Santos* também não se enquadra na hipótese legal.

A sentença declaratória de falência não tem efeito retroativo. Segundo PONTES DE MIRANDA *não há efeitos ex tunc da sentença de decretação da abertura de falência, salvo no que ela mesma, ou em parte dela, prolata depois, se estabelece como termo legal da falência* (**Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, vol. XXVIII, p. 328).

Assim a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada.

Portanto, apesar de não ser possível confundir a instituição bancária com a massa falida que atualmente a representa, claro está que tudo não passou de uma trama, com pleno concurso do *Banco Santos* e de empresas a ele ligadas, o autor intelectual da lambança financeira.

O *Banco Santos* foi o único beneficiado com as operações simuladas que engendrou, contabilizando crédito inválido e assim, causando prejuízo aos seus credores.

Os negócios desta forma realizados impossibilitam a execução das cédulas de crédito bancário, pois *Banco Santos* e outros estavam a par da simulação das operações, que decorreu da atuação dele próprio e das empresas a ele ligadas.

E a presunção *hominis*, comum, ensina que quem pode evitar o prejuízo, não o aceita, conforme nos ensina a clássica doutrina de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

A presunção *hominis*, ou presunção comum, não resulta da lei, fundando-se, porém, na experiência da vida, que permite ao juiz formar a própria convicção. Por exemplo, não é de se presumir que alguém, podendo evitá-lo, aceite prejuízo (**Curso de Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Ed. Saraiva. 33ª edição, 1995, vol. 1, p. 260).

Dessa forma, embora a massa falida seja um ente distinto da pessoa do falido, constituindo uma personagem autônoma, ela não ignorou a má-fé deste último, que maquiou negócio só aparente.

Em suma, uma vez verificado que as operações simuladas foram levadas a efeito pelo *Banco Santos* em conluio com os demais corréus, é o caso de acolher o inconformismo de AVG e outros para isentá-los de responsabilidade no que se refere ao valor total de face do título.

No entanto, eles são responsáveis pelo que se dissimulou, ou seja, aparentemente R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), nos termos do art. 167, segunda parte, do CC/02.

(7) Da alegação de ofensa aos arts. 586 do CC/02, 566, I e 618, I, do CPC/73, 7º da Lei Complementar n. 95/98, 916 e 884 do CC/02, 3º, 6º, III e IV e 39, I, do CPC/73, 1º e 15 do Decreto n. 22.626/33, 395 do CC/02, 219 do CPC/73, 52, § 1º, do CDC e 20, § 4º, do CPC/73

As demais alegações formuladas no recurso de ofensa a lei federal diante da (1) inexistência do mútuo por falta da entrega do dinheiro, elemento essencial do contrato; (2) nulidade da execução fundada em cédula de crédito bancário; (3) possibilidade de opor ao *Santos Credit Yield* as exceções pessoais que deduziram; (4) enriquecimento sem causa do *Santos Credit Yield*; (5) aplicabilidade do diploma consumerista ao caso; (6) excesso de execução; e, (7) valor dos honorários ficam prejudicadas em razão do acolhimento do recurso especial com fundamento na simulação.

Em suma, considerando que o TJSP reconheceu a higidez do negócio jurídico (contrato de mútuo, cédulas de crédito bancário e debênture), quando deveria qualificá-los como relativamente nulos pela dissimulação aqui pronunciada, o caso é de se declarar exigível apenas a quantia que beneficiou AVG e outros, conforme vier a ser apurado em processo adequado, já que não há certeza do quanto restou em favor daqueles.

Nestas condições, **dou provimento** ao recurso especial para determinar a ineficácia dos negócios jurídicos celebrados pelas partes (contrato de mútuo, cédulas de crédito bancário n. 148695-001, 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005 e debênture), sendo eles inexigíveis contra AVG e outros, os emitentes dos títulos, e as credoras endossantes, preservada a relação endossante (*Banco Santos*) e endossatários (*Profix* e *Santos Credit Yield*). Em consequência, julgo extinta a execução das cédulas de crédito bancário n. 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005, com fundamento no art. 618, I, do CPC/73.

Em razão do provimento do presente recurso, condeno *Banco Santos* e outros ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios que fixo em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a ação desconstitutiva e cautelar e R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para a execução, com base no art. 20, § 4º, do CPC/73. As custas e despesas processuais serão corrigidas monetariamente a partir de cada desembolso e os honorários a partir da publicação deste acórdão.

Por fim, *julgo prejudicado* o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu o pedido liminar (e-STJ, fls. 6.022/6.030).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.599.436-RJ (2015/0050598-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda

Advogados: Vicente Menezes Silva e outro(s) - RJ090207

Gisele Neves Camera e outro(s) - RJ099053

Henry Lyons - RJ092349

Jônatas Abreu da Silva - RJ204294

Soc. de Adv.: Rolim, Wainstok Advogados Associados

Recorrido: Marcelo Fontes do Nascimento Viana de Santa Ana

Advogados: João Tancredo - RJ061838

Ricardo Dezzani Coutinho e outro(s) - RJ126458

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Plano de saúde. 'Home care'. Alta gradativa. Redução do regime de 24h/dia para 3h/dia. Distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar. Considerações sobre o equilíbrio do contrato. Caso concreto. Laudo do médico assistente recomendando a manutenção do regime de 24 h/dia. Inversão do julgado. Óbice da Súmula 7/STJ.

1. Controvérsia acerca da alta gradativa (ou “desmame”) do serviço de “home care” oferecido pela operadora de plano de saúde, não obstante a ausência de previsão contratual.
2. Distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar, como modalidades do serviço de “home care”.
3. Caso concreto em que o acórdão recorrido encontra-se fundamentado, dentre outras provas, no laudo do médico assistente, recomendando a manutenção da assistência em regime de 24 horas diárias.
4. Inviabilidade de se contrastar o entendimento do Tribunal de origem, quanto a esse ponto, em virtude das limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória. Óbice da Súmula 7/STJ.
5. Julgamento conjunto do recurso especial interposto nos autos da cautelar inominada (REsp 1.599.435/RJ).
6. *Recurso especial desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após vista regimental do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 29.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Apelações cíveis. Ações cautelar e ordinária. Julgamento conjunto. Plano de saúde. Manutenção de assistência em domicílio. Relação de consumo. Subsunção à Lei 8.978/90. Lide que versa sobre o cumprimento de obrigação de prestação de saúde. *Home care*. Definição jurídica. Inteligência do art. 19 - I da Lei 8.080/90 e Regulamento n. 11/2006 - RDC ANVISA. Prova dos autos que demonstra que o quadro de saúde do apelante, paraplégico e com imobilidade reduzida no membro superior esquerdo que conduz à necessidade de suporte fisioterápico, terapia ocupacional e auxílio constante de enfermeiro por enfermeiro. Bexiga e intestino neurogênico. Esvaziamento vesical e retal, através do uso de sonda ou cateter que deve ser realizado por enfermeiro ante a delicadeza do procedimento e as consequências drásticas que o procedimento realizado por leigo pode acarretar ao já prejudicado autor. Prova pericial médica neste sentido. Laudo oficial que embasa a sentença que é contraditório. Juiz que não está adstrito ao laudo. Inteligência do art. 436 CPC. Precedentes. Impossibilidade do tratamento ser assumido pelo próprio autor, por familiares ou por cuidador leigo. Limitação contratual que impõe exagerada desvantagem ao consumidor. Inteligência do art. 51, IV, CDC. Violação do princípio da boa-fé e da função social do contrato. Precedentes do TJRJ Recursos a que dá parcial provimento. (fl. 925)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 963).

Em suas razões, alega a parte recorrente violação dos arts. 333, inciso II, 334, incisos I e II, 436 e 437 do Código de Processo Civil de 1973, sob os argumentos de equivocada valoração da prova técnica, uma vez que o perito do juízo afirmou a desnecessidade da prestação de assistência de enfermagem pelo período de 24 horas. Sustentou, também, que o Tribunal de origem se utilizou de informações médicas obtidas pela internet para fundamentar o acórdão.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 996/1.011.

O recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal de origem, tendo havido interposição de agravo, que foi provido por esta *Turma* para se determinar a inclusão em pauta de julgamento.

Por meio do despacho de fl. 1.297, determinou-se a intimação da parte recorrente para informar o atual estágio de recuperação do paciente, tendo-se determinado vista sucessiva à parte recorrida.

A operadora de plano de saúde afirmou que seu assistido, ora recorrido, necessita apenas de “cuidados que toda pessoa com paraplegia necessita”, não possuindo indicação médica para atendimento domiciliar em regime de tempo integral (fl. 1.310).

Anexou laudo médico, datado de 29/08/2018, com a seguinte conclusão: “paciente classificado no Grupo 3 com pontuação 05 na tabela NEAD (tabela utilizada para classificação do paciente de atenção domiciliar), com indicação de atendimento domiciliar multiprofissional, com programa de atendimento de módulo pontual, com visita diária de técnico de enfermagem para realização de curativo, visita de enfermagem semanal, visita médica mensal e fisioterapia 3x na semana” (fl. 1.314).

Asseverou, nos autos da cautelar (REsp 1.599.435/RJ), que o assistido “leva a vida de um cidadão comum com limitações físicas, trabalha, faz shows e apresentações artísticas, é artista plástico, palestrante e político” (fl. 813).

Por sua vez, o assistido, ora recorrido, manifestou-se às fls. 774/804 dos autos da cautelar (REsp 1.599.435/RJ), pugnando pela manutenção do atendimento em regime de tempo integral.

Apresentou laudo médico (fls. 783 s.) que noticia internação pelo período de um ano durante o ano de 2017 para tratamento de osteomielite crônica (infecção no osso), bem como acidente vascular cerebral hemorrágico - AVC recente, tendo recebido alta com indicação de *home care* em regime integral, nos seguintes moldes (fl. 784):

1. Cama hospitalar com colchão pneumático;
2. Enfermagem 24h por dia;
3. Fisioterapia 3x na semana, por três meses, depois reavaliar;
4. Medicações: [...];
5. Material para curativo grande e complexo, incluído luvas e máscara, além de outros;
6. Sonda vesical de alívio e xilocaína gel.
7. Fonoaudiologia e neurologia regulares para reabilitação.

Na sessão de 09/10/2018, pedi vista regimental dos autos para analisar com mais cuidado as questões suscitadas da tribuna pelos advogados de ambas as partes.

Por meio da petição de fls. 1.381/1.411, o ora recorrido reiterou o conteúdo da petição fls. 774/804 dos autos da cautelar (REsp 1.599.435/RJ), afirmando que não lhe teria sido concedida a vista sucessiva prevista no despacho de fl. 1.297.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. O recurso especial não merece ser provido.

A controvérsia diz respeito à alta gradativa (ou “desmame”) do serviço de “*home care*” (tratamento domiciliar) oferecido pela operadora de plano de saúde, ora recorrente, não obstante a ausência de previsão contratual expressa.

O ora recorrido, *Marcelo Fontes do Nascimento Viana de Santa Ana*, foi alvejado por criminosos em novembro de 2000, ao tentar impedir um assalto em via pública.

Os disparos de arma de fogo causaram a paraplegia do ora recorrido, além de outras sequelas.

A partir de janeiro de 2001, a operadora de plano de saúde, ora recorrente, passou a fornecer serviços de “*home care*” ao ora recorrido, em regime de 24 horas diárias.

As regras da internação domiciliar foram pactuadas nos seguintes termos:

1 - A *Internação Domiciliar* não está coberta contratualmente pelo plano de assistência médico hospitalar firmado com a Unimed-Rio.

2 - A concessão desse benefício dar-se-á, única e exclusivamente, no município do Rio de Janeiro, aos usuários da Unimed-Rio. Será prestada por tempo limitado, de acordo com a avaliação a ser realizada pela equipe de auditores da Unimed-Rio.

3 - Para a concessão é obrigatória a indicação e manutenção do cuidador, sob pena da imediata suspensão do benefício. Esclarecemos, que o cuidador ao final identificado, este entendido como sendo a pessoa da família e/ou contratados pelos mesmos para o treinamento e cuidados do paciente.

4 - A *suspensão desse benefício dar-se-á de forma gradativa*, através de planejamento a ser definido e acompanhado pela equipe de auditores da Unimed-Rio. Ao término da assistência de enfermagem não haverá cobertura para materiais, medicamentos e descartáveis. (fl. 45, sem grifos no original)

Em abril de 2002, a operadora decidiu reduzir a disponibilidade do “*home care*” para o regime de três horas diárias, com base na evolução do paciente, conforme relatório da equipe de enfermagem, aprovado pela auditoria médica (fls. 149 s.).

Ato contínuo, o ora recorrido ajuizou medida cautelar inominada (autos apensos) perante o juízo de origem, tendo sido concedida liminar para manter o regime de 24h/dia.

Após decorridos oito anos, a liminar foi revogada, com fundamento na boa evolução do quadro clínico do assistido, ora recorrido.

Transcreve-se, a propósito, o seguinte trecho da decisão que revogou a liminar:

Na realidade, quando lhe foi deferida a liminar, há 8 anos, sua situação física demandava a prestação do serviço “Home Care”, o que atualmente não é mais necessário. Seu cuidador, ou o próprio autor, podem resolver a contento os problemas hoje existentes, e, tanto isso é verdade que, mesmo sem o auxílio dos enfermeiros do “Home Care”, o autor se locomove em seu próprio veículo, adaptado às suas deficiências físicas, por toda a cidade. Certamente que suas necessidades fisiológicas, nestes momentos, são atendidas por ele próprio, porque longe de sua residência.

Pela lógica, se ele próprio resolve tais problemas, longe de casa, certamente o fará em sua residência, razão pela qual “dispensou” o pessoal do “Home Care”, impedindo-os de ingressar em seu domicílio, o que não ocorreu quando deles necessitava.

Realmente, a manutenção do “Home Care” na fase em que se encontra o autor, é exigência descabida por ser absolutamente desnecessária. Inicialmente era necessário razão pela qual lhe foi deferida a liminar, ante a negativa da ré em manter o serviço.

Assim, revogo a liminar concedida na medida cautelar, no que diz respeito à manutenção do serviço de “Home Care” que vinha sendo prestado ao auto. (fls. 388 s.)

Nessa esteira, a demanda principal foi julgada improcedente, tendo o juízo de origem, com apoio na prova pericial, fundamentado a sentença com base na distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar, entendendo que a operadora não estaria obrigada a custear indefinidamente a “assistência domiciliar”.

Transcreve-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença:

Nos primeiros anos após a tragédia que vitimou o autor, certamente, necessitava do serviço domiciliar prestado por profissionais de saúde, negado pela ré. A paralisia em um de seus membros superiores e as escaras agravavam seu quadro clínico, o que demandava todo o aparato de apoio hospitalar em casa a sua disposição.

Hoje, felizmente para o autor sua situação está bem melhor. Seu quadro é estável. Não há mais escaras. Possui alguma força na mão antes paralítica. Pode realizar sozinho o cateterismo vesical. Dirige seu automóvel adaptado sozinho. Tem vida profissional e artística ativa. Viaja. Basta, portanto, um cuidador, alguém que o auxilie. Obviamente, deve continuar o tratamento médico e fisioterápico, salvo engano, pela Vida toda. mas não é preciso que seja em sua residência, através de 'home care'.

O 'home care', entendido como *internação domiciliar*, nada mais é que uma espécie do gênero *internação hospitalar*, cujo objetivo é abreviar a internação hospitalar, possibilitando, além da adaptação da família à nova situação, também o necessário treinamento relativo aos cuidados a serem dispensados ao paciente, gerando não só o benefício ao doente, como também economia de recursos.

Ocorre que a concepção de 'home care' vem sendo deturpada, transformando-se num tipo de *assistência à saúde feito em casa*. indefinidamente, às custas da operadora de plano de saúde.

Ora, justamente por guardar esse aspecto de transição, não há porque, vencido o período de adaptação, se impor à operadora o seu custeio indefinido nos casos em que o estado do paciente se mostra estável.

Cabe à família, a partir daí, assumir a responsabilidade dos cuidados de que necessita o paciente, seja por um de seus membros, seja por profissional contratado. (fl. 727, sem grifos no original)

O Tribunal de origem, no julgamento da apelação, reformou a sentença, sob o fundamento de que os procedimentos a que o paciente se encontra sujeito em razão da paraplegia (esvaziamento vesical e retal), deveriam ser realizados por profissional habilitado em enfermagem, não por um cuidador.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa do acórdão recorrido:

Prova dos autos que demonstra que o quadro de saúde do apelante, paraplégico e com mobilidade reduzida no membro superior esquerdo que conduz à necessidade de suporte fisioterápico, terapia ocupacional e auxílio constante de enfermeiro. Bexiga e intestino neurogênico. Esvaziamento vesical e retal, através do uso de sonda ou cateter que deve ser realizado por enfermeiro ante a delicadeza do procedimento e as conseqüências drásticas que o procedimento realizado por leigo pode acarretar ao já prejudicado autor. Prova pericial médica neste sentido. Laudo oficial que embasa a sentença que é contraditório. Juiz que não está adstrito ao laudo. Inteligência do art. 436 CPC. Precedentes. Impossibilidade do tratamento ser assumido pelo próprio autor, por familiares ou por cuidador leigo. Limitação contratual que impõe exagerada desvantagem ao consumidor. Inteligência do art. 51 IV CDC. Violação do princípio da boa-fé e da função social do contrato. Precedentes do TJRJ. Recursos a que dá parcial provimento. (fl. 925)

Daí a interposição do presente recurso especial, em que a operadora de plano de saúde, ora recorrente, sustenta erro de valoração probatória pelo acórdão recorrido, pleiteando a improcedência dos pedidos.

Feito esse breve histórico dos autos, passo a analisar as questões devolvidas ao conhecimento desta Corte Superior.

No que tange à cobertura do serviço “*home care*”, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o “*home care*”, na modalidade “internação domiciliar” (substituto de uma internação hospitalar), deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, independentemente de previsão contratual, tendo em vista as vantagens do ambiente domiciliar, em comparação com o hospitalar, do ponto de vista do bem-estar e da recuperação do paciente, bem como as vantagens financeiras para operadora, em termos de redução de custos.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta *Turma*:

Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Internação hospitalar. Conversão em atendimento médico domiciliar. Possibilidade. Serviço de *home care*. Cláusula contratual obstativa. Abusividade. Suspensão temporária do tratamento. Dano moral. Configuração. Agravamento das patologias. Grande aflição psicológica.

1. Ação ordinária que visa a continuidade e a prestação integral de serviço assistencial médico em domicílio (serviço *home care* 24 horas), a ser custeado pelo plano de saúde bem como a condenação por danos morais.

2. Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei n. 9.656/1998, as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ambos instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. Incidência da Súmula n. 469/STJ.

3. Apesar de, na Saúde Suplementar, o tratamento médico em domicílio não ter sido incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde, é abusiva a cláusula contratual que importe em vedação da internação domiciliar como alternativa de substituição à internação hospitalar, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei n. 8.078/1990). Precedentes.

4. O serviço de saúde domiciliar não só se destaca por atenuar o atual modelo hospitalocêntrico, trazendo mais benefícios ao paciente, pois terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros.

5. Na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida como conversão da internação hospitalar. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.

6. A prestação deficiente do serviço de *home care* ou a sua interrupção sem prévia aprovação ou recomendação médica, ou, ainda, sem a disponibilização da reinternação em hospital, gera dano moral, visto que submete o usuário em condições precárias de saúde à situação de grande aflição psicológica e tormento interior, que ultrapassa o mero dissabor, sendo inidônea a alegação de mera liberalidade em seu fornecimento.

7. Recurso especial não provido. (REsp 1.537.301/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 23/10/2015)

Recurso especial. Plano de saúde. Serviço de *home care*. Cobertura pelo plano de saúde. Dano moral.

1 - Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de “home care” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.

2 - O serviço de “home care” (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde.

3 - Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

4 - Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (*home care*) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.

5 - Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.

6 - *Recurso especial a que se nega provimento*. (REsp 1.378.707/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 15/06/2015)

Ainda que, eventualmente, os custos da internação domiciliar venham a ser mais elevados, esta *Turma* ressaltou, no primeiro julgado acima, a possibilidade de o assistido “complementar o valor de tabela”.

Esse entendimento foi firmado para hipóteses de pacientes acometidos de doenças graves (v.g., doença pulmonar obstrutiva crônica, em ambos os casos acima), que não apresentavam condições clínicas de prosseguirem o tratamento por meio de atendimento ambulatorial, modo que o “*home care*” efetivamente substituía uma internação.

A expressão inglesa “*home care*”, contudo, abrange outros tipos de atendimento em domicílio.

Transcreve-se, a propósito, classificação descrita em publicação especializada sobre o tema:

Embora não exista definição formal, os termos ligados ao programa de ADS, enfocados sob a expressão inglesa “*home health care*” no Brasil são descritos, por Tavolari, como:

- *Assistência domiciliar*: termo genérico usado para qualquer ação em saúde que se processe em domicílio, sem levar em conta a complexidade ou objetivo do atendimento, indo de uma orientação simples até suporte ventilatório invasivo domiciliar.
- *Internação domiciliar*: relacionada com o cuidar intensivo e multiprofissional no domicílio, caracterizado por deslocamento de uma parte da estrutura hospitalar para a casa do paciente, promovendo um cuidado de moderada a alta complexidade, semelhante a um hospital em casa.
- *Atendimento domiciliar*: abrangendo os cuidados de saúde, multiprofissionais ou não, semelhante a um consultório em casa.

As variações de conceitos estão ligadas ao contexto sociocultural do paciente e às diferenças de interpretação que variam de uma empresa para outra ou de um serviço para outro. (AMARAL, Nilcéia Noli do. *et. at.* **Assistência domiciliar à saúde (*home health care*): sua história e sua relevância para o sistema de saúde atual**. Rev. Neurociências 9(3): 11-117, 2001, sem grifos no original)

No âmbito normativo, merece referência a Resolução da Diretoria Colegiada 11/2006, da ANVISA, que adota a expressão “atenção domiciliar” como gênero, subdividindo-a nas duas espécies abaixo descritas:

- *assistência domiciliar*: conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio;

- *internação domiciliar*: conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada.

A assistência domiciliar, nos termos definidos pela ANVISA, se difere da internação domiciliar pelo caráter ambulatorial do atendimento, abrangendo aqueles serviços que poderiam ser prestados num ambulatório (departamento hospitalar para atendimento - curativos, primeiros socorros, pequenas cirurgias, exames, etc. - de enfermos que podem se locomover), mas são prestados no domicílio do assistido.

Essa distinção é de suma importância do ponto de vista do equilíbrio econômico do contrato de plano de saúde, pois os custos da internação domiciliar podem ser compensados com os valores, naturalmente elevados, da internação hospitalar que foi substituída, como já afirmado.

Ao passo que os custos da assistência domiciliar, diferentemente, não substituem outros custos, tratando-se, portanto, de uma despesa adicional para as operadoras de plano de saúde.

Essa distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar, e seus reflexos no equilíbrio do contrato, foi abordada no julgamento do já aludido REsp 1.537.301/RJ, em que o relator, Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, fez referência à Resolução Normativa-ANS 338/2013, atualmente sucedida pela Resolução Normativa-ANS 428/2017, segundo a qual “nos casos em que a assistência domiciliar *não se dê em substituição à internação hospitalar*, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes” (art. 14, parágrafo único, sem grifos no original).

Sobre esse ponto, merece referência o seguinte trecho do voto de S. Exa., nos pontos ora destacados:

Cumprе ressaltar, por outro lado, que o ‘home care’ não pode ser concedido de forma automática, tampouco por livre disposição ou comodidade do paciente e de seus familiares.

De fato, na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida *não como extensão da internação hospitalar, mas como conversão desta*. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do

médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.

Isso porque, nesses casos, como *os serviços de atenção domiciliar não foram considerados no cálculo atuarial do fundo mútuo*, a concessão indiscriminada deles, quando mais onerosos que os procedimentos convencionais já cobertos e previstos, poderá causar, a longo prazo, desequilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde, comprometendo a sustentabilidade das carteiras.

De qualquer modo, quando for inviável a substituição da internação hospitalar pela internação domiciliar apenas por questões financeiras, a operadora deve sempre comprovar a recusa com dados concretos e dar oportunidade ao usuário de complementar o valor de tabela.

Apesar das razões de decidir desse julgado conduzirem ao entendimento de que a assistência domiciliar poderia se excluída da cobertura, o caso dos autos suscita nova reflexão sobre o tema.

Deveras, apesar de a assistência domiciliar representar um custo adicional imediato, essa modalidade de “*home care*” pode se mostrar vantajosa até mesmo para as operadoras, numa visão de médio prazo, especificamente naqueles casos em que o paciente apresenta melhora a ponto de dispensar uma internação, mas não a ponto de afastar o risco de um agravamento do quadro clínico, caso o tratamento não prossiga a contento.

Nesses casos, o agravamento do quadro clínico do paciente traria custos muito maiores para as operadoras do que os custos da manutenção da assistência domiciliar, de modo que o desequilíbrio imediato do contrato seria contrabalançado com o risco que se evita no futuro.

Esse juízo prognóstico, contudo, depende das circunstâncias de cada caso concreto, da complexidade de cada tratamento, de modo que não é possível estabelecer um balizamento tão bem definido como no caso da internação domiciliar.

Do todo modo, é importante ressaltar que a assistência domiciliar, ainda que prescrita como prolongamento da internação hospitalar ou domiciliar, não pode ser excluída, de antemão, da cobertura do contrato de plano de saúde.

Estabelecida essa premissa, volta-se ao caso dos autos.

O juízo de origem entendeu que a “internação domiciliar” havia evoluído para uma “assistência domiciliar”, tendo em vista a melhora apresentada até então pelo assistido, fato que justificaria a redução da assistência do regime integral para o regime de três horas diárias, conforme pretendido pela operadora.

Essa redução do tempo de assistência (chamada “desmame” ou “alta gradativa”) é prevista nos protocolos do serviço de “*home care*”, como se verifica no seguinte trecho de publicação da literatura especializada:

Ainda quanto à organização da assistência, pode-se perceber que se desenvolve, predominantemente, com a seguinte disposição: inicia-se com a alta hospitalar precoce, seguida da internação domiciliar *na qual ocorre o processo de “desmame”; isto é, a redução progressiva das horas de plantão do auxiliar de enfermagem e do número de visitas dos demais profissionais de saúde*, durante os internamentos domiciliares, procedendo-se, ou não, ao monitoramento da pessoa atendida e, fazendo-se evidente em todas essas etapas, a responsabilização da família nos cuidados com o doente.

.....

Nesta modalidade de assistência, se espera da família que esteja à disposição para ser treinada, devendo contribuir com a execução de diversas atividades normalmente desenvolvidas por auxiliares de enfermagem, apoiando esses profissionais no desempenho de suas funções, ou gradativamente substituindo-os na etapa de desmame. Desse modo, deve dispor de uma ou mais pessoas às quais comumente se denomina de “cuidadores”, as quais podem ofertar tempo e condições psicológicas para a assunção das novas tarefas cotidianas. Em alguns relatos, são explicitadas dificuldades do núcleo familiar com a situação: A família não quer assumir essa responsabilidade [...] com a higiene do paciente. É o que dificulta nosso trabalho e que está prejudicando o “home care”. (CUNHA, M. A. O. e MORAIS, H. M. M. **Assistência domiciliar privada em saúde e suas estratégias (aparentes e ocultas)**. Ciência & Saúde Coletiva, 12(6):1651-1660, 2007)

Nessa publicação, as autoras também apontam certo abuso das operadoras, que oferecem resistência em alterar o cronograma de alta pré-estabelecido, ainda que o quadro clínico do paciente não corresponda ao previsto (*obiter dictum*).

Seguindo na apreciação do caso concreto, o Tribunal de origem, apreciando os vastos elementos probatórios dos autos, concluiu que as sequelas físicas e fisiológicas que acometeram o assistido exigiriam manutenção do serviço de “*home care*” em regime de tempo integral.

Confira-se, a propósito, os seguintes excertos do acórdão recorrido:

A controvérsia recursal demanda que se analise, por conseguinte, se o autor ainda tem necessidade de “home care”, ou algum serviço a ser prestado em seu domicílio.

Observa-se, quanto ao “home care”, que este não pode ser negado pelo fornecedor de serviços médico-hospitalares, porque *nada mais é do que a continuidade do tratamento de um paciente*, em estado de grave debilidade de saúde, em internação domiciliar.

Nesse sentido, o custeio do “home care” faz parte do tratamento da saúde do associado ao plano de saúde, incluindo-se sua cobertura no contrato.

A propósito do “home care”, a inserção de tal serviço nos contratos de planos de saúde é decorrência da evolução da terapêutica em favor de determinados doentes.

.....

Aponte-se que os atestados médicos de fl. 445 e de fls. 446/447, corroborados pelo laudo crítico *apresentado pelo médico assistente do autor* (fls. 609/628), contradizem o laudo pericial no que se refere à assistência de enfermagem integral ao autor, assim dispondo:

.....

Diante de tais descrições, até um leigo poderia concluir que, um paciente do tamanho do autor este é um “indivíduo de aproximadamente 1,9m de altura e 100kg de peso” (laudo pericial, à fl. 283 da ação ordinária), com “grave comprometimento dos movimentos do tronco, membro superior esquerdo e membros inferiores, que o impede de realizar movimentos de transferência (sair da cama para cadeira de rodas e realização de higiene pessoal), conclusão da perícia mais recente, à fl. 556 da ordinária, o autor necessitaria da mobilidade integral das duas mãos para realizar o autocateterismo: uma para segurar a sonda e o gel de limpeza, e a outra para segurar o membro.

Alias, a *ambiguidade contraditória do laudo pericial* que endossou a sentença é surpreendente, pois que ao mesmo tempo que conclui as impossibilidades acima descritas, três parágrafos adiante, conclui também que “em relação ao cateterismo vesical, o Autor, por ser destro, pode realizá-lo sozinho”.

Mais uma vez, e para que não se fundamente o processo decisório apenas nas aparências, a *literatura médica disponível na internet* revela como se dá o autocateterismo:

.....

Absolutamente inverossímil portanto, possa o autor realizar e repetir de 4 em 4hs tal procedimento, per se.

Na mesma senda, que o procedimento seja realizado por familiar, eis que estar-se-ia submetendo o familiar a uma vida de dedicação ao outro, que não sobreviveria ao mais forte dos afetos por longo tempo.

Por fim, o cuidador.

O que seria o cuidador?

Nada há na lei que aponte para o conceito de tal figura, mas, a experiência comum revela (art. 335 CPC), que as pessoas idosas tem cuidadores, empregados domésticos ou terceiros de baixa ou nenhuma formação técnica, que são úteis para ministrar remédios, auxiliar o idoso a levantar-se da cama, dar banhos e levá-los para passear.

Não há prova nos autos de que um leigo em enfermagem possa de forma adequada e *sem riscos maiores ao já altamente lesionado autor, realizar os procedimentos necessários relativos à bexiga e intestinos neurogênicos do autor.*

Sublinhe-se que o fato de ser o autor destro, e ter o braço direito integralmente preservado, não basta para concluir-se que o mesmo poderia realizar os procedimentos sozinho.

Primeiro porque a integridade dos movimentos do membro superior direito foi constatada desde a primeira perícia, em 2003, não sendo novidade, e segundo, porque indubitavelmente a necessidade da mobilidade integral, inclusive com a função de “pega fina”, de ambos os membros superiores. (fls. 938/943)

Embora o Tribunal de origem não tenha enfrentado especificamente a controvérsia acerca do enquadramento do caso nas modalidades de internação ou assistência domiciliar, o quadro fático delineado no acórdão recorrido parece apontar para uma “assistência domiciliar”, pois os procedimentos que o Tribunal de origem entendeu devam ser mantidos em “*home care*” integral são esvaziamento vesical e retal, procedimentos normalmente realizados em ambulatório, não exigindo internação.

Sob essa ótica da mera assistência domiciliar, a operadora entende que não estaria obrigada a manter o serviço em regime de tempo integral, podendo realizar o “desmame” do “*home care*”, a fim de se preservar o equilíbrio do contrato, como já mencionado alhures.

Observa-se, porém, que o acórdão recorrido também se encontra fundamentado no laudo emitido pelo médico que assiste o paciente, tendo esse profissional prescrito expressamente “suporte de enfermagem constante” e “auxílio de enfermagem, 24 horas”, prescrições transcritas no acórdão recorrido (fl. 938).

Esse ponto do acórdão recorrido torna inviável o acolhimento da pretensão recursal da operadora de plano de saúde, pois a pretendida reforma do acórdão recorrido demandaria reexame dos elementos probatórios dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Por fim, tendo-se mantido o acórdão recorrido com base no laudo do médico assistente, torna-se irrelevante a controvérsia acerca das informações obtidas na internet pelo relator da apelação.

Destarte, o recurso especial não merece ser provido.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

Como consequência deste *decisum*, impõe-se também negar provimento ao recurso especial interposto nos autos do REsp 1.599.435/RJ, oriundo de ação cautelar inominada em apenso, uma vez que houve julgamento conjunto no Tribunal de origem.

Anexe-se cópia deste voto para os autos do REsp 1.599.435/RJ.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.641.038-CE (2016/0205813-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda

Advogados: Manoel Leandro de Noroes Milfont e outro(s) - CE003176

Edson Menezes da Nóbrega Filho e outro(s) - CE015937

EMENTA

Recurso especial. Usucapião. Estrangeiros. Pessoa jurídica brasileira. Controle estrangeiro. Equiparação. Requisitos especiais. Possibilidade jurídica do pedido.

1. Ação ajuizada em 01/10/2004. Recurso especial interposto em 26/08/2013 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recurso consiste em determinar se, à luz dos arts. 1º, § 1º, 8º da Lei 5.709/71, é juridicamente possível a usucapião por pessoa jurídica brasileira, cujo capital social seja majoritariamente controlado por estrangeiros.

3. A legislação impõe uma série de condições para a aquisição de terras rurais por estrangeiros, pessoas naturais ou jurídicas, pois nesta questão está envolvida a defesa do território e da soberania nacional, elementos imprescindíveis à existência do Estado brasileiro.

4. Por força do art. 1º, § 1º, c/c art. 8º da Lei 5.709/71, a pessoa jurídica brasileira também incidirá nas mesmas restrições impostas

à estrangeira, caso participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.

5. As mesmas limitações existentes na aquisição de terras rurais existentes para as pessoas estrangeiras – sejam naturais, jurídicas ou equiparadas – devem ser observadas na usucapião desses imóveis.

6. Recurso especial provido para afastar a impossibilidade jurídica do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 12.11.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/CE.

Ação: de usucapião rural, de imóvel denominado Fazenda Ouro Verde III, cuja área é de 343 hectares, conforme fls. 31-33 (e-STJ), alegando preencher os requisitos legais para a aquisição originária dessa área.

Sentença: extinguiu o processo, sem resolução do mérito, ao acolher preliminar de carência da ação, consistente na impossibilidade jurídica do pedido, em função do disposto nos art. 1º, § 1º, e 8º da Lei 5.709/71, que regula a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, em julgamento assim ementado:

Constitucional. Usucapião de imóvel por empresa estrangeira de capital nacional. Impossibilidade. Vedação contida na Lei n. 5.709/71. Recepção. Norma em consonância com o texto constitucional. Recurso conhecido e desprovido.

- Na presente lide empresa Del monte Fresh Produce Brasil Ltda., empresa nacional de capital estrangeiro, pretende usucapir propriedades rurais situadas na Chapada do Apodi. Diante da vedação expressa à usucapião por empresas estrangeiras ou nacionais com maioria do capital internacional, contida na Lei n. 5.709/71, o magistrado de piso acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu a lide sem resolução do mérito. O apelante, dentre outros temas devolvidos, pretende seja declarada a não recepção do art. 1º, § 1º, da Lei n. 5.709/71, argumentando que a Emenda Constitucional 06/95 teria revogado o artigo 171, que estabelecia distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, e que a limitação constitucional à aquisição de propriedade, prevista no art. 190, é direcionada apenas a empresas estrangeiras, não atingindo as brasileiras, seja qual a origem de seu capital.

- Da interpretação sistemática e do princípio da unidade da Constituição, conclui-se inexistir a pretendida incompatibilidade do § 1º, do art. 1º da Lei 5.709/71 com a Constituição Federal. Limitar a aquisição da propriedade de patê do território nacional por estrangeiros ou por empresas brasileiras controladas por estrangeiros é dar efetividade à soberania nacional (art. 1º, inciso I, CF), princípio fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo a independência do Estado brasileiro (art. 4º, inciso I, CF) na definição das políticas agrárias a serem implementadas, em busca do almejado desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CF).

- Incidente de inconstitucionalidade rejeitado.

- Sentença mantida.

Embargos de declaração: acolheu os embargos opostos pela recorrente, sem efeitos modificativos, a fim de esclarecer que sua natureza de pessoa jurídica brasileira, com capital estrangeiro.

Recurso especial: alega contrariedade ao disposto no art. 1º, § 1º, e 8º da Lei 5.709/71. Sustenta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

Admissibilidade: o TJ/CE não admitiu o recurso na origem e, após a interposição de agravo, à fl. 504 (e-STJ) determinou-se sua conversão em recurso especial, para melhor análise.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República, Maurício Vieira Bracks, opina pelo não conhecimento do recurso especial, por incidência da Súmula 83/STJ.

Mencione-se, por fim, que a recorrente também interpôs recurso extraordinário às fls. 385-406 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrigli (Relatora): O propósito recurso consiste em determinar se, à luz dos arts. 1º, § 1º, 8º da Lei 5.709/71, é juridicamente possível a usucapião por pessoa jurídica brasileira, cujo capital social seja majoritariamente controlado por estrangeiros, conforme transcrição abaixo:

Lei 5.709/71

Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.

§ 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior.

(...)

Art. 8º - Na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública.

Assim, pretende-se discutir se, na vedação constante no art. 8º da Lei 5.709/71, a pessoa jurídica brasileira, cuja maioria do capital social seja controlado por estrangeiros, também é equiparada à pessoa jurídica estrangeira.

1. Da aquisição de terras por estrangeiros

A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros há tempos é uma preocupação do legislador pátrio. Afinal, nesta questão está envolvida a defesa do território e da soberania nacional, elementos imprescindíveis à existência do Estado brasileiro, cujas dimensões continentais apenas aumentam a complexidade e o escopo do problema.

Desde o Império são editadas leis que dispõem a aquisição de terras por estrangeiros no Brasil. Benedito SILVÉRIO RIBEIRO identifica o Ato Complementar 45/1969, quer permitia a aquisição de terras apenas por brasileiros ou estrangeiros residentes no país, como um dos precursores da Lei 5.709/71 (**Tratado de Usucapião**. V. 1. S. Paulo: Saraiva, 2012, p. 328).

Tal legislação impõe uma séria de condições para a aquisição de terras rurais por estrangeiros, pessoas naturais ou jurídicas.

A título de exemplo, as pessoas naturais estrangeiras apenas poderão adquirir imóvel rural no Brasil se residirem no país e se tal imóvel não exceder 3 (três) módulos de exploração indefinida – MEI. Se o imóvel possuir entre 3 a 50 MEIs, dependerá de aprovação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e, se for superior a 50 MEIs, a aquisição será possível apenas com autorização do Congresso Nacional. Para as pessoas jurídicas estrangeiras, é necessária ainda a apresentação de projeto de exploração vinculado aos objetivos estatutários. Para uma melhor explicação dos limites, ver Michel HAVRENNE (**A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil**. In: RT, v. 101, n. 919, maio 2012).

2. Das pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros

A controvérsia se reveste de contornos mais complexos quando se envolve a possibilidade de aquisição de terras rurais por pessoas jurídicas brasileiras, com sede e administração no país, mas cujo capital social seja controlado por pessoas, físicas ou jurídicas, estrangeiras. Aliás, essa é exatamente a hipótese dos autos.

O § 1º do art. 1º da Lei 5.709/71 realiza expressa essa equiparação, conforme os termos legais: “§ 1º - *Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior*”.

Em âmbito administrativo, a Advocacia-Geral da União – AGU manifestou-se três vezes sobre o mencionado art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/71, por meio dos pareceres LA-04/1994 (anexo ao Parecer GQ-22), LA-01/1997 (anexo ao Parecer GQ-181); e LA-01/2010.

De forma resumida, o Parecer LA-04/1994 (anexo ao Parecer GQ-22) dispôs que o art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/1971, não foi recepcionado pela CF/88, em razão de suposta incompatibilidade material com a redação de seus arts. 171

e 190. A seguir, o Parecer LA-01/1997 (anexo ao Parecer GQ-181) reexaminou o Parecer LA-04/1994, em razão da revogação do art. 171 da CF/1988 pela EC 06/1995. Manteve a conclusão do Parecer LA-04/94, mas apontou que, com a revogação do art. 171, não haveria impedimento para que a legislação ordinária restringisse, em certos casos, a aplicação do capital estrangeiro no Brasil.

Por fim, em 2010, foi publicado o Parecer CGU-1/2008-RVJ (anexo ao Parecer LA-01/2010), que revogou os pareceres anteriores sobre o tema, além de afirmar ser possível o controle da aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros. Tal parecer foi aprovado pelo Presidente da República, gerando efeitos vinculativos à Administração Pública, nos termos do art. 40, § 1º, da LC 73/93.

Na esfera judicial, ainda existe controvérsia não resolvida acerca da recepção do § 1º do art. 1º da Lei 5.709/71, atualmente pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 342/DF e na ACO n. 2.463/DF.

Também de forma resumida, a ADPF n. 342/DF foi ajuizada pela Sociedade Rural Brasileira, especificamente para questionar a não recepção do mencionado dispositivo legal, bem como acerca da constitucionalidade da posição da AGU. Neste processo, ainda não há manifestação do STF, apenas parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido da recepção do art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/71.

Por sua vez, a ACO n. 2.463/DF foi ajuizada pela *União* e pelo INCRA em face do *Estado de São Paulo*, visando a declaração de nulidade da orientação normativa contida no Parecer n. 461-12-E da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que reconhecia a não-recepção do já citado dispositivo legal e, assim, permitia a aquisição de terras rurais por pessoas jurídicas brasileiras, sem distinções.

Nestes autos, em 1º/09/2016, houve o deferimento do pedido liminar pelo Min. Marco Aurélio, para suspender os efeitos no Parecer n. 461-12-E da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, até o julgamento definitivo da ação.

Feita a exposição acima, é importante consignar, contudo, que não houve, nas razões do recurso especial, qualquer pleito de declaração de inconstitucionalidade incidental acerca do art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/71 e, considerando que este tema já se encontra sob o escrutínio do Supremo Tribunal Federal, também não se faz pertinente, neste momento, suscitar de ofício tal discussão.

3. Da aplicação da Lei 5.709/71

Nas razões do recurso especial, o recorrente argumenta que a melhor interpretação sistemática da Lei 5.709/71 implicaria a exclusão da equiparação feita no art. 1º, § 1º, do campo de aplicação de seu art. 8º, que é assim redigido: “na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública”.

Assim, prossegue a recorrente, tais dispositivos legais não poderiam ser aplicados à hipótese, o que permitiria a ocorrência da usucapião do imóvel rural apontado na inicial.

No entanto, esta não parece ser uma interpretação possível para os dispositivos legais em discussão. Por força do art. 1º, § 1º, c/c art. 8º da Lei 5.709/71, a pessoa jurídica brasileira também incidirá nas mesmas restrições impostas à estrangeira, caso participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.

De outro lado, também não se verifica correta a interpretação conferida pelo Tribunal de origem ao art. 8º da Lei 5.709/71, no sentido de afastar a possibilidade de usucapião. No entanto, as mesmas condicionantes devem ser observadas tanto na aquisição derivada quanto na originária.

Com efeito, *as mesmas limitações existentes na aquisição de terras rurais existentes para as pessoas estrangeiras – sejam naturais, jurídicas ou equiparadas – devem ser observadas na usucapião desses imóveis*. Por exemplo, como argumenta SILVÉRIO RIBEIRO, o estrangeiro – pessoa natural – apenas usucapir imóvel rural apenas se ele for residente no país e se a dimensão da terra não exceder 3 (três) módulos de exploração - MEIs (*Op. cit.*, p. 334).

Da mesma forma, é possível que a pessoa jurídica estrangeira ou equiparada – tal como a recorrente – utilize a via prescricional comum para a aquisição de imóvel rural, *desde que preencha todos os requisitos previstos na legislação*. Com efeito, não poderá se socorrer da usucapião especial de imóvel rural, prevista no art. 191 da CF/88, mas a usucapião comum ainda lhe está ao alcance.

Entre os requisitos que deverão ser demonstrados, na lição de SILVÉRIO RIBEIRO (*Op. cit.*, p. 374-375) e de HAVRENNE (*Op. cit.*), encontram-se: (i) a demonstração de que o imóvel rural se destine à implantação de projetos agrícolas, pecuários ou industriais, vinculados aos objetivos estatutários da pessoa jurídica usucapiente (art. 5º da Lei 5.709/71); (ii) comprovação de que

“a soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não ultrapassa 1/4 da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis” (art. 5º do Decreto 74.965/74, que regulamenta a Lei 5.709/71); (iii) comprovação de que as pessoas de mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado no item anterior (art. 5º, § 1º, do Decreto 74.965/74); e (iv) a dimensão de totalidade dos imóveis rurais da pessoa jurídica usucapiente não poderá exceder 100 (cem) módulos de exploração – MEIs, nos termos art. 23 da Lei 8.629/1993.

De fato, o julgamento referido no bojo do acórdão recorrido não se presta a corroborar o entendimento esposado pelo Tribunal de origem. Mencione-se, novamente, o recurso citado:

Civil. Imóvel rural cuja área excede de 50 (cinquenta) módulos. Defesa da posse, por estrangeiro. Possibilidade. Mesmo que não tenha adquirido a propriedade do imóvel rural, o estrangeiro pode defender a posse que recebeu e mantém em função de negócio ajustado por instrumento particular - posse que, evidentemente, não induzirá ao usucapião por força do que dispõe a Lei n. 5.709, de 1971. Recurso especial não conhecido. (REsp 171.347/SP, Terceira Turma, julgado em 14/03/2000, DJ 12/06/2000, p. 105).

O precedente invocado, em realidade, não pugna pela impossibilidade total da usucapião de imóvel rural por estrangeiros, mas que a aquisição prescritiva não seria possível naquela hipótese, por ser contrária aos preceitos contidos na Lei 5.709/71.

Não se trata, portanto, de um pedido juridicamente impossível, mas que deve ser escrutinado, com toda a parcimônia e rigor, pelos órgãos jurisdicionais frente aos requisitos prescritos em lei.

Como afirmado no REsp 1.356.142/SP (Terceira Turma, DJe 17/10/2017), “*não cabe ao julgador, ao analisar a possibilidade jurídica, determinar se o autor tem ou não razão, não havendo que se confundir a impossibilidade jurídica do pedido com o mérito da causa*”.

De todo o exposto, conclui-se pela incorreção do acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, considerando que o Tribunal de origem deixou de analisar todos os requisitos existentes para a aquisição – originária ou derivada – de imóveis rurais por estrangeiros.

Esta Terceira Turma, no julgamento do REsp 1.331.115/RJ (Terceira Turma, DJe 22/04/2014), afirmou que “*a impossibilidade jurídica do pedido consiste, no plano da ação e não da relação de direito material, na inexistência da pretensão em abstrato no ordenamento jurídico*”. Dessa forma, para sua configuração é preciso que haja na lei vedação da existência da própria ação.

Na hipótese dos autos, não há nada no ordenamento jurídico que obste *prima facie* o reconhecimento da usucapião. É certo, contudo, que os requisitos há requisitos estritos e rigorosos, mas que devem ser devidamente auferidos pelos órgãos de jurisdição ordinária.

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para afastar a impossibilidade jurídica do pedido e fazer retornar os autos ao 1º grau de jurisdição para o devido julgamento do mérito da hipótese.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda., com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, no qual impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará assim ementado (e-STJ, fl. 321):

Constitucional. Usucapião de imóvel por empresa estrangeira de capital nacional. Impossibilidade. Vedação contida na Lei n. 5.709/71. Recepção. Norma em consonância com o texto constitucional. Recurso conhecido e desprovido.

- Na presente lide empresa Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda., empresa nacional de capital estrangeiro, pretende usucapir propriedades rurais situadas na Chapada do Apodi. Diante da vedação expressa à usucapião por empresas estrangeiras ou nacionais com maioria do capital internacional, contida na Lei n. 5.709/71, o magistrado de piso acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu a lide sem resolução do mérito. O apelante, dentre outros temas devolvidos, pretende seja declarada a não recepção do art. 1º, § 1º, da Lei n. 5.709/71, argumentando que a Emenda Constitucional 06/95 teria revogado o artigo 171, que estabelecia distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, e que a limitação constitucional à aquisição de propriedade, prevista no art. 190, é direcionada apenas a empresas estrangeiras, não atingindo as brasileiras, seja qual for a origem de seu capital.

- Da interpretação sistemática e do princípio da unidade da Constituição, conclui-se inexistir a pretendida incompatibilidade do § 1º, do artigo 1º, da Lei 5.709/71 com a Constituição Federal. Limitar a aquisição da propriedade de parte

do território nacional por estrangeiros ou por empresas brasileiras controladas por estrangeiros é dar efetividade à soberania nacional (art. 1º, inciso I, CF), princípio fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo a independência do Estado brasileiro (art. 4º, inciso I, CF) na definição das políticas agrárias a serem implementadas, em busca do almejado desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CF).

- Incidente de inconstitucionalidade rejeitado.

- Sentença mantida.

Trazido a julgamento desta Terceira Turma, a Relatora Min. Nancy Andrighi proferiu percuciente voto no sentido de dar-lhe provimento.

Em sua fundamentação, afastou a impossibilidade jurídica do pedido, ressaltando que sua análise se dá no plano da ação, de modo que sua configuração dependeria da expressa vedação legal, o que não existiria para o caso dos autos. Acrescentou ainda que, no caso de usucapião pretendida por pessoa jurídica nacional de capital majoritário estrangeiro deveriam ser observados, além das condições gerais para prescrição aquisitiva comum, os requisitos para aquisição de propriedade imóvel previsto na Lei n. 5.709/1971, ressaltando a impossibilidade de aquisição de propriedade por usucapião especial constitucional (art. 191 da CF/1988).

Por se tratar de questão nova no âmbito desta Corte Superior, pedi vista dos autos para um exame aprofundado.

Como bem ponderou a relatora em seu voto, a questão dos autos revela a preocupação antiga do legislador com a proteção e a integridade do território nacional, elemento essencial da soberania dos Estados nacionais modernos, e que sempre teve uma maior complexidade num país de dimensões continentais, como é o Estado brasileiro. Além disso, a questão continua atual e delicada, renovando-se neste momento de crescente fluxo de pessoas, o que tem potencializado os conflitos entre nacionais e estrangeiros.

Embora a questão dos autos não se refira à aquisição de propriedade por estrangeiros, mas sim por pessoa jurídica nacional de capital estrangeiro, é fato que a legislação ainda em vigor equiparou o tratamento entre estas empresas e os estrangeiros, sejam pessoas naturais, sejam pessoas jurídicas. A par da discussão dos eventuais reflexos da mudança constitucional sobre a validade e eficácia da Lei n. 5.709/1971, após a Emenda Constitucional n. 6/1995, a lei se presume constitucional, uma vez que, apesar da judicialização da questão perante o Supremo Tribunal Federal – ainda pendente de decisão –, até o momento não

houve a suspensão de sua eficácia. Do mesmo modo, como bem demonstrou o voto da Relatora, a legislação infraconstitucional e os pareceres vinculativos da AGU reforçam a plena eficácia da Lei no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a questão posta nos autos devolve a esta Terceira Turma o debate acerca da interpretação sistemática dos arts. 1º e 8º da Lei n. 5.709/1971, a fim de definir se de sua redação resulta em impossibilidade jurídica do pedido de usucapião e conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito.

A impossibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, é reconhecida pelo sistema processual brasileiro como pré-requisito à resolução do mérito da demanda instaurada. Traduz-se na transposição para o direito processual das condições de validade dos atos jurídicos, que se encontram explicitadas no art. 104 do CC/2002. Nesse paralelo, reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido significa afirmar que a pretensão veiculada não atende a via prevista em lei ou esbarra em via de defesa em lei, não se podendo ser compreendida de forma desconectada da relação de direito material, como aliás bem salientou esta Terceira Turma no julgamento do REsp n. 1.331.115/RJ, em que se reconheceu a possibilidade jurídica do pedido porque a pretensão de direito material perseguida encontrava assento na legislação material. O acórdão ficou assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial. Ação declaratória de inexigibilidade de obrigações. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Violação do art. 458 do CPC. Inocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Pedido. Interpretação lógico-sistemática. Causa de pedir. Exceção de contrato não cumprido. Possibilidade jurídica do pedido. Aplicação do direito à espécie.

.....

6. A formulação de pedido que objetiva tutela jurisdicional assegurada, em tese, pelo ordenamento jurídico em razão dos fatos narrados pela parte na petição inicial, em razão da adoção da teoria da asserção, resulta em possibilidade jurídica do pedido.

7. Uma vez ultrapassado o conhecimento do recurso especial, em atenção ao princípio da celeridade processual e desde que não viole o devido processo legal, abre-se ao STJ o conhecimento integral do processo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ.

8. A exceção de contrato não cumprido tem incidência temporária e efeito primordial de indução do contratante renitente ao cumprimento das obrigações contratual e voluntariamente assumidas.

9. Na hipótese dos autos, em que à época da sentença, a obrigação já se encontrava plenamente satisfeita por uma das partes, não há espaço para incidência da exceção do contrato não cumprido, por ausência de pressupostos legais.

10. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, afastando a impossibilidade jurídica do pedido, aplicar o direito à espécie.

(REsp n. 1.331.115/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/4/2014)

Desse modo, é de se concluir que a impossibilidade jurídica do pedido será peremptoriamente declarada quando houver expressa vedação legal, assim como quando o objeto jurídico pretendido concretamente não encontrar amparo no ordenamento jurídico (REsp n. 1.733.387/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/5/2018; REsp n. 1.661.571/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/5/2017; REsp n. 1.314.946/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 9/9/2016; REsp n. 1.551.968/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 6/9/2016; REsp 820.759/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 8/11/2007, p. 173; entre outros).

Diante dessas considerações, acompanho a Relatora Min. Nancy Andrighi quanto à questão central do voto, relativa à interpretação dos dispositivos destacados da Lei n. 5.709/1971.

Com efeito, esclarece o *caput* do art. 1º da referida lei o objeto de sua regência “o estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil ***só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei***”. A forma legalmente prevista, todavia, não especifica se a aquisição será derivada ou originária, devendo, por isso, ser observada em qualquer caso de aquisição de imóvel rural por estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, e equiparados.

Nesse passo, a determinação do art. 8º da Lei n. 5.709/1971 de que a escritura pública será da essência do ato de aquisição não é suficiente para afastar a aquisição originária. Isso porque a escritura pública é mero documento dotado de natureza jurídica probatória, o qual incrementa o grau de certeza de atos privados em virtude de sua forma solene e disponibilidade pública. Todavia, todos esses atributos são passíveis de substituição pela jurisdição estatal, exercida no bojo da ação judicial de usucapião. Outrossim, o novo Código de Processo Civil viabiliza a usucapião extrajudicial, a qual terá início justamente por meio de escritura pública na qual se declare o exercício da posse do imóvel usucapiendo,

o que afasta qualquer interpretação de incompatibilidade da escritura pública e da aquisição pela via prescritiva.

Com esses fundamentos, acompanho integralmente o voto da Relatora Min. Nancy Andrichi.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.676.623-SP (2015/0213515-3)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Rodobens Administradora de Consórcios Ltda

Advogados: Candido Rangel Dinamarco - SP091537

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes e outro(s) - SP206587

Cássio Hildebrand Pires da Cunha - DF025831

Oswaldo Daguano Júnior e outro(s) - SP296878

Caroline Dal Poz Ezequiel - SP329960

Recorrido: Sociedade Paulista de Veículos S.A

Advogado: Admar Gonzaga Neto - DF010937

Recorrido: Promocasa e Carro Promotora de Vendas Ltda

Advogados: Fernando Campos Scaff - SP104111

Anna Luiza Duarte Maiello e outro(s) - SP153968

EMENTA

Recurso especial. Ação de prestação de contas. Primeira fase. Contrato de agência. Promoção de venda de quotas de consórcio. Administração de bens de terceiros. Apuração unilateral da remuneração. Posse de documentos relevantes. Dever de prestar contas. Recurso especial desprovido.

1. O recurso especial debate a viabilidade jurídica da ação de prestação de contas e o dever de prestá-las decorrente de contrato de colaboração entre empresa promotora de vendas de quotas consorciais e administradora de consórcio.

2. O vínculo entre as partes litigantes é típico contrato de agência, regulado pelos arts. 710 e seguintes do CC/2002, por meio do qual a promotora das vendas se obriga a disponibilizar ao consumidor a aquisição de quotas consorciais, mediante remuneração, recolhendo propostas e transmitindo-as a administradora do consórcio (contratante).

3. O vínculo contratual colaborativo originado do contrato de agência importa na administração recíproca de interesses das partes contratantes, viabilizando a utilização da ação da prestação de contas e impondo a cada uma das partes o dever de prestar contas a outra.

4. A remuneração devida à promotora é apurada, após a conclusão dos contratos de aquisição de quotas, podendo ser influenciada também em razão de desistências posteriores, como no caso concreto, de modo que não é possível o conhecimento de todas as parcelas que compõem a remuneração final, sem a efetiva participação da administradora.

5. A apresentação extrajudicial e voluntária das contas não prejudica o interesse processual da promotora de vendas, na hipótese de não serem elas recebidas como boas. Precedentes.

6. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 26.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Rodobens Administradora de Consórcios Ltda., fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que Sopave - Sociedade Paulista de Veículos S.A. e outra propuseram ação de prestação de contas contra a recorrente com o objetivo de apurar eventual saldo credor decorrente de contrato relacional mantido entre elas, uma vez que a recorrente teria deixado de apresentar os valores recebidos em razão de quotas consorciais comercializadas pelas recorridas. Conforme se demonstrou, por esses contratos relacionais, a recorrente devia exercer a administração de consórcio para aquisição de bens móveis e imóveis, enquanto as recorridas eram responsáveis pela oferta e comercialização das quotas consorciais aos consumidores.

Em sentença proferida em primeira fase da ação de prestação de contas, foi reconhecido o dever de prestar de contas, determinando sua apresentação no prazo de 48 horas.

A recorrente impugnou a sentença por meio de apelação, recurso que foi desprovido pelo Tribunal de origem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 242):

Prestação de contas. Venda de cotas de consórcio. Contrato de prestação de serviços. Dever de prestar contas

- As informações iniciais possuídas pelas apeladas eram insuficientes para se alcançar o valor efetivamente devido a título de comissão, mormente porque dependiam da informação acerca da desistência ou exclusão de consorciados cujo conhecimento era da apelante, por ser ela a responsável pela administração das cotas que apenas vendidas pelas apeladas.

- Tendo em vista que era a apelante a responsável pela elaboração do cálculo dos valores a serem pagos à suas prestadoras de serviços (apeladas) à luz dos elementos que lhe eram fornecidos pelas apeladas, não há como afastar a obrigação reconhecida pelo juízo de Primeira Instância;

- Aparta-se esta julgadora do entendimento esposado pela apelante no que se refere à impossibilidade de utilização da ação de prestação de contas como sucedâneo da ação de cobrança, porque, em verdade, a ação de prestação de contas tem caráter dúplice na medida em que a segunda fase de seu procedimento tem por escopo não só julgar as contas prestadas, mas também, fixar o valor do eventual saldo existente, que poderá ser cobrado em execução forçada, nos termos do art. 918 do CPC.

Recurso improvido.

Opostos embargos de declaração, foram eles acolhidos, sem efeitos modificativos, tão somente para acrescentar à fundamentação que a discordância com as contas apresentadas extrajudicialmente assegura à parte o interesse para a propositura desta ação (e-STJ, fls. 256-261).

Nas razões do presente recurso especial, a recorrente aponta a violação dos arts. 3º, 267 e 914 do CPC/1973. Sustenta que, apresentadas as contas voluntariamente e antes da propositura da presente demanda, não se poderia reconhecer a existência de interesse processual para ação de prestação de contas, de modo que sua utilização se dá como sucedâneo de ação de cobrança. Outrossim, sustenta que o contrato que pautou a relação jurídica entre as partes litigantes não transferiu à recorrente a administração de bens ou interesses das recorridas, mas sim dos consumidores que adquiriram as quotas consorciais. Desse modo, a administradora não teria a obrigação de prestar contas à sua parceira, cuja atuação era estritamente de intermediação, remunerada por comissão.

Em juízo prévio de admissibilidade, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial, dando azo à interposição de agravo, o qual foi convertido pela Terceira Turma para posterior julgamento em pauta (e-STJ, fl. 397).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir a viabilidade da utilização da ação de prestação de contas para apuração de eventual saldo, e sua posterior execução, decorrente de contrato relacional firmado entre administradora de consórcios e empresa responsável pela oferta das quotas consorciais a consumidores.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da utilização da ação de prestação de contas se orientou conforme a identificação da existência de uma relação de direito material consubstanciada em administração de interesses de terceiros.

Com efeito, a natureza jurídica da relação de direito material encontra-se presente na *ratio decidendi* no enunciado n. 259/STJ (“a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária”), bem como, na via reversa, serviu de fundamento central para o afastamento do interesse de agir de clientes bancários para discutir relações de mútuo feneratício, conforme se extrai da seguinte ementa:

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Ação de prestação de contas. Contratos de mútuo e financiamento. Interesse de agir. Inadequação da via eleita.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: “Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas.”

2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(REsp n. 1.293.558/PR, Rel. *Min. Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, DJe 25/3/2015)

Isso porque a ação de prestação de contas possui rito especial, muito mais célere e simplificado, no intuito de obter o rápido acertamento de lançamentos havidos a crédito ou a débito para, ao final, declarar a existência de saldo em favor de uma das partes. E essa maior celeridade somente se justifica em razão da existência de uma relação jurídica, na qual as partes reconhecem a transferência da administração de seus bens ou interesses a outrem. Ao aceitar o encargo de administrar interesses jurídicos de terceiros, nasce também, por decorrência lógica, o dever de prestar ao titular do direito todas as informações necessárias a respeito da administração, especialmente aquelas que se referem a pagamentos e recebimentos realizados em seu nome e que demonstram o efetivo resultado da administração realizada.

Desse modo, uma vez que não está em julgamento uma relação de mútuo, tampouco se vislumbra a existência de um contrato bancário, é, portanto, imprescindível se perquirir a natureza jurídica do contrato firmado entre as partes litigantes, a fim de se concluir se há interesse jurídico para propositura da demanda, mantendo-se a coerência dos precedentes desta Corte Superior.

No caso dos autos, é incontroverso que as partes firmaram contrato pelo qual a recorrida promovia a venda de quota de consórcio administrado pela recorrente. É o que se depreende da descrição do contrato feita pela recorrida em sua petição inicial (e-STJ, fl. 2-3):

Sendo reconhecida a importância da *Sopave* no ramo de automóveis, foi então contratada pela Ré, conhecida empresa que atua no ramo de consórcio de bens e que, no âmbito de tais atividades, promove a formação de grupos para a aquisição cooperada de bens móveis duráveis e de imóveis.

Nesse sentido, buscando-se a união de esforços de tais empresas - líderes em seus ramos de atuação - que visavam ampliar os empreendimentos destinados à venda de quotas de consórcios no Estado de São Paulo e em outras unidades

da Federação, formalizaram as partes as suas obrigações e direitos, o que fizeram por meio de um contrato inicialmente celebrado no ano de 2000, denominado Convênio - Consórcio de Automóveis e Bens Imóveis, tendo por partes, inicialmente, a empresa Ré e a *Sopave S.A.* - Sociedade Paulista de Veículos.

Naquele contrato, estabeleceu-se que a “venda das quotas será feita pela equipe própria de vendedores” da *Sopave* (cláusula segunda, item 2.1).

Também ajustaram as partes que a análise dos documentos referentes à venda das quotas de consórcio caberia apenas e tão-somente à “contratante”, Ré nesta ação, o que se ajustou de acordo com o item 4.2, cláusula quarta do contrato celebrado, dotado da seguinte redação:

4.2- Da cobrança e análise de documentos: Não cabe à **contratada** nenhuma responsabilidade quanto à cobrança das parcelas, atribuição de crédito, análise de cadastros e análise de documentações de imóveis, correndo por conta da **contratante** todas as despesas com o funcionamento de tais serviços.

Tal qual descrita, a relação contratual configura típico contrato de agência (art. 710 do CC/2002), porquanto a recorrida, mais do que aproximar as partes – consumidor e administradora de consórcios – se responsabilizava pela oferta e venda das quotas, por equipe própria, sem vínculo de subordinação entre as partes contratantes e mediante pagamento da remuneração ajustada, tendo por finalidade recolher ou agenciar propostas para transmiti-las ao representado.

Diferentemente do contrato de corretagem, no qual o intermediador deve atuar com imparcialidade em relação a comprador e vendedor, o agente atua, permanente, profissional e habitualmente, em favor do representado (DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 3, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566). Nesse sentido ainda é atual a lição de Carvalho de Mendonça que reconhecia o representante comercial como um meio-termo entre vendedor e comissário, que (*apud* REQUIÃO, Rubens. Aspectos jurídicos da representação comercial, 1950.64 f. Tese Livre-docência. Congregação da Faculdade de Direito do Paraná, Curitiba, 1950, p. 30)

encarregado de achar compradores solventes para as mercadorias de casas localizadas em outras praças. O representante, prossegue, não obra em seu nome nem como mandatário da casa, cujas mercadorias procura colocar; não figura como comprador perante o vendedor, ou vice-versa; não assume responsabilidade pecuniária; limita-se a diligenciar os negócios e aproximar os contratantes, pondo-os em relações diretas. É quase um corretor, mas um corretor agente de informações, que à habilidade no trato mercantil precisa reunir grande tino e grande prudência

A recorrida, como é da essência do contrato de agência, agia, portanto, no intuito de conseguir o que interessava à recorrente; atuava em seu interesse. Noutras palavras, é da essência dessa relação contratual a existência de administração de interesses de outrem, ou seja, da representada.

Em síntese, apesar de não ser gestora, mandatária ou administradora, como pontua o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 244), no sentido técnico-jurídico desses termos, era a recorrente a parte representada em um contrato colaborativo de agência, no qual cada parte exercia sua obrigação e não detinha sozinha o conhecimento de todas as parcelas relevantes para o fiel cumprimento do contrato entre elas estipulado. Nesse cenário, é evidente o dever da recorrida de prestar contas à representada e, por igual, em reciprocidade, da representada à recorrida, sendo corolário lógico o reconhecimento da legitimidade ativa e passiva das partes contratantes. Tanto é assim que a própria recorrente afirma ter prestado as contas voluntariamente, denotando que ela também se entendia como devedora dessa obrigação de fazer.

Pois bem, definida a existência do dever de prestar contas, deve-se prosseguir na análise da existência do interesse processual, porquanto a recorrente alega que a obrigação teria sido cumprida voluntariamente, de modo que esta ação já não guardaria utilidade. Nesse ponto, sublinha-se que a presente ação se encontra na primeira fase e ainda não é devida qualquer análise quanto às contas em si, boas ou não.

Isso posto, enfatiza-se que a recorrida não era responsável pela conclusão dos negócios jurídicos entre consumidor e recorrente, não tendo, por consequência, acesso inequívoco aos documentos em que se baseava a apuração de sua remuneração. Além disso, ainda havia no presente contrato de agência a peculiaridade de que, na hipótese de desistência do consorciado, havia desconto da comissão.

É o que esclarece o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 244):

Ademais, oportuno salientar, nesse particular, que apesar de boa parte dos dados utilizados para o cálculo dos valores referentes às comissões virem do próprio trabalho das apeladas, extrai-se do teor das cláusulas "a- 1-2" e "a- 1-3" que em caso de desistência dos consorciados, deveria ser restituído certo percentual das comissões já recebidas, sendo certo, ainda, que referido montante poderia ser pago ou compensado das comissões a receber, ou seja, há que se acertar, em face do que disciplinam estas cláusulas, um cálculo decorrente da relação de crédito/débito.

Nota-se, assim, que a sistemática de pagamento da remuneração devida se fazia por meio de conta-corrente, em que tanto os lançamentos a crédito como a débito eram realizados unilateralmente pela recorrente. A discriminação desses lançamentos, que se alega já ter ocorrido, não é suficiente, todavia, para exaurir o interesse processual, na modalidade utilidade, da ação de prestação de contas.

Aliás esse entendimento, há muito foi agasalhado por esta Corte Superior, em julgamentos realizados sob o enfoque dos contratos de contas-correntes bancárias, quando se entendeu que a ausência de resistência quanto ao dever de prestar contas, além de viabilizar a submissão da parte à primeira fase do procedimento, não afastava a utilidade da ação e o interesse do consumidor.

Nesse sentido (sem destaques no original):

Processo Civil. Ação de prestação de contas ajuizada por correntista. Extratos bancários emitidos e apresentados extrajudicialmente. Divergência quanto aos lançamentos. Interesse de agir. Supressão da primeira fase. Critério de fixação dos ônus da sucumbência. Recurso conhecido e provido.

I - Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.

II - O interesse de agir decorre, em casos tais, do fato de que "o obrigado a contas se presume devedor enquanto não prestá-las **e forem havidas por boas**".

III - Sendo certo, porém, que o fornecimento periódico de extratos de movimentação de conta corrente pela instituição bancária traduz reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, injustificável se afigura, por ausência de litigiosidade em relação a tanto, a divisão do rito em duas fases (art. 915), constituindo imperativo de ordem lógica a supressão da primeira, cuja finalidade (apuração da existência de obrigação de prestar contas) resta, em face de tal reconhecimento, esvaziada e superada.

IV - Adstrito o âmbito da controvérsia tão-somente a exatidão, ou não, das contas extrajudicialmente apresentadas, apenas em função do êxito e fracasso das partes a esse respeito e que se há de balizar a fixação dos ônus da sucumbência.

(REsp n. 12.393/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 28/3/1994, p. 6324)

Esse foi o entendimento que, por fim, prevaleceu nesta Corte Superior, resultando na edição da Súmula 259/STJ, já mencionada, para a qual o referido julgamento serviu de precedente.

De fato, o dever de prestar contas desborda a mera demonstração pormenorizada, parcela a parcela, dos débitos e créditos, e só será tido por adimplido após serem as contas apresentadas julgadas boas. Não se dando por satisfeito com as contas voluntariamente apresentadas, portanto, remanesce o interesse da parte recorrida em propor a presente ação de prestação de contas. Outrossim, no caso dos autos, como a recorrente resiste até mesmo ao dever de prestar, não é sequer dispensável a primeira fase.

Por último, não sensibiliza o argumento da recorrente de que não seria admissível subordinar ao alvedrio de quem recebe as contas a decisão se elas são boas ou não (e-STJ, fl. 276). Isso porque a possibilidade de propositura da presente ação é o extremo oposto dessa afirmação: não se deixa ao alvedrio de nenhuma das partes; a decisão quanto as contas é matéria da segunda fase do procedimento e será decidida pelo Poder Judiciário, por meio desta demanda, na hipótese em que as contratantes não consigam chegar sozinhas a um consenso.

Com esses fundamentos, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.760.966-SP (2018/0145271-6)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Lenyara Sabrina Lucisano

Advogado: Fernando Henrique Almeida F. Bardi F. de Souza - SP236794

Recorrido: Pallone Centro Automotivo Comercio e Importacao Ltda

Advogado: Daiara Fornasier Morone Vinelli - SP342814

Recorrido: BFB Leasing S/A Arrendamento Mercantil

Advogado: Luís Henrique Higasi Narvion - SP154272

EMENTA

Recurso especial. Pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015.

Juízo de Primeiro Grau que revogou a decisão concessiva da tutela, após a apresentação da contestação pelo réu, a despeito da ausência de interposição de agravo de instrumento. Pretendida estabilização da tutela antecipada. Impossibilidade. Efetiva impugnação do réu. Necessidade de prosseguimento do feito. Recurso especial desprovido.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual.

3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que

ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.

3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

3.2. É de se observar, porém, que, embora o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 7.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Lenyara Sabrina Lucisano ajuizou pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente em desfavor de BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação Ltda., buscando “excluir o nome da autora como proprietária do veículo *Fiat/Palio Fire Economy*, ano 2009/2010, placa EEQ2067 nos cadastros do *Detran* SP e da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo”, bem como “a declaração da cessação da responsabilidade da autora sobre os débitos do veículo a partir de 1º de dezembro de 2011 e a condenação das requeridas em danos materiais e morais e verbas sucumbenciais” (e-STJ, fls. 30-31).

O Juízo de primeiro grau reconheceu a sua incompetência no que pertine ao pedido de tutela antecipada, sob o fundamento de que, “embora a ação original se refira a compra e venda de bem móvel, há questão referente à obrigação tributária, vale dizer, ao pagamento do IPVA, bem como a exclusão do nome da parte autora pelos débitos posteriores à alienação do veículo, pretendendo a autora a exclusão de seu nome como proprietária do veículo junto à Ciretran e Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo”, sendo certo que o “referido pedido não pode ser cumulado com a ação indenizatória, nos termos do art. 327, § 1º, inciso II, pois este juízo não é competente para análise de pedidos nos quais deve haver a participação de ente de direito público” (e-STJ, fl. 64).

Diante disso, foi deferido à autora o prazo de 15 (quinze) dias para aditar a inicial, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

A autora, então, aditou a inicial, ocasião em que pleiteou “a condenação da 2ª Requerida [Pallone] na obrigação de promover nos registros do Detran/SP a transferência, para o seu nome, do veículo *Fiat/Palio Fire Economy*, ano 2009/2010, placa EEQ2067, descrito na inicial, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao dia, bem como na condenação ao pagamento de danos materiais relativos aos valores eventualmente pagos a título de IPVA e multas referentes ao veículo *Fiat/Palio Fire Economy*, ano 2009/2010, placa EEQ2067, a serem apurados em sede de liquidação de sentença, e a condenação das requeridas em danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada, além das verbas sucumbenciais” (e-STJ, fls. 36-37).

Após o referido aditamento da inicial, o Juízo de primeiro grau deferiu o pedido de tutela “para determinar que a corré, Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação *Ltda*, proceda à transferência do veículo Fiat/Palio Fire Economy, placa EEQ 2067, para sua titularidade, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais)” (e-STJ, fl. 62), sendo designada, na mesma oportunidade, audiência de conciliação, além de determinar a citação e intimação dos réus.

A ré Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação se antecipou e ofereceu contestação, embora o prazo ainda não tivesse sido iniciado, ocasião em que pleiteou expressamente a revogação da tutela deferida, sob o argumento de que era impossível o seu cumprimento, além do julgamento de improcedência do pedido (e-STJ, fls. 38-59).

O Juízo de primeiro grau, por sua vez, revogou a tutela antecipada concedida, com a exclusão da multa diária estipulada, tendo em vista “a impossibilidade de seu cumprimento, eis que o documento de transferência do veículo se encontra em nome de Paulo de Oliveira, de maneira que inexistem condições para que a requerida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação transfira o veículo para seu nome, tornando impossível o cumprimento da tutela provisória” (e-STJ, fl. 9).

Contra essa decisão, Lenyara Sabrina Lucisano interpôs agravo de instrumento, ao argumento, em síntese, de que, como não houve recurso da

decisão que havia deferido a tutela, operou-se a estabilização de seus efeitos, nos termos do art. 304, *caput* e §§ 2º, 3º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, todavia, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Tutela provisória. Art. 1.015, inciso I, do CPC. Autor que indicará na petição inicial que pretende valer-se do benefício da estabilização dos efeitos da tutela. Art. 303, § 5º, do Código de Processo Civil. *Pedido. Boa-fé.* Interpretação do pedido que considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé (cf. art. 322, § 2º, do CPC). Negado provimento.

Posteriormente, os embargos de declaração opostos ao referido *decisum* foram acolhidos, em parte, apenas para sanar erro material.

Daí o presente recurso especial, em que a recorrente alega que o acórdão recorrido, ao não reformar a decisão que revogou a tutela antecipada antecedente concedida, contrariou o artigo 304, *caput*, §§ 2º, 3º, 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta que “o r. acórdão guerreado, *data maxima venia*, faz uma interpretação equivocada do parágrafo 5º do artigo 303 do Código de Processo Civil, no sentido da necessidade de se requerer na inicial a aplicação dos efeitos da estabilização da demanda”, porquanto “essa interpretação colide com a doutrina dominante, segundo a qual o artigo 303, § 5º, do CPC autoriza, desde que expressamente consignado na petição inicial, o requerimento, tão somente, da antecipação da tutela satisfativa, complementando-se os demais pedidos em aditamento” (e-STJ, fl. 127).

Na hipótese, as recorridas não interpuseram agravo de instrumento contra a concessão da tutela, razão pela qual “a tutela concedida tornou-se estável, não sendo passível de reconsideração nos autos em que foi proferida”, sendo certo que “o artigo 304, § 6º, do CPC é claro ao afirmar que a decisão que concede a tutela de urgência não fará coisa julgada. Todavia, a estabilidade de seus efeitos somente pode ser afastada por decisão proferida em ação ajuizada por uma das partes, na inteligência dos §§ 2º e 3º do artigo 304 do CPC” (e-STJ, fl. 128).

Dessa forma, “enquanto as recorridas não ajuizarem ação autônoma que vise a revisão, reforma ou a invalidação da tutela concedida, seus efeitos permanecem estáveis, não podendo ser modificados nos autos em que foi proferida” (e-STJ, fl. 129).

Busca, assim, o provimento do recurso especial para que seja cassada a decisão que revogou a tutela antecipada concedida, reconhecendo-se a

estabilização de seus efeitos, em conformidade com o disposto nos arts. 303 e 304 do CPC/2015.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A controvérsia discutida no presente feito consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

1. Delimitação fática.

Colhe-se dos autos que Lenyara Sabrina Lucisano, ora recorrente, em dezembro de 2011, entregou o veículo *Fiat/Palio* como parte do pagamento na aquisição de um novo automóvel, ocasião em que comprovou a quitação do financiamento do referido veículo junto à BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e forneceu a documentação necessária para a transferência do registro para o nome de terceiro adquirente, Paulo de Oliveira, que, igualmente, contratara com a recorrida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação Ltda.

Lenyara Sabrina Lucisano, portanto, adquiriu um automóvel da Pallone, dando, como parte do pagamento, o seu veículo *Fiat/Palio*, e a Pallone vendeu o referido veículo da ora recorrente a Paulo de Oliveira, na mesma oportunidade.

Ocorre que, em outubro de 2016, a autora Lenyara foi surpreendida com o recebimento de uma carta de “Comunicação de Lançamento de IPVA”, relativa ao exercício do ano de 2016, no valor de R\$ 860,92 (oitocentos e sessenta reais e noventa e dois centavos).

Por essa razão, Lenyara manejou pedido de tutela antecipada de caráter antecedente em desfavor de BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação Ltda., alegando, em síntese, que, conquanto ciente de que o veículo não era mais de sua propriedade desde 1º de dezembro de 2011, a primeira requerida fizera a comunicação de venda do bem em seu nome apenas no ano de 2015, enquanto a segunda requerida

teria negligenciado totalmente os termos do contrato com ela celebrado, o qual impunha a responsabilidade da adquirente pelo pagamento dos débitos atrelados ao veículo a partir de 1º de dezembro de 2011.

Inicialmente, o Juízo de primeiro grau deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a requerida Pallone procedesse à transferência do veículo para a sua titularidade no prazo de dez dias, sob pena de multa diária.

Ocorre que, após a contestação apresentada pela Pallone, na qual pleiteou-se expressamente a revogação da tutela deferida, o Magistrado *a quo* proferiu a seguinte decisão (e-STJ, fl. 9):

No tocante à decisão liminar, reconheço a impossibilidade de seu cumprimento, eis que o documento de transferência do veículo se encontra em nome de Paulo de Oliveira, de maneira que inexistem condições para que a requerida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação transfira o veículo para seu nome, tornando impossível o cumprimento da tutela provisória.

Desta forma, revogo a tutela antecipada concedida às fls. 49, decisão que acarretará a carência no que se refere à cobrança da multa estipulada.

A referida decisão foi impugnada pela autora por meio de agravo de instrumento, ao argumento de que não seria possível a reconsideração do deferimento da tutela antecipada, visto que a mesma já estava estabilizada, em razão da ausência de interposição de recurso pelas requeridas.

O Tribunal de origem, contudo, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada, apoiando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 98-99):

(...), confirma-se ora em sede de juízo de delibação a conclusão de que o pleito de concessão de tutela provisória de urgência antecipada antecedente, ao contrário do alegado pela agravante, não seguiu o procedimento legal adequado, com destaque à inobservância do disposto no art. 303, § 5º, do Código de Processo Civil.

Com efeito, a agravante ajuizou a presente ação com pedido de tutela antecipada sem indicar claramente na petição inicial que pretendia valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303, tampouco seguindo-se o procedimento correlato a posteriori, *in verbis*:

(...)

Nessa senda, a decisão que deferiu a liminar pleiteada a priori, tampouco consignou tratar-se do referido procedimento excepcional; determinando a citação da parte ré apenas para apresentar contestação.

A interpretação do pedido, por sua vez, impõe a consideração do conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé (cf. art. 322, § 2º, do CPC), concluindo-se pela infrutuosidade dos argumentos lançados no recurso.

Feito esse breve relato dos fatos, passo ao exame do mérito recursal.

2. Da apontada negativa de vigência dos arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015

No CPC de 1973, a tutela antecipada poderia ser requerida na própria petição inicial, juntamente com o pedido principal, ou no decorrer do processo, isto é, incidentalmente.

O Código de Processo Civil de 2015, no entanto, além das referidas hipóteses, traz a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito.

Caso concedida a tutela antecipada antecedente, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma prevista no art. 334. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

O referido dispositivo legal está assim redigido:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Uma das grandes novidades trazidas pelo novo diploma processual civil é a possibilidade de *estabilização* da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, disciplinada no referido art. 303.

Essa previsão foi trazida pelo art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015, que assim dispõe:

Art. 304. *A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.*

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade

dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Como visto, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução do mérito.

No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

O referido instituto, que foi inspirado no *référé* do Direito francês, serve para abarcar aquelas situações em que as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença). Em outras palavras, o autor fica satisfeito com a simples antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e o réu não possui interesse em prosseguir no processo e discutir o direito alegado na inicial.

Imagine-se, por exemplo, que o indivíduo formule um requerimento administrativo junto a um cadastro de inadimplentes (Ex.: *Serasa*), pleiteando a retirada de seu nome, sob a alegação de ser indevida a negativação. O *Serasa*, por sua vez, responde dizendo que somente com ordem judicial poderá excluir o nome do requerente do cadastro negativo.

Na hipótese, caso o indivíduo consiga o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, com o objetivo exclusivo de retirar seu nome do cadastro negativo, certamente ficará satisfeito, não havendo necessidade de se prosseguir com o processo em busca de uma tutela final. O *Serasa*, por sua vez, também não terá interesse em recorrer da decisão, tampouco de prosseguir no litígio com o autor, pois apenas precisava de uma “autorização” judicial para retirar o nome do autor do respectivo cadastro, sendo despidendo, para ele, a discussão acerca do débito que originou o registro negativo.

Nesse caso, o processo será extinto, sem resolução de mérito, e a decisão concessiva da tutela antecipada se estabilizará.

A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, *nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito*, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material.

Por essa razão, é que, conquanto o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo *recurso*”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de *impugnação* pela parte contrária.

Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada.

Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.

Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma.

Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada.

Da mesma forma, tal situação também acarretaria um estímulo desnecessário no ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Daniel Assumpção, ao tratar desse tema, bem esclarece essa questão, ao consignar o seguinte:

Há entendimento doutrinário no sentido de ser afastada a estabilização ora analisada havendo impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada por qualquer forma, recursal ou não. Também a contestação do réu é apontada como hábil a evitar a estabilização da tutela antecipada. Nesse caso, é preciso lembrar que o art. 303, II, do Novo CPC, prevê que no pedido de tutela antecipada antecedente o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, prevista no art. 334 do Novo CPC. Significa dizer que o réu não será

intimado para contestar, sendo que, tecnicamente, seu prazo para a apresentação de defesa nem terá se iniciado. *É natural que se o réu se adiantar e já contestar o pedido a tutela antecipada não se estabilizará. Mas também não deve ser descartada a possibilidade de o réu simplesmente peticionar nos autos expressando o desejo de participar de tal audiência, o que demonstrará, de forma clara, sua intenção de que o procedimento siga seu rumo regular.*

Tenho um entendimento ainda mais amplo, admitindo que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu, ainda que não seja voltado à impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, é o suficiente para se afastar a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. O réu pode, por exemplo, peticionar perante o próprio juízo que concedeu a tutela antecipada afirmando que, embora não se oponha à tutela antecipada concedida, não concorda com a estabilização, e que pretende a continuidade do processo com futura prolação de decisão de mérito fundada em cognição exauriente, passível de formação de coisa julgada material.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - Volume Único**. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 452 - sem grifo no original)

Na mesma linha de entendimento, Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira sustentam que “se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização - afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada” (**Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 12ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 690).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero também entendem dessa forma, afirmando que “se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo. (**Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 418).

Na hipótese, o Tribunal de origem entendeu que não poderia ocorrer a estabilização da tutela antecipada porque a autora “ajuizou a presente ação com pedido de tutela antecipada *sem indicar claramente na petição inicial que pretendia valer-se do benefício previsto no caput do art. 303*, tampouco seguindo-se o procedimento correlato *a posteriori*” (e-STJ, fl. 98 - sem grifo no original).

Tal entendimento, contudo, revela-se equivocado.

Isso porque, da leitura da petição inicial de fls. 24-32 (e-STJ), verifica-se que a autora manejou uma “tutela de urgência antecipada antecedente com pedido liminar”, ocasião em que pleiteou “o direito ao posterior aditamento da inicial para complementação dos pedidos”, como, de fato, ocorreu.

Dessa forma, embora a autora não tenha afirmado expressamente que pretendia valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303 do CPC/2015 - que permite a formulação de uma petição inicial resumida para posterior aditamento -, conforme determina o seu parágrafo 5º, é possível concluir, sem qualquer dúvida, que essa era a intenção da requerente, sobretudo em razão da existência de capítulo próprio pleiteando o direito de aditar posteriormente a petição inicial, procedimento que só se verifica na sistemática do referido art. 303.

Entretanto, no caso concreto, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a requerida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação apresentou “contestação com pedido de liminar”, pleiteando expressamente a revogação da referida decisão concessiva da tutela, argumentando ser impossível o seu cumprimento, pois o automóvel estava registrado em nome de terceira pessoa, visto que a ré havia apenas intermediado a negociação do veículo.

Esse argumento foi acolhido pelo Juízo de primeiro grau, que reconsiderou a decisão concessiva da tutela antecipada e determinou o prosseguimento do feito.

Nesse caso, na linha dos fundamentos declinados neste voto, não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, pois, a despeito de não ter havido recurso contra a decisão que a concedeu, a ré apresentou contestação, inclusive com pedido expresso de revogação do respectivo *decisum*.

Por essas razões, nada há a ser modificado no entendimento manifestado pelas instâncias ordinárias, que afastaram o reconhecimento da estabilização da

tutela pretendida pela autora, ora recorrente, e determinaram o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.762.786-SP (2018/0087018-1)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Guilherme Cereta de Lima

Advogados: Joaquim Pedro de Oliveira e outro(s) - DF002191

Carlos Eduardo da Silva - SP231879

Carlos Eduardo Corrêa da Silva e outro(s) - SP222710

Recorrido: Eduardo Pereira Rodrigues

Advogados: André Muszkat e outro(s) - SP222797

Bruno da Silva Madeira - SP343967

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Agressões. Físicas e verbal. Moral. Árbitro. Partida de futebol. Responsabilidade civil. Jogador. Ato ilícito. Configuração. Conduta. Desproporcionalidade. Dano à honra e imagem. Configuração. Reparação devida. Justiça Comum. Condenação. Justiça Desportiva. Irrelevância.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em verificar se as agressões físicas e verbais perpetradas por jogador profissional contra árbitro de futebol, na ocasião de disputa da partida final de importante campeonato estadual de futebol, constituem ato

ilícito indenizável na Justiça Comum, independentemente de eventual punição aplicada na esfera da Justiça Desportiva.

3. Nos termos da Constituição Federal e da Lei n. 9.615/1998 (denominada “Lei Pelé”), a competência da Justiça Desportiva limita-se a transgressões de natureza eminentemente esportivas, relativas à disciplina e às competições desportivas.

4. O alegado ilícito que o autor da demanda atribui ao réu, por não se fundar em transgressão de cunho estritamente esportivo, pode ser submetido ao crivo do Poder Judiciário Estatal, para que seja julgado à luz da legislação que norteia as relações de natureza privada, no caso, o Código Civil.

5. A conduta do jogador, mormente a sorrateira agressão física pelas costas, revelou-se despropositada e desproporcional, transbordando em muito o mínimo socialmente aceitável em partidas de futebol, apta a ofender a honra e a imagem do árbitro, que estava zelando pela correta aplicação das regras esportivas.

6. O evento no qual as agressões foram perpetradas, final do Campeonato Paulista de Futebol, envolvendo dois dos maiores clubes do Brasil, foi televisionado para todo o país, o que evidencia sua enorme audiência e, em consequência, o número de pessoas que assistiram o episódio.

7. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso, decide a Terceira Turma, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 26.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Guilherme Cereta de Lima*, com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Indenização por danos morais. Futebol. Disciplina desportiva. Sentença de procedência, condenando o réu a indenizar danos morais no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao autor. Irresignação do réu. Atuação subsidiária da Justiça comum. Suficiência, no caso, da punição disciplinar da Justiça desportiva. Inteligência do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal. Justiça estatal que deve, a princípio, ser deferente à atuação da Justiça desportiva.

Inocorrência de ofensas anormais, que tenham transbordado às práticas desportivas e atingido excepcionalmente a moral do apelado. Danos morais descaracterizados. Sentença reformada.

Recurso provido (fl. 235 e-STJ).

Em suas razões (e-STJ fls. 251/268), o recorrente aponta violação do artigo 186 do Código Civil ao fundamento de que as injustas agressões físicas e verbais perpetradas por jogador profissional contra ele, no momento que em apitava o segundo jogo da final do Campeonato Paulista de Futebol do ano de 2015, constituem ato ilícito e geram o dever de reparação.

Afirma que não pode prevalecer o entendimento sufragado pela Corte estadual de que a condenação na esfera desportiva é suficiente para “solucionar o dano e a humilhação sofridos pelo Recorrente”, sendo perfeitamente possível a pretensão de indenização por danos morais na esfera da Justiça Comum.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 274/288), e inadmitido o recurso na origem, determinou-se a conversão do agravo (AREsp n. 1.278.641/SP) em recurso especial para melhor exame da matéria (e-STJ fl. 367).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O recurso merece prosperar.

O julgamento do recurso especial é realizado com base nas normas do Código de Processo Civil de 2015 por ser a lei processual vigente na data de

publicação da decisão ora impugnada (cf. Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A controvérsia a ser dirimida reside em verificar se as agressões físicas e verbais perpetradas por jogador profissional contra árbitro de futebol, quando da disputa da partida final de importante campeonato estadual de futebol, constituem ato ilícito indenizável na Justiça Comum, independentemente de eventual punição aplicada na esfera da Justiça Desportiva.

1. Histórico

Noticiam os autos que Guilherme Cereta de Lima, ora recorrente, ajuizou ação de indenização por danos morais contra Eduardo Pereira Rodrigues (conhecido como “Dudu”), ora recorrido, em decorrência de agressões verbais e físicas que alega ter sofrido do referido jogador na final do Campeonato Paulista de Futebol profissional do ano de 2015, entre as agremiações do Santos Futebol Clube e da Sociedade Esportiva Palmeiras, enquanto arbitrava a partida.

Segundo a exordial, após um desentendimento do senhor Eduardo Pereira Rodrigues com um adversário em campo, o recorrente expulsou os dois atletas, momento em que o jogador, em ato reputado desleal, correu em direção do autor da demanda, atingido-o fortemente pelas costas com seu antebraço, além de ofendê-lo com as seguintes palavras, devidamente relatadas na súmula da partida: “você é um safado, sem vergonha, veio aqui roubar a gente, seu filho da puta, mau caráter, ladrão” (e-STJ fl. 4).

Sustenta o autor que as ofensas foram veiculadas por emissoras de televisão de todo o mundo, bem como na rede mundial de computadores, dada a grande visibilidade da partida, final de um campeonato importante, circunstância que lhe teria causado inegável dano de natureza moral.

Aduz, ainda, para realçar a gravidade da conduta do réu, que a Justiça Desportiva o condenou à pena de suspensão das atividades esportivas pelo período de 180 (cento e oitenta dias), uma das maiores punições naquela esfera.

A Juíza de primeiro grau julgou procedente o pedido autoral em decisão assim fundamentada:

(...)

Trata-se de ação de indenização por danos morais.

De acordo com o que consta nos autos, restou configurada a conduta ilícita perpetrada pelo requerido - este jogador de futebol - em face do requerente -

este árbitro da partida de futebol -, na medida em que o réu, após se desentender com jogador do time adversário e de ter sido expulso do jogo, veio a agredir o autor, pelas costas, além de tê-lo ofendido com palavras de baixo calão (“safado, ladrão, mau caráter, sem vergonha e filho da puta”).

A agressão física, como também os xingamentos não foram genéricos ou corriqueiros, como quer fazer crer a parte contrária. Ao contrário, foram dirigidos diretamente ao autor, enquanto árbitro da partida, sendo que, posteriormente, tais fatos acabaram sendo divulgados pela mídia social; o que, de certa forma, veio a agravar a situação ocorrida, tornando-se mundialmente conhecidas as ofensas praticadas pelo réu.

Com sua conduta, o réu não só deixou de respeitar a ética e as regras do futebol, tanto é que foi punido pela Justiça Desportiva -, bem como veio a ofender a imagem e a honra do requerente, que apenas fazia cumprir as regras do jogo em questão, ultrapassando, assim, o grau de mero desentendimento, este, de certa forma, comum em partidas de futebol, onde os ânimos se exaltam pela própria dinâmica da disputa. Mas os excessos não podem ser admitidos.

Há julgados no E. Tribunal de Justiça de São Paulo ressaltando a possibilidade de condenação por danos morais decorrentes destes próprios excessos verbais praticados no calor de atividade esportiva:

(...)

Ponderando-se todos os fatores explicitados, conclui-se que a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) mostra-se razoável para atender o binômio reparação-reprimenda.

Posto isso, e tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a presente ação de indenização por danos morais, condenando-se o requerido a pagar ao requerente o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a título de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da presente data, acrescidos de juros de 1% ao mês, a partir da citação.

Em razão da sucumbência, condeno ainda o requerido ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios em 15% do valor da condenação (e-STJ fls. 174/176 - grifou-se).

A Corte de origem, por maioria, em julgamento estendido da apelação interposta pelo réu/recorrido, reformou a sentença primeva de procedência do pedido. Eis a fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido:

(...)

Trata-se de ação indenizatória por danos morais, ajuizada pelo apelado em face do apelante, este jogador de futebol e aquele árbitro.

O apelado afirma que, durante partida em que atuava na condição de árbitro, houve desentendimento entre o apelante e um jogador do time adversário,

ocasionando a expulsão de ambos. Em seguida, o apelante teria se descontrolado e desferido um golpe pelas costas do apelado e proferido palavras de baixo calão contra o apelado.

Em razão desses fatos, teria sofrido abalo moral e sido atingida sua reputação, em razão da repercussão do caso na mídia.

Ao contrário do que o apelado sustenta e respeitado o entendimento divergente da I. Magistrada de primeiro grau e E. Relatora sorteada, os fatos e as circunstâncias do caso não configuram danos morais.

A atuação da Justiça comum, no caso de práticas e disputas esportivas, é subsidiária à Justiça Desportiva, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição Federal. O texto constitucional pretendeu que, nesses casos, a Justiça estatal fosse deferente aos mecanismos esportivos de solução de controvérsias. *Dessa maneira, a atuação jurisdicional do Estado deve apenas ocorrer em casos de notória insuficiência das medidas tomadas pela Justiça desportiva para a punição disciplinar.*

Assim, o fato caracterizador do dano deve ser de tal ordem que transborde os limites e características das práticas esportivas, fugindo à normalidade desse âmbito específico.

No caso, diversamente do que alega o apelado, verifica-se que a Justiça desportiva deu resposta suficiente para o evento ocorrido no jogo em questão, de maneira que houvesse correção e punição da conduta reprovável do apelante.

Os documentos de ps. 109/112 comprovam que a punição disciplinar, de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão chegou a ser aplicada ao apelante pelo pleno do E. Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol do Estado de São Paulo, com recurso voluntário do clube do apelante.

Foi em grau de recurso que a Procuradoria de Justiça Desportiva propôs transação disciplinar, de suspensão por seis partidas do Campeonato Brasileiro da "série A", do ano de 2015, e de doação de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo sido aceita pelo clube e pelo apelante.

Disso não decorre, porém, que a Justiça desportiva tenha sido insuficiente para punir disciplinarmente o apelante e coibir a reiteração da conduta ilícita.

Por outro lado, não há comprovação de que haja desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro pelo apelado, de maneira que a ele se tenha impingido especial dor ou sofrimento, estranho à sua condição profissional. Inexistem, nessa medida, danos morais que tenham transbordado os limites da normalidade esportiva.

Enfim, não se verificou dano que exceda aos limites esportivos e de sua respectiva Justiça, de maneira que improcede a indenização pretendida.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo, reformando-se a r. sentença para se julgar improcedente os pedidos formulados pelo apelado (e-STJ fls. 236/237 - grifou-se).

O autor interpôs, então, o presente recurso especial, invocando a tese já apontada no relatório.

2. Do mérito

De início, impende ressaltar que a Constituição Federal, no § 1º do art. 217, dispõe que “*O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei*” (grifou-se).

A Lei n. 9.615/1998 (denominada “Lei Pelé”), que instituiu normas gerais sobre desporto, por sua vez, dispõe em seu art. 50, que:

A organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidos nos Códigos de Justiça Desportiva, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições (grifou-se).

Consoante se extrai dos dispositivos transcritos, a competência da Justiça Desportiva limita-se a transgressões de natureza eminentemente esportivas, relativas à disciplina e às competições desportivas.

A propósito, nos termos da lição de Scheyla Althoff Decat, a Justiça Desportiva pode ser definida como

(...)

uma instituição de direito privado dotada de interesse público, tendo como atribuição dirimir as questões de natureza desportiva definidas no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, formada por um conjunto de instâncias autônomas e independentes das entidades de administração do desporto. (DECAT, Scheyla Althoff. Direito Processual Desportivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. pág. 40 - grifou-se)

Assim, o alegado ilícito que o autor da demanda atribui ao réu, por não se fundar em transgressão de cunho estritamente esportivo, pode ser submetido ao crivo do Poder Judiciário Estatal, para que seja julgado à luz da legislação que norteia as relações de natureza privada, no caso, o Código Civil.

Passando à análise dos fatos narrados na exordial e reconhecidamente incontroversos, verifica-se que, dado o caráter excepcionalíssimo do caso em análise, estão configurados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil do recorrido.

Sérgio Cavalieri Filho leciona que,

(...)

Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização. (CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 93 - grifou-se)

Nessa perspectiva, conclui-se que a conduta do recorrido causou inegável dano de natureza moral ao recorrente, sendo, portanto, ilícita.

Como bem ressaltado pelo magistrado de piso, a conduta do jogador, além de transgredir as regras que norteiam as competições de futebol, também ofendeu a honra e a imagem do recorrente.

O evento esportivo no qual as agressões foram perpetradas, final do Campeonato Paulista de Futebol, envolvendo dois dos maiores clubes do Brasil, foi televisionado para todo o país, o que evidencia sua enorme audiência e, em consequência, o número de pessoas que assistiram o episódio.

O recorrente, como árbitro da partida, estava zelando pela correta aplicação das regras esportivas, sendo certo que ser agredido física e verbalmente por um dos jogadores envolvidos no certame é situação que indubitavelmente causou dano à sua imagem e honra. A conduta do réu, mormente a sorradeira agressão física pelas costas, revelou-se completamente despropositada e desproporcional, transbordando em muito o mínimo socialmente aceitável em partidas de futebol.

No tocante à responsabilidade civil aplicada aos esportistas durante a prática de sua atividade, a doutrina preconiza que mesmo naquelas modalidades em que o contato físico é considerado normal, como no futebol, ainda assim os atletas devem sempre zelar pela integridade física do seu adversário. Eventual ato exacerbado, com excesso de violência, que possa ocasionar prejuízo aos demais participantes da competição, pode gerar a obrigação de reparação.

Desse modo, com mais razão ainda exsurge o dever de indenizar o árbitro que, no exercício regular de suas funções no evento esportivo, sofre injusta e desarrazoada agressão de jogador. Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto vencido proferido no julgamento da apelação, que bem elucida a questão:

(...)

Resume-se a controvérsia em apurar se estão presentes os requisitos que configuram a responsabilidade do apelado de indenizar o autor, quais sejam: ato ilícito, dano, culpa e nexó de causalidade entre ambos.

O dano moral, à luz da Constituição Federal, corresponde a uma agressão à dignidade humana, cuja reparação apenas é devida caso seja tão grave a ponto de extrapolar os meros aborrecimentos do cotidiano. Os critérios utilizados para aferir a sua constituição devem ser avaliados segundo a gravidade do dano, levando-se em conta a concepção ético-jurídica dominante na sociedade, afastando-se de fatores extremamente subjetivos, como sensibilidade ou frieza exacerbada de alguns.

(...)

'In casu', em que pesem as alegações do apelante, os fatos narrados ensejam reparação por danos morais, tendo restado comprovado nos autos a ofensa pública sofrida pelo autor em razão de conduta ilícita do réu.

Restou incontroversa a ocorrência dos fatos tal qual narrada pelo autor, restando demonstrado que o requerido, após ser expulso da partida supramencionada, atingiu o autor pelas costas de forma maliciosa, proferindo ofensas verbais. Tal evento foi amplamente divulgado pela imprensa, conforme se denota dos documentos colacionados às fls. 31/56, o que veio a agravar a situação ocorrida.

Ao contrário do afirmado pelo apelante, não foi o autor o responsável pela divulgação do ocorrido na imprensa nacional, o qual apenas se limitou a confirmar o ocorrido e conceder entrevistas.

É de conhecimento notório que, em uma final de campeonato estadual envolvendo duas das maiores equipes futebolísticas nacionais, as atenções midiáticas estejam voltadas à partida, sendo certo que um evento como o ocorrido seja amplamente divulgado pelos meios de comunicação. Desta forma, o fato do requerido não ter concedido entrevistas à imprensa após o ocorrido não elide sua responsabilidade, tendo em vista o inequívoco excesso de seu ato, tanto que foi punido perante a Justiça Desportiva.

Como bem observado pelo sentenciante, "com sua conduta, o réu não só deixou de respeitar a ética e as regras do futebol tanto é que foi punido pela Justiça Desportiva, bem como veio a ofender a imagem e a honra do requerente, que apenas fazia cumprir as regras do jogo em estão, ultrapassando, assim, o grau de mero desentendimento, este, de certa forma, comum em partidas de futebol, onde os ânimos se exaltam pela própria dinâmica da disputa. Mas os excessos não podem ser admitidos" (fls. 174/175).

Evidente que a conduta do réu foi despropositada, tendo agido ilicitamente ao agredir física e verbalmente o autor em partida de futebol de grande importância.

Não se discute, desta forma, que agredir alguém, ainda que no calor das emoções que o esporte desperta, é tido como conduta reprovável pela sociedade, sendo razoável conceder uma satisfação de ordem pecuniária ao ofendido.

Ademais, verifica-se que o autor estava zelando pelas regras do jogo, de modo que a agressão sofrida certamente lhe causou humilhação, o que extrapola o mero dissabor cotidiano (e-STJ fls. 240/242 - grifou-se).

Nesse contexto, merece reforma o acórdão recorrido, com o restabelecimento da sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido reparatório, inclusive no que tange ao valor da indenização por danos morais, fixado em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). No ponto, registra-se que os juros moratórios devem incidir desde o evento danoso, a teor da Súmula n. 54/STJ.

3. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de procedência do pleito autoral, com a ressalva do termo inicial dos juros de mora (Súmula n. 54/STJ).

Com fundamento no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, fixo a verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, em favor dos advogados da parte autora, ora recorrente.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Guilherme Cereta de Lima*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

Ação: de compensação por danos morais, ajuizada pelo recorrente, em face de *Eduardo Perereira Rodrigues*, na qual sustenta - em síntese - que é arbitro e que durante a partida de futebol profissional ocorrida em 03/05/2015 (final do campeonato Paulista do ano de 2015), às 16 horas, em Santos, o demandado (jogador da Sociedade Esportiva Palmeiras), veio a se desentender com o jogador Geuvanio, do time adversário (Santos Futebol Clube), e que, em razão disto, ambos foram expulsos da partida.

Afirma, ainda, que em ato desleal, o demandado correu em direção ao demandante, atingindo-o pelas costas, com seu antebraço e proferiu-lhe palavras de baixo calão.

Dessa forma, requer o pagamento de compensação pelos danos morais suportados, no importe de R\$ 78.800,00.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o recorrido ao pagamento de compensação pelos danos morais suportados pelo recorrente, no valor de R\$ 25.000,00.

Acórdão: por maioria, deu provimento à apelação interposta pelo recorrido, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido formulado na inicial.

Restou assim ementado o acórdão recorrido:

Indenização por danos morais. Futebol. Disciplina desportiva. Sentença de procedência, condenando o réu a indenizar danos morais no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao autor. Irresignação do réu. Atuação subsidiária da Justiça comum. *Suficiência, no caso, da punição disciplinar da Justiça desportiva. Inteligência do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal. Justiça estatal que deve, a princípio, ser deferente à atuação da Justiça desportiva. Inocorrência de ofensas anormais, que tenham transbordado às práticas desportivas e atingido excepcionalmente a moral do apelado. Danos morais descaracterizados. Sentença reformada.*

Recurso provido. (e-STJ, fl. 235) (grifo nosso)

Recurso especial: alega violação do art. 186 do CC/02. Sustenta, em síntese, a existência de dano moral suportado pelo recorrente a ser compensado pelo recorrido, consubstanciado em agressão física e ofensa verbal perpetradas por parte deste àquele durante partida de futebol profissional.

Decisão monocrática no AREsp 1.278.641/SP: não conheceu do agravo em recurso especial interposto pelo agravante, ora recorrente, nos termos da Súmula 126/STJ (e-STJ, fl. 347/350).

Decisão monocrática no AgInt no AREsp 1.278.641/SP: reconsiderou a decisão unipessoal de fls. 347/350 (e-STJ), determinando a conversão em recurso especial (e-STJ, 367).

Voto do Relator, e. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: deu provimento ao recurso especial, para restabelecer os efeitos da sentença de procedência parcial do pedido do autor/recorrente, inclusive em relação aos ônus sucumbenciais, com a ressalva do termo inicial dos juros de mora (Súmula 54/STJ).

Na sequência, pedi vista para melhor análise.

Revisados os fatos, decide-se.

O propósito recursal é definir se transgressões eminentemente desportivas praticadas na seara do desporto profissional constituem ato ilícito indenizável no âmbito da Justiça Comum Estadual.

- Prejudicial de mérito: da aplicação da Súmula 126/STJ

No âmbito do acórdão recorrido, verifica-se que o voto condutor decidiu pela inviabilidade da compensação por danos morais pleiteada pelo recorrente com lastro em fundamento de índole constitucional.

O referido voto dispõe, nos termos do art. 217, § 1º, da CF/88 (*O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.*), que a atuação da Justiça Comum é subsidiária à Justiça Desportiva, nas hipóteses de práticas e disputas esportivas. Afirma que o texto da Carta Magna almejou que, nas referidas situações, a Justiça Comum Estadual fosse respeitosa aos mecanismos de soluções de controvérsias no campo do desporto. Registra, ainda, que a atuação do Poder Judiciário estatal somente pode se dar em situações de evidente ineficácia/insuficiência das sanções aplicadas pela Justiça Desportiva.

Por derradeiro, asseverou que - na situação em análise - a Justiça Desportiva deu resposta adequada para o evento ocorrido no jogo de futebol objeto desta ação.

A esse propósito, é o teor de trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

A atuação da Justiça comum, no caso de práticas e disputas esportivas, é subsidiária à Justiça Desportiva, nos termos do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal. O texto constitucional pretendeu que, nesses casos, a Justiça estatal fosse deferente aos mecanismos esportivos de solução de controvérsias. Dessa maneira, a atuação jurisdicional do Estado deve apenas ocorrer em casos de notória insuficiência das medidas tomadas pela Justiça desportiva para a punição disciplinar.

Assim, o fato caracterizador do dano deve ser de tal ordem que transborde os limites e características das práticas esportivas, fugindo à normalidade desse âmbito específico.

No caso, diversamente do que alega o apelado, verifica-se que a Justiça desportiva deu resposta suficiente para o evento ocorrido no jogo em questão, de maneira que houvesse correção e punição da conduta reprovável do apelante. (e-STJ, fl. 236) (grifo nosso)

Nota-se, portanto, que o acórdão recorrido decidiu a demanda com base em fundamento constitucional, suficiente por si só para mantê-lo, sendo que não houve a interposição de Recurso Extraordinário, o que impede o exame do presente recurso especial, nos termos da Súmula 126/STJ.

Forçoso ressaltar que o art. 1.032 do CPC/15 prevê a aplicação do princípio da fungibilidade ao recurso especial que versar questão constitucional, nas hipóteses em que há um equívoco quanto à escolha do recurso cabível. Nesse sentir: AgInt no AREsp 1.008.763/RS (3ª Turma, DJe de 27/10/2017) e AgInt no AREsp 1.288.579/SP (2ª Turma, DJe 25/09/2018). Inocorrência, na situação em análise - na qual o acórdão recorrido tem fundamento constitucional e o recurso especial interposto pelo recorrente versa sobre matéria infraconstitucional (art. 186 do CC/02) - da hipótese prevista no art. 1.032 do CPC/2015.

No mesmo sentido, segue a transcrição da ementa do seguinte julgado desta Corte Superior:

Agravo regimental no recurso especial. Porte ilegal de munição. Princípio da proporcionalidade. Fundamento de natureza infraconstitucional e constitucional. Ausência de interposição do recurso extraordinário. Súmula 126/STJ.

I - "É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário." (Súmula 126/STJ).

II - Na hipótese, o v. acórdão vergastado utilizou o princípio da proporcionalidade como fundamento autônomo e suficiente para absolver o ora agravado, razão pela qual se justifica a incidência do verbete sumular mencionado.

III - O art. 1.032 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a aplicação do princípio da fungibilidade ao recurso especial que versar questão constitucional, hipótese em que há um equívoco quanto à escolha do recurso cabível.

IV - No caso vertente, entretanto, o v. acórdão objurgado pautou-se também em fundamento constitucional, utilizando-se do princípio da proporcionalidade como fundamento autônomo e suficiente para absolver o réu, não tendo sido interposto simultaneamente o recurso extraordinário cabível (precedente). Aqui, a hipótese não é de equívoco quanto à escolha do recurso, mas, sim, a própria ausência de recurso em separado no tocante ao capítulo decisório de jaez constitucional.

V - Mesmo com a entrada em vigor do CPC/2015, ainda permanece hígido o enunciado 126 da súmula desta Corte, no qual "é inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e

infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Súmula 126/STJ), razão pela qual não há falar em aplicação do art. 1.032 à espécie. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.665.154/RS, 5ª Turma, DJe 30/08/2017) (grifo nosso)

- Prejudicial de mérito: da aplicação da Súmula 7/STJ

O voto condutor do acórdão recorrido, não obstante tenha se utilizado da fundamentação constitucional exposta no tópico anterior - suficiente por si só para mantê-lo -, consignou - também - expressamente pela **ausência de provas** da existência de perturbação ou desassossego anormal ao desempenho das funções de árbitro de futebol por parte do recorrente, afastando a ocorrência de ato ilícito, de forma que a ele tenha sido imposto dor ou sofrimento estranhos à sua condição profissional.

Nesse sentido, segue o teor do acórdão recorrido:

Por outro lado, não há comprovação de que haja desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro pelo apelado, de maneira que a ele se tenha impingido especial dor ou sofrimento, estranho à sua condição profissional. Inexistem, nessa medida, danos morais que tenham transbordado os limites da normalidade esportiva.

Enfim, não se verificou dano que exceda aos limites esportivos e de sua respectiva Justiça, de maneira que impropede a indenização pretendida. (e-STJ, fl. 237) (grifo nosso)

Nesse sentir, alterar o decidido no acórdão recorrido, no que se refere à ausência de dano moral a ser compensado na hipótese em análise, demandaria desta Corte a inevitável reanálise dos fatos e das provas constantes nos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Com efeito, insistir na existência de dano - a pretexto da utilização da técnica de requalificação jurídica dos fatos tidos como incontroversos -, não obstante o Tribunal de origem (soberano na análise detalhada das provas) tenha afirmado pela **ausência de comprovação do referido dano**, como é a situação em análise, denota - em verdade - intento de nova verificação do acervo probatório constante nos autos. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.730.472/PR (3ª Turma, DJe 27/09/2018); AgInt no REsp 1.505.222/SP (4ª Turma, DJe 26/04/2018).

Dessa forma, com a devida vênia ao entendimento exposto no voto do e. Min. Relator, entender pela existência dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil do recorrido, acaba por violar o entendimento sumular citado.

- Mérito: da ausência de dano moral a ser compensado pela prática de transgressão disciplinar desportiva que não ultrapasse os limites e as características da modalidade esportiva

Tendo em vista que a análise da questão referente à atuação jurisdicional do Estado - apenas - em situações de notória insuficiência das medidas tomadas pela Justiça Desportiva possuir jaez constitucional, o referido voto passará a ater-se ao exame da questão eminentemente infraconstitucional, qual seja, a ocorrência ou não de violação do art. 186 do CC/02.

Inicialmente, cabe dizer que o art. 50 da Lei 9.615/98 (denominada “Lei Pelé”, a qual dispôs sobre normas gerais do desporto em âmbito nacional), versa que *a organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidos nos Códigos de Justiça Desportiva, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições.*

Nota-se, por conseguinte, que - nos termos da legislação infraconstitucional - o plano de competência da Justiça Desportiva encontra-se circunscrito ao processo e ao julgamento de transgressões de cunho desportivo, como é a hipótese dos autos.

Com as mais respeitosas vênias, o entendimento do e. Min. Relator de que a infração praticada pelo recorrido não se encontra no âmbito de uma transgressão de cunho eminentemente esportivo não merece prosperar.

A referida conclusão deriva do fato de que o recorrido, quando de seu julgamento pela Justiça Desportiva, foi enquadrado como incurso nas penas do art. 254-A, § 3º, do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), o qual tipifica o ato praticado pelo atleta recorrido.

A esse propósito, é o teor do dispositivo citado:

Art. 254-A. *Praticar agressão física durante a partida, prova ou equivalente.*
(Incluído pela Resolução CNE n. 29 de 2009).

Pena: suspensão de quatro a doze partidas, provas ou equivalentes, se praticada por atleta, mesmo se suplente, treinador, médico ou membro da comissão técnica, e suspensão pelo prazo de trinta a cento e oitenta dias, se praticada por qualquer outra pessoa natural

(...)

§ 3º *Se a ação for praticada contra árbitros, assistentes ou demais membros de equipe de arbitragem, a pena mínima será de suspensão por cento e oitenta dias.*
(Incluído pela Resolução CNE n. 29 de 2009).

Pois bem, o ato foi praticado pelo recorrido, na condição de jogador profissional, durante partida de futebol e foi dirigido ao recorrente, esse na condição de árbitro da partida mencionada.

Outrossim, o dispositivo mencionado do CBJD não versa sobre a possibilidade de se tutelar no âmbito judicial eventual reparação civil pela prática da infração desportiva, o que demonstra que a transgressão tipificada no art. 254-A, § 3º, do CBJD é uma infração eminentemente desportiva.

O recorrente, ao ajuizar a presente ação compensatória, indicou como causa de pedir remota a ocorrência de ofensa verbal e de agressão física.

No que concerne à ofensa verbal, consubstanciada em palavras de baixo calão dirigidas pelo recorrido ao recorrente durante o transcurso de partida de futebol, o TJ/SP - ao analisar o conjunto probatório acostado aos autos, bem como considerando os fatos e as características da situação em análise (*partida final de um campeonato futebolístico de grande prestígio no Brasil - Campeonato Paulista do ano 2015*) - registrou que o referido ato não causou dano ao recorrente que transbordasse os limites das características da atividade esportiva, bem como consignou pela ausência de comprovação da existência de dor ou sofrimento estranho à sua condição de árbitro profissional.

Nesse sentido:

(...) não há comprovação de que haja desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro pelo apelado, de maneira que a ele se tenha impingido especial dor ou sofrimento, estranho à sua condição profissional. Inexistem, nessa medida, danos morais que tenham transbordado os limites da normalidade esportiva. (e-STJ, fl. 237) (grifo nosso)

Com razão o Tribunal de origem, pois expressões vulgares ou de baixo calão imputadas contra árbitro de futebol, durante o calor da partida final de torneio de grande prestígio (na qual os ânimos estão à flor da pele), não caracterizam por si só ofensa à honra, a ensejar compensação por dano moral, *mormente quando tais expressões sequer abalaram o conceito de dignidade e de qualidade do árbitro recorrente perante a comunidade futebolística, inexistindo notícia no recurso especial por ele interposto ou no acórdão recorrido (leia-se, voto condutor e, inclusive, os votos vencidos) de que tenha sido vetado para apitar outros jogos ou de que sua carreira tenha sido prejudicada, em razão das alegadas ofensas.*

A título de reforço argumentativo, se fosse possível a reanálise do acervo probatório (*o que não é, ante o teor da Súmula 7/STJ*), a própria credibilidade das

ofensas poderia estar comprometida. A referida conclusão deriva da circunstância de que o acórdão recorrido (e-STJ, 236) registra que *o recorrente alega a ocorrência de ofensas verbais apenas por meio da Súmula da partida (e-STJ, 27/30), documento esse que é lavrado de forma unilateral pelo próprio árbitro/ofendido*. Vê-se que não há no acórdão impugnado menção sobre a existência de prova testemunhal ou de transcrição de leitura labial das imagens da transgressão disciplinar, a corroborar com a versão descrita na referida Súmula.

Além disso, consta na própria sentença (e-STJ, fl. 174) que as partes dispensaram a produção de outras provas para além das apresentadas quando do oferecimento da petição inicial e da contestação, não existindo malferimento às normas infraconstitucionais relativas à produção de provas.

Prosseguindo com a análise dos fatos incontroversos, em relação à aludida “agressão física”, o acórdão recorrido também concluiu pela não comprovação, por parte do recorrente, de que o referido ato lhe tenha causado danos morais a serem compensados.

Com a devida vênia à análise do e. Min. Relator, o qual entendeu que a conduta do recorrido foi uma *sorradeira agressão física pelas costas*, as imagens do acontecido - *as quais são de conhecimento público e notório (pois veiculadas na mídia esportiva quando do acontecido e disponíveis na rede mundial de computadores em páginas destinadas ao esporte)* - mostram apenas a ocorrência de um mero empurrão de um jogador em um árbitro após uma expulsão polêmica, incapaz de caracterizar ilícito civil que transborde o mero aborrecimento ou que venha causar ao recorrente desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro de futebol.

Como muito bem delineado, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que *os fatos e as circunstâncias do caso não configuram danos morais*, bem como que - para ensejar a punição por prática de ilícito civil - *o fato caracterizador do dano deve ser de tal ordem que transborde os limites e características das práticas esportivas, fugindo à normalidade desse âmbito específico* (e-STJ, fl. 236).

A corroborar com todo o exposto acima, a jurisprudência do STJ dispõe que os aborrecimentos comuns do dia a dia, bem como os meros dissabores normais não são suficientes para originar danos morais compensáveis. Nesse sentido: REsp 1.652.567/PA (3ª Turma, DJe 29/08/2017) e AgRg no AREsp 604.582/RJ (4ª Turma, DJe de 07/12/2017).

Em relação à alegação de propagação do lance pela mídia como fato gerador de dano moral, impende frisar ser normal o debate (mormente pelos meios de comunicação esportivos) sobre transgressões disciplinares, mesmo que não transbordem às características inerentes ao esporte praticado, tendo em vista que essas ocorreram em final de campeonato de relevância nacional.

Necessário frisar, ainda, que a própria Justiça Desportiva mitigou a gravidade da transgressão disciplinar praticada pelo atleta ao homologar a proposta de transação disciplinar ofertada pela Procuradoria de Justiça Desportiva, de modo a substituir a punição de suspensão pelo prazo de 180 dias pela suspensão por 6 partidas do Campeonato Brasileiro da “série A”, do ano de 2015, conjuntamente com pagamento de pena pecuniária - doação de R\$ 50.000,00 à instituição humanitária internacional denominada “Médicos Sem Fronteiras” (e-STJ, fl. 109/111).

Nesse diapasão, segue a transcrição de trecho do aresto recorrido:

Os documentos de fls. 109/112 comprovam que a punição disciplinar, de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão, chegou a ser aplicada ao apelante pelo pleno do E. Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol do Estado de São Paulo, com recurso voluntário do clube do apelante.

Foi em grau de recurso que a Procuradoria de Justiça Desportiva propôs transação disciplinar, de suspensão por seis partidas do Campeonato Brasileiro da “série A”, do ano de 2015, e de doação de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo sido aceita pelo clube e pelo apelante. (e-STJ, fl. 237) (grifo nosso)

O raciocínio exposto até aqui não está a reprimir o direito do acesso à justiça, de forma a vedar apreciação do judiciário estatal no que tange às questões desportivas, pois a CF/88 - ao dispor, no art. 217, § 1º, que *o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei* - apenas estabelece a necessidade de exaurimento da fase administrativa, para a formalização de demandas em âmbito judicial. O que se almeja é impedir a procedência de pleitos indenizatórios/compensatórios oriundos de situações que não ultrapassem as peculiaridades e as características inerentes a cada esporte.

Não obstante a fundamentação deste voto esteja delimitada à análise de eventual violação ou não do art. 186 do CC/02, *apenas a título de reflexão jurídica*, é preciso salientar que o poder judiciário estatal não deve investir-se no papel de censor moral ilimitado, tendo em vista que o referido raciocínio acaba

por enfraquecer os demais instrumentos de controle e de pacificação social, como a própria Justiça Desportiva.

Consoante os ensinamentos de JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, eleger o direito como sendo o principal ambiente ético comum, tal como ocorre nas sociedades modernas, acaba por sobrecarregá-lo com demandas que esse não consegue controlar (**Uma teoria retórica na norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, pág. 239).

Nesse sentir, permitir que pleitos indenizatórios/compensatórios com causa de pedir calcadas em transgressões meramente desportivas cheguem à análise do Poder Judiciário estatal, acaba por abarrotar o sistema judicial, fazendo com que o Estado deixe de se pronunciar no tempo e no modo adequado sobre questões de relevância política, econômica e social.

Forte nessas razões, pedindo as mais respeitosas vênias ao e. Min. Relator, dirijo para, em reconhecendo as prejudiciais de mérito, *não conhecer* do recurso especial; em sendo superadas as referidas prejudiciais, *conheço* do recurso especial, para *negar-lhe provimento*.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, em razão do trabalho imposto ao advogado da parte recorrida com a interposição do presente recurso, majoro os honorários fixados na origem de 10 % (e-STJ, fls. 237) para 15 % do valor atualizado da causa.

RECURSO ESPECIAL N. 1.771.815-SP (2018/0232849-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A.

Advogado: Carlos Augusto Tortoro Júnior - SP247319

Recorrido: Richard Lizidatti

Advogados: Noemia Aparecida Pereira Vieira e outro(s) - SP104016

Luiz Antonio Fleury Filho e outro(s) - SP136470

Rogério Hernandes Garcia - SP211960

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Ação de prestação de contas. Apelação. Código de Processo Civil de 2015. Julgamento não unânime. Técnica de ampliação do colegiado. Art. 942 do CPC/2015. Natureza jurídica. Técnica de julgamento. Cabimento. Modificação de voto. Possibilidade. Nulidade. Não ocorrência.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a aferir, preliminarmente, se houve negativa de prestação jurisdicional. No mérito, o propósito é definir a correta interpretação e a abrangência da técnica de ampliação de colegiado na hipótese de julgamento não unânime, nos termos do art. 942 do CPC/2015.

3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

4. No caso concreto, diante da ausência de unanimidade no julgamento da apelação, foi aplicado, de ofício, o art. 942 do CPC/2015 a fim de ampliar o colegiado com a convocação de outros desembargadores. Na continuidade do julgamento, um dos desembargadores alterou o voto anteriormente proferido para negar provimento à apelação e manter a sentença, resultado que prevaleceu, por maioria.

5. A técnica de ampliação do colegiado consiste em significativa inovação trazida pelo CPC/2015, tendo cabimento nas hipóteses de julgamento não unânime de apelação; ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgou parcialmente o mérito.

6. O art. 942 do CPC/2015 não configura uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência.

7. Constatada a ausência de unanimidade no resultado da apelação, é obrigatória a aplicação do art. 942 do CPC/2015, sendo que o julgamento não se encerra até o pronunciamento pelo colegiado estendido, ou seja, inexistente a lavratura de acórdão parcial de mérito.

8. Os novos julgadores convocados não ficam restritos aos capítulos ou pontos sobre os quais houve inicialmente divergência, cabendo-lhes a apreciação da integralidade do recurso.

9. O prosseguimento do julgamento com quórum ampliado em caso de divergência tem por objetivo a qualificação do debate, assegurando-se oportunidade para a análise aprofundada das teses jurídicas contrapostas e das questões fáticas controvertidas, com vistas a criar e manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente.

10. Conforme expressamente autorizado pelo art. 942, § 2º, do CPC/2015, os julgadores que já tenham votado podem modificar o seu posicionamento.

11. Não cabe a esta Corte Superior reexaminar as premissas fáticas sobre as quais se fundamentou o Tribunal local, a fim de verificar se houve efetivamente divergência, haja vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.

12. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco Santander (Brasil) S.A.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, impugnando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Prestação de contas. Segunda fase. Banco que inviabilizou a produção da prova pericial ao não efetuar o depósito dos honorários periciais. Sentença que julgou boas as contas prestadas pelo autor mantida. Recurso improvido (fl. 1.136 e-STJ).

Nas razões do especial, o recorrente aponta a violação dos arts. 1.022, parágrafo único, inciso II, 489, § 1º, inciso IV, e 942, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta, em síntese, a nulidade do acórdão recorrido em virtude da utilização da técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942, *caput*, do CPC/2015.

O Banco Santander afirma que na primeira sessão de julgamento da apelação, os desembargadores julgadores integrantes da Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado divergiram apenas quanto à extensão do provimento do recurso, porém foram unânimes ao analisarem o capítulo que versaria sobre a nulidade da sentença.

Argumenta que tal dissidência parcial não configura “julgamento não unânime”, nos termos do art. 942 do CPC/2015, motivo pelo qual seria incabível o prosseguimento do julgamento para ampliação do colegiado.

Defende, ainda, que na segunda sessão, com o colegiado estendido, um dos desembargadores que compunha o órgão julgador original não poderia ter modificado o voto anteriormente apresentado, em prejuízo de questão que, segundo defende, já havia sido superada por unanimidade.

Quanto aos demais dispositivos apontados como violados, aduz que o Tribunal de origem não enfrentou todos os argumentos relevantes para o deslinde da controvérsia ventilados nos embargos declaratórios.

Após a apresentação das contrarrazões (e-STJ fls. 1.205-1.239), o recurso foi inadmitido na origem, ascendendo a esta Corte Superior por força do provimento do subsequente agravo (e-STJ fls. 1.326-1.327).

O pedido de *Tutela Provisória n. 1.596/SP*, requerendo a suspensão dos efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do presente recurso especial, foi *indeferido* por esta relatoria ante a ausência dos seus requisitos autorizadores.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo presente recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irresignação não merece prosperar.

1. Breve histórico da demanda

Colhe-se dos autos que, na origem, o ora recorrido - Richard Lizidatti - ajuizou ação de prestação de contas objetivando a condenação do Banco Santander S.A., ora recorrente, a demonstrar a evolução do saldo devedor de sua conta bancária. O pedido foi julgado procedente.

Na segunda fase do procedimento, o correntista impugnou as contas apresentadas pelo Banco Santander, que indicavam um *saldo devedor* de R\$ 43.455,94 (quarenta e três mil quatrocentos e cinquenta e cinco reais e noventa e quatro centavos), e defendeu a existência de *saldo credor* no valor de R\$ 2.768.732,29 (dois milhões setecentos e sessenta e oito mil setecentos e trinta e dois reais e vinte e nove centavos).

Tendo em vista a significativa discrepância entre os valores apresentados pelas partes, foi determinada a realização de *perícia contábil*.

O ora recorrido interpôs, então, agravo de instrumento (Proc. n. 2052913-03.2015.8.26.0000), pleiteando a inversão do ônus probatório. O pedido foi acolhido pelo TJSP e o acórdão determinando à instituição financeira o custeio da prova técnica transitou em julgado (e-STJ fl. 948-954).

Contudo, o réu não efetuou o depósito dos honorários periciais, mesmo após intimado em duas oportunidades - junho e novembro de 2015 - e expressamente alertado acerca das consequências da não realização da prova (e-STJ fls. 955-957).

Diante da inércia da instituição financeira em dar cumprimento à determinação judicial, o juiz proferiu *sentença julgando boas as contas prestadas*

pelo autor, declarando o saldo credor nos termos apresentados pelo requerente e condenando o réu ao respectivo pagamento (e-STJ fls. 961-962).

Inconformado, o Banco Santander então interpôs recurso de apelação, sustentando a imprescindibilidade da realização de perícia contábil e a ocorrência de prescrição trienal.

Consta que na primeira sessão de julgamento da apelação não houve unanimidade na deliberação da Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado do TJSP, motivo pelo qual se decidiu adotar a *técnica de ampliação de colegiado* prevista no art. 942, *caput*, do CPC/2015.

Já na segunda sessão, com o quórum ampliado, um dos desembargadores que participou do primeiro julgamento modificou o posicionamento anteriormente exarado e proferiu voto no sentido de negar provimento à apelação e manter a sentença na sua integralidade. Esse resultado acabou por prevalecer, também por maioria de votos.

Os fundamentos que preponderaram podem ser resumidos no seguinte excerto:

(...)

No caso 'sub iudice', em virtude da inversão do ônus da prova, foi atribuída ao banco a incumbência de arcar com o pagamento da prova pericial (v. acórdão de fls. 929/934), no entanto, permaneceu inerte (certidão de fls. 938).

Novamente, o banco foi intimado para efetuar o depósito dos honorários periciais, sob pena de arcar com o ônus da preclusão da prova (fls. 939), quedando-se, mais uma vez, inerte (certidão de fls. 939 verso).

Ou seja, o banco inviabilizou a produção da prova pericial ao não efetuar o depósito dos honorários periciais, não podendo o Juiz substituir a parte no ônus que lhe competia.

E mais, no caso concreto, por não se tratar de direitos indisponíveis, ajusta-se como luvas o aresto do E. STJ (REsp n. 894.443/SC) da lavra da Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, j. 17.06.10:

(...) 3 - O processo civil moderno tende a investir o juiz do poder-dever de tomar iniciativa probatória, consubstanciando-se, pois, em um equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo. Contudo, a atividade probatória exercida pelo magistrado deve se operar em conjunto com os litigantes e não em substituição a eles. (...)

Por fim, no tocante ao prazo prescricional, ao contrário do que entende o banco-apelante, não se aplica o art. 206, § 3º, IV, do CC.

Trata-se de ação de prestação de contas, cujo prazo prescricional é de vinte anos previsto no art. 177 do anterior CC e de dez anos no art. 205 do novo Código Civil, já que se trata de direito pessoal, inexistindo prazo diferenciado para a segunda fase da ação. (e-STJ fls. 1.138-1.139)

Contra o referido acórdão, o banco opôs *embargos declaratórios*, que foram rejeitados por ausência de omissão, obscuridade ou contradição (e-STJ fls. 1.539-1.543).

Nesse contexto, interpôs o recurso especial em análise, por meio do qual defende, essencialmente, a nulidade do acórdão recorrido, argumentando que (i) a divergência parcial não autoriza o prosseguimento do julgamento, nos termos do art. 942, *caput*, do CPC/2015, (ii) a análise do recurso pelo colegiado estendido deve se restringir aos capítulos sobre os quais não tenha havido unanimidade, e (iii) os julgadores que já proferiram voto não podem rever seus posicionamentos em prejuízo de questão superada no primeiro julgamento.

É importante ressaltar que, nas razões do apelo extremo, a parte recorrente não aponta a violação dos dispositivos relacionados com a matéria de fundo da demanda principal, não tecendo nenhuma consideração a respeito das teses aventadas na sua apelação, quanto à ocorrência de prescrição ou à imprescindibilidade de realização de perícia. A argumentação é restrita à eventual nulidade decorrente da aplicação do art. 942 do CPC/2015.

Cinge-se a controvérsia, pois, a aferir, preliminarmente, se houve negativa de prestação jurisdicional no caso concreto em virtude da suposta ausência de fundamentação válida para aplicação da técnica de ampliação do colegiado, consoante o previsto no art. 942 do CPC/2015. No mérito, o propósito é definir a correta interpretação e a abrangência do referido dispositivo, nos termos da legislação processual vigente.

2. Da inexistência de negativa de prestação jurisdicional

No que se refere aos art. 489, § 1º, incisos IV, e 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015, o recorrente afirma que:

(...)

In casu, o acórdão vergastado não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelos julgadores, mormente o argumento de que o acórdão *deu provimento por unanimidade* ao Recurso

de Apelação para Anular a sentença, razão pela qual não havia que se falar em prosseguimento do Julgamento para a análise de tal questão.

A r. decisão ora atacada, sequer, fundamentou qual a razão pela qual estavam fazendo a “re-vista” de todos os votos, para agora, sem maiores esclarecimentos, validarem a sentença que fora por todos os desembargadores anuladas meritalmente, nem mesmo, após apresentação de embargos da parte ora recorrente.

E mais, poderiam desqualificar a decisão já sacramentada quanto a nulidade da sentença neste novo Julgamento, programado, data máxima vênia, de forma indevida. Já que a decisão *havia sido unânime*?

Se fosse possível, não seria este Julgamento destinado tão somente à parte não unânime da decisão, que teria sido a extensão das provas que seriam colhidas em primeiro grau, diante da decisão de nulidade da decisão e de total provimento do apelo deste ora recorrente?

Então, estas são questões que sequer foram fundamentadas na decisão de reversão da Corte Julgadora quando do Julgamento, e, tampouco, mesmo depois de pleiteado esclarecimentos em sede de embargos, também não respondidas, o que enseja claramente ao direito de manejo do presente recurso do banco (e-STJ fls. 1.186-1.187).

No entanto, contrariamente ao alegado, o argumento de que o acórdão que julgou os embargos declaratórios teria incorrido em negativa de prestação jurisdicional é improcedente.

De fato, o Tribunal de origem indicou adequadamente os motivos que lhe formaram o convencimento, analisando de forma clara, precisa e completa as questões relevantes do processo e solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.

Ao apreciar os embargos opostos pelo Banco Santander, o Tribunal de origem expôs de forma manifesta as razões pelas quais aplicou o art. 942 do CPC/2015, ressaltando que, diversamente do que sustenta o recorrente, *não houve unanimidade* no primeiro julgamento da apelação. Além disso, explicitou a interpretação conferida aos arts. 550, § 6º, e 551, § 2º, do CPC/2015.

É o que se constata do trecho a seguir transcrito:

(...)

Reza o art. 942, § 2º, do NCPC:

“Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.” Portanto, mesmo tendo votado no sentido

de dar provimento ao recurso de apelação na primeira sessão de julgamento, diante da divergência entre os i. desembargadores, o que ensejou o julgamento estendido preconizado no supracitado art. 942, inexistindo decisão unânime, mas divergência, revii meu posicionamento e votei pelo não acolhimento do recurso.

Como exposto, a decisão não foi unânime e o julgamento ainda não era definitivo.

Diante do prosseguimento do julgamento, pude rever meu voto, conforme autoriza o § 2º do art. 942, do NCPC.

Como prelecionam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

Constatada a divergência no julgamento da apelação, após a proclamação do resultado, o julgamento, a rigor, não termina, pois deverá ser submetido à nova sessão. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO - 16ª edição - São Paulo - Revista dos Tribunais - 2016 - pág. 2003)

O disposto no art. 550, § 6º, do NCPC foi respeitado, pois o juiz determinou a realização de prova pericial, que não se realizou por inércia do banco em depositar os honorários periciais.

Da mesma forma, a imprescindível apuração por meio de perícia para que houvesse uma homologação de contas no formato exigido pelo art. 551, § 2º, do NCPC, como alega o embargante, foi obstada pela sua inércia.

Assim, não há que se falar em omissão, obscuridade ou contradição (e-STJ fls. 1.165-1.166 - grifou-se).

Convém ressaltar que a conclusão de que não houve posicionamento unânime entre os desembargadores na primeira sessão de julgamento, realizada em 1º/2/2017, é corroborada pelo teor da movimentação processual transcrita pelo próprio recorrente em suas razões recursais:

(...)

01/02/2017 - Provimento: Após leitura de votos do Desembargador Relator e 3º Desembargador que davam provimento ao recurso para anular a sentença, o 2º Desembargador votou no sentido de dar Provimento ao Recurso em menor extensão. Deliberou-se o prolongamento do julgamento da apelação nos termos do art. 942 do novo CPC em sessão a ser designada (e-STJ fls. 1.180 - grifou-se).

Não há falar, portanto, em prestação jurisdicional lacunosa ou deficitária apenas pelo fato de o acórdão recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

3. Da técnica de ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes - art. 942 do CPC/2015

A técnica de ampliação do colegiado consiste em significativa inovação trazida pela reforma do Código de Processo Civil, que veio a substituir os embargos infringentes nas hipóteses de julgamento não unânime de apelação, ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

A modificação foi introduzida no art. 942 do CPC/2015, cujo inteiro teor cabe transcrever para melhor compreensão:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Ao analisar a natureza jurídica do instituto, a doutrina majoritária consolidou o entendimento de que o referido dispositivo não enuncia uma nova

espécie recursal, mas, sim, uma *técnica de julgamento*, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito da controvérsia fática ou jurídica sobre a qual houve dissidência.

Como não se trata de recurso - nem mesmo de recurso de ofício, como a remessa necessária -, a aplicação da técnica ocorre em *momento anterior à conclusão do julgamento*, ou seja, não há proclamação do resultado, nem lavratura de acórdão parcial, antes de a causa ser devidamente apreciada pelo colegiado ampliado.

Observa-se que o legislador, no § 1º do art. 942 do CPC/2015, determinou que, se possível, o prosseguimento do julgamento deve ocorrer na mesma sessão, colhendo-se de imediato os votos dos outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. Contudo, não sendo isso viável, assegurou às partes e a eventuais terceiros interessados a realização de sustentações orais perante os novos julgadores convocados.

Por sua vez, no § 2º do supracitado dispositivo, autorizou-se expressamente que *“os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento”* (grifou-se).

A despeito dessa previsão legislativa, que aparentemente tornaria indubitável a possibilidade de alteração dos votos já proferidos, surgiram questionamentos no meio jurídico acerca de como deveria se dar a compatibilização desse dispositivo com a teoria do julgamento parcial de mérito e da cisão dos atos decisórios em capítulos, sob o paradigma norteador do CPC/2015.

Como contextualizam Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto,

(...) Uma das maiores polêmicas diz respeito a como se dará a continuidade do julgamento na hipótese de se ter uma parte unânime e uma parte não unânime no julgado, isto é, se os desembargadores que chegam para ampliar o colegiado poderão rever as questões que haviam sido objeto de unanimidade ou se deverão restringir seus votos àquelas questões que haviam sido objeto de divergência. (In: O artigo 942 do CPC (técnica de ampliação do colegiado) em xeque. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-artigo-942-do-cpc-tecnica-de-ampliacao-do-colegiado-em-xeque-01022018> - grifou-se)

Essa é exatamente a questão posta nos presentes autos, visto que a pretensão recursal se ampara na alegação de que teria havido unanimidade na primeira sessão de julgamento no capítulo relativo à anulação da sentença e que,

por tal motivo, a ampliação do colegiado, com a posterior revisão de votos, teria importado em nulidade processual insanável.

A tese defendida pelo recorrente quanto à devolutividade restrita do julgamento continuado é perfilhada por **José Rogério Cruz e Tucci**, para quem, uma vez ampliado o quórum, os novos desembargadores convocados devem proferir voto apenas “nos limites da devolutividade, ensejada pela nova técnica contemplada pelo Código de Processo Civil, que se circunscreve ao dissenso estabelecido pelos votos já proferidos”.

De acordo com Tucci,

(...) ao serem chamados a proferir voto, seja por meio de recurso voluntário (extintos embargos infringentes), seja por força de lei (artigo 942), não há se confundir, como ainda adverte Pontes de Miranda, retratação do que ficara decidido por unanimidade, com a devolução da matéria objeto da divergência.

É que a questão já julgada por unanimidade não exige e tampouco se justifica a intervenção de outros julgadores, até porque haveria aí inarredável ausência de compreensão da fisiologia da respectiva técnica processual, e, ainda, usurpação do princípio do juiz natural, que prevê um número X de componentes para o julgamento unânime e um número Y para julgar quando configurada divergência sobre algum capítulo da decisão. (In: Limites da devolução da matéria objeto da divergência no julgamento estendido. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/paradoxo-corte-limites-devolucao-materia-divergente-julgamento-estendido>)

Com efeito, como também apontam Becker e Peixoto no elucidativo artigo acima referenciado, *a polêmica doutrinária ensejou a propositura de enunciado interpretativo pela Comissão de Trabalho de Recursos e Precedentes Processuais da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho de Justiça Federal*, realizada em agosto de 2017.

O enunciado então sugerido possuía o seguinte teor: “*A técnica do julgamento ampliado (art. 942, CPC/2015) aplica-se apenas ao capítulo do julgamento em que houve divergência*” (grifou-se).

Contudo, *tal enunciado acabou rejeitado na Plenária*, prevalecendo a posição no sentido de que o colegiado formado com a convocação dos novos julgadores poderá analisar de forma ampla todo o conteúdo das razões recursais, não se limitando à matéria sobre a qual houve originalmente divergência.

Nesse sentido, Becker e Peixoto concluem que,

(...)

Não obstante a resistência de diversos segmentos do Poder Judiciário, bem como de parcela considerável da doutrina, esta parece ter se inclinado majoritariamente pelo entendimento de que os capítulos unânimes, antecedentes àquele em que foi instalada a divergência, não permanecerão intocáveis, podendo o órgão colegiado reabrir a discussão sobre todo o objeto da causa, até mesmo para reapreciar eventuais questões preliminares ou prejudiciais de mérito. Como o julgamento não se encerrou, o julgador que já tiver proferido seu voto pode revê-lo por ocasião da sessão de prosseguimento. Tal entendimento vai na linha de raciocínio do que se compreendeu recentemente na aludida Jornada do CJF, quando se rejeitou enunciado que pretendia limitar a atuação à matéria não unânime.

Filiando-se à tese da ampla cognição do recurso pelo colegiado ampliado, **Fredie Didier Jr.** leciona:

(...)

Na apelação, o art. 942 do CPC aplica-se a qualquer julgamento não unânime. Não importa o conteúdo do julgamento; se ele não for unânime, aplica-se a regra do art. 942 do CPC, com a convocação de mais dois julgadores para que se tenha prosseguimento. Se a apelação foi inadmitida por maioria de votos, se for desprovida por maioria de votos ou se for provida por maioria de votos, haverá incidência da regra. Basta que o julgamento seja não unânime.

Caso a divergência restrinja-se a um ponto ou a um capítulo específico da apelação, deve haver a convocação de mais dois julgadores e estes não estarão, como já se viu, adstritos a discutir e decidir o ponto ou o capítulo divergente. Cumpre aqui lembrar que a regra do art. 942 do CPC não tem natureza de recurso, não havendo, então, efeito devolutivo. A incidência da regra faz apenas interromper o julgamento, que deve ser retomado com quórum ampliado, podendo quem já votou rever seus votos e quem agora foi convocado tratar de todos os pontos ou capítulos pois o julgamento está em aberto e ainda não se encerrou. Há, com a aplicação do art. 942 do CPC, ampliação do debate em todo o julgamento. (In: Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, págs. 97-98 - grifou-se)

Na mesma linha, **Nelson Nery Jr.** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, ao comentarem o art. 942 do CPC/2015, qualificaram como equivocada a interpretação que limita a extensão da cognição ao conteúdo do “voto vencido”:

(...)

Trata-se de técnica e julgamento da apelação e demais feitos mencionados no texto normativo ora comentado. Não é recurso, razão pela qual não é substituto dos embargos infringentes do CPC/1973. Como é técnica de julgamento, este ainda não terminou e se prorroga em face da existência de voto vencido. *Não*

possui os requisitos e atributos do antigo recurso de embargos infringentes, motivo porque a continuação do julgamento se dá pela totalidade da matéria devolvida ao tribunal pelo recurso (v.g. de apelação) ou pela totalidade da matéria pertinente à ação rescisória, que deve ser julgada pelo tribunal. Tem sido comum o equívoco de alguns tribunais de limitar a extensão da continuidade do julgamento ao “voto vencido”, como se a técnica prevista no CPC 942 fosse o próprio e extinto recurso de embargos infringentes. A técnica prevê que, se houver voto vencido, o julgamento se prolongará pela extensão do órgão colegiado, de sorte que tudo está, ainda, em aberto, podendo haver modificação, inclusive, dos votos dos desembargadores que já os externaram ante a extensão do julgamento.

(...)

Constatada a divergência no julgamento da apelação, após a proclamação do resultado, o julgamento, a rigor, não termina, pois deverá ser submetido à nova sessão. É consequência automática da existência da divergência. Portanto, este parágrafo não constitui uma exceção ao disposto no CPC 941 § 1º. A extensão, como já dito acima, não se limita ao “voto vencido”, pois o julgamento estendido é de todo o processado. *Essa técnica de extensão não tem natureza recursal e, portanto, não há que se falar em “devolução” do conteúdo do voto vencido. (In: Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico], 3. ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 - grifou-se)*

Essa também é a compreensão de Alexandre Freitas Câmara acerca da matéria:

(...)

Não interessa, aqui, qual é a divergência que surja entre os integrantes da turma julgadora. (...) Seja qual for a divergência, será caso de ampliar-se o colegiado a que incumbe julgar a apelação.

(...)

Uma vez ampliado o colegiado, todos os cinco magistrados que o integram votam em todas as questões a serem conhecidas no julgamento da apelação. A atuação dos dois novos integrantes da turma julgadora não é limitada à matéria objeto da divergência (afinal, não se está aqui diante dos velhos embargos infringentes, estes sim limitados à matéria objeto da divergência). Devem eles, inclusive, pronunciar-se sobre matérias que já estavam votadas de forma unânime. Assim, por exemplo, se o colegiado (formado por três juízes havia, por unanimidade, conhecido da apelação, e por maioria lhe dava provimento, os dois novos integrantes do colegiado devem se manifestar também sobre a admissibilidade do recurso. E nem se diga que essa questão já estaria superada, preclusa, pois a lei é expressa em estabelecer que os votos podem ser modificados até a proclamação do resultado (CPC, art. 941, § 1º), o que permite afirmar, com absoluta segurança, que o julgamento ainda não se havia encerrado. E pode acontecer de os magistrados que compunham

a turma julgadora original, depois da manifestação dos novos integrantes do colegiado, convencerem-se de que seus votos originariamente apresentados estavam equivocados, sendo-lhes expressamente autorizado que modifiquem seus votos (art. 942, § 2º). (In: A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes. Revista de Processo. vol. 282. ano 43. p. 251266. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018 - grifou-se)

Leonardo Carneiro da Cunha, por sua vez, enfatiza que a ausência de efeito devolutivo é consequência da natureza jurídica da técnica de ampliação do julgamento, haja vista não se tratar de recurso. Destaca, ainda, que o prosseguimento da deliberação não tem por objetivo a mera ampliação do quórum, mas, sim, proporcionar a ampliação do debate.

A propósito:

(...) Justamente por não ser um recurso, a ampliação do julgamento prevista no art. 942 do CPC não tem “efeito devolutivo”. Significa que os novos julgadores, convocados para que o julgamento tenha prosseguimento, não estão limitados a decidir sobre o ponto divergente. O julgamento está em aberto, não se tendo encerrado. Quem já votou pode alterar seu voto e quem foi convocado pode decidir sobre tudo que esta pendente de deliberação definitiva. Se o julgador que já proferiu seu voto afastar-se ou for substituído, não poderá ter seu voto alterado (CPC, art. 941, § 1º).

O julgamento não encerrou e irá prosseguir com uma composição ampliada. Todos os julgadores devem examinar os pontos controvertidos e apreciar toda a controvérsia, para que, então, se possa encerrar o julgamento. Haverá ampliação da composição e, igualmente, ampliação do debate, com um resultado mais maduro, fruto de discussão que contou com mais outros julgadores. (In: O julgamento ampliado do colegiado em caso de divergência (CPC, art. 942) e as repercussões práticas da definição de sua natureza jurídica. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253284,101048-O+julgamento+ampliado+do+colégiado+em+caso+de+divergencia+CPC+art+942> - grifou-se)

Tal perspectiva interpretativa, que atribui à técnica em análise um caráter de *elemento qualificador do julgamento colegiado*, vai ao encontro do paradigma norteador da nova legislação processual, visto que privilegia os esforços para “uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do CPC/2015).

A esse respeito, merece referência, ainda, a lição de Sandro Marcelo Kozikoski e William Soares Pugliese:

(...)

Deve-se recordar que o papel dos tribunais é uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Sob esta ótica, a divergência em um julgamento deve ser tomada como um alerta ao próprio tribunal de que a questão apreciada é complexa e merece maior cautela. Ao enfrentar um caso marcado por uma divergência, o tribunal deve compreender que a matéria em julgamento é, por natureza, controversa. Isso exige dos magistrados o aperfeiçoamento de seus argumentos e da fundamentação do acórdão. Nesta tarefa, por exemplo, podem os julgadores ampliar o número de princípios considerados, expandir o universo de precedentes aplicáveis ao caso e, ainda, desenvolver com maior profundidade os argumentos do julgamento anterior. (**Uniformidade da Jurisprudência, Divergência e Vinculação do Colegiado**. In: Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942 do CPC. Coord. Clayton Maranhão et. al. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 33)

De fato, ao determinar a ampliação do número de julgadores se constatada uma divergência e facultar a revisão, o aperfeiçoamento e até a superação dos fundamentos expostos pelos julgadores na primeira sessão, o art. 942 do CPC/2015 ostenta o relevante propósito de assegurar uma análise mais aprofundada das teses contrapostas, mitigando os riscos de que entendimentos minoritários prevaleçam em virtude de uma composição conjuntural de determinado órgão fracionário julgador e garantindo que sejam esmiuçadas questões fáticas eventualmente controvertidas.

Reforça esse entendimento a parte final do *caput* do art. 942 do CPC/2015, que dispõe que serão convocados outros julgadores “em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores”.

Como referido trecho permite inferir, o intuito da norma é manter em aberto o julgamento até ulterior deliberação pelo quórum qualificado, garantindo-se a expressa possibilidade de reversão do resultado inicial.

4. Do caso concreto

Assentadas as premissas teóricas a respeito do art. 942 do CPC/2015 e retornando à análise do caso concreto, compreende-se que o Tribunal de origem aplicou de forma irreparável a técnica de ampliação de julgamento, diante da ausência de unanimidade na primeira sessão em que foi analisado o recurso de apelação interposto pelo Banco Santander, ora recorrente.

Convém registrar que o reexame das premissas fáticas que fundamentaram tal proceder, a fim de verificar se houve, efetivamente, alguma divergência na primeira sessão de julgamento, é inviável a esta Corte Superior por força do óbice da Súmula n. 7/STJ.

Ademais, consoante já repisado, mostra-se irrelevante para a incidência do art. 942 do CPC/2015 definir quais os aspectos tiveram entendimento divergente ou convergente por parte dos desembargadores que compunham o quórum original.

Isso porque a ampliação do colegiado é obrigatória sempre que a conclusão na primeira sessão for não unânime e independe da matéria acerca da qual houve divergência, prosseguindo o julgamento estendido de todo o processado e não apenas da parte constante do “voto vencido”.

No mais, quanto à tese recursal de que um dos julgadores não poderia ter modificado o voto anteriormente exarado, tampouco assiste razão ao recorrente, haja vista que o § 2º do art. 942 do CPC/2015 assegura literalmente tal possibilidade.

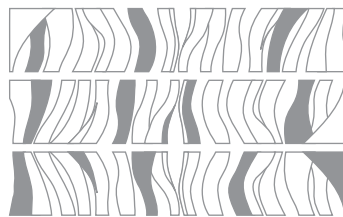
Em conclusão, não se vislumbram as suscitadas nulidades no acórdão recorrido. Vale repisar que *as questões atinentes ao mérito da ação de prestação de contas como, por exemplo, a necessidade da realização da perícia contábil, não foram objeto do recurso especial em foco*, estando, por conseguinte, preclusas.

5. Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento, ficando prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu a Tutela Provisória n. 1.596/SP.

Na origem, os honorários foram fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), os quais devem ser majorados para o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do advogado da parte recorrida, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, observado o benefício da gratuidade da justiça, se for o caso.

É o voto.



Quarta Turma

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 100.405-GO (2011/0234480-8)

Relator: Ministro Raul Araújo

Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás

Procurador: Bruno Barra Gomes

Agravado: Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e outro

Advogado: Cássio Leite de Oliveira e outro(s) - GO021232

EMENTA

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Consumidor. Ação civil pública. Imposição de cláusula de arbitragem em contratos firmados entre fornecedores de bens imóveis e consumidores. Dano moral coletivo não configuração. Agravo interno desprovido.

1. “A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores” (REsp 1.303.014/RS, Quarta Turma, Relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, julgado em 18/12/2014 e publicado no DJe de 26/5/2015).

2. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, mas somente se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade.

3. No caso concreto, o alegado dano advém do fato de os consumidores, adquirentes de propriedades imóveis, em razão de convênio estabelecido entre o TJ/GO, a Segunda Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e o SECOVI - Sindicato da Habitação de Goiás -, terem ficado obrigados a se submeter a arbitragem para

discutir litígios relacionados à aquisição de bens imóveis e a executar as respectivas sentenças arbitrais. Assim, o dano moral eventualmente configurado está relacionado mais propriamente a esfera individual de cada consumidor adquirente de propriedade imóvel que, na prática, tenha sido compelido a se submeter à Corte Arbitral, devendo, se for o caso, o lesado ingressar com a medida judicial cabível para pleitear a indenização.

4. Não se vislumbra grave ofensa à moralidade pública ou lesão a valores fundamentais da coletividade, bem como ato que tenha ultrapassado os limites do justo e tolerável, tanto que o Tribunal de Justiça chegou a firmar o aludido convênio.

5. O processo foi extinto sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, porque o referido convênio foi revogado antes mesmo do ajuizamento da ação civil pública. Mais uma razão, portanto, para se entender que eventuais danos decorrentes da existência do aludido ato surtiram efeitos por curto lapso temporal e atingiram apenas a esfera individual de algum consumidor, não podendo ser ampliados à coletividade.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 19.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de agravo interno interposto por *Ministério Público do Estado de Goiás* contra decisão monocrática da lavra deste Relator que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Em suas razões recursais, o ora agravante alega, em síntese, que a discussão encampada pelo presente recurso é estritamente jurídica e gira em torno da prescindibilidade de comprovação do abalo psicológico para configuração do dano moral coletivo. Assim, defende a inaplicabilidade ao caso da Súmula 7/STJ.

Requer, ao final, a reforma da decisão agravada pela Turma Julgadora.

Intimada, a parte agravada não apresentou manifestação (e-STJ, fl. 1.262).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Cuidam os autos de ação civil pública ajuizada pelo *Ministério Público do Estado de Goiás* contra a *Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia* e *Outro*, requerendo que as réus se abstivessem de promover arbitragem e a respectiva execução relativamente a litígios decorrentes de relação de consumo firmada entre fornecedores de bens imóveis e consumidores adquirentes de propriedades imóveis, bem como fossem condenadas ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Na r. sentença, foi acolhida a preliminar de falta de interesse de agir relativamente aos pedidos de obrigação de não fazer (promoção da arbitragem e de sua execução), por terem sido revogados os atos que autorizavam a realização de arbitragem em tais hipóteses, o que ensejou a extinção do processo sem resolução de mérito, nesse tópico, nos termos do art. 267, VI, do CPC de 1973. Por sua vez, no tocante ao alegado dano moral coletivo, o pedido foi julgado improcedente, nos termos da seguinte fundamentação:

O Requerente afirma que a conduta dos Réus acarretou dano moral coletivo e que em razão disso, ambos devem ser condenados, individualmente, ao pagamento de indenização no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a ser destinado ao Fundo de Defesa do Consumidor.

A defesa coletiva instaurada na lide visa proteger os chamados “interesses ou direitos difusos”, os quais, na definição do inciso I do art. 81, do CDC, são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Tendo o autor da ação arguido o ferimento a direito da sociedade como um todo,, a hipótese é de “indeterminação de pessoas, ligadas por circunstâncias

de fato" (interesses ou direitos difusos), e não de "pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica" (interesses ou direitos coletivos), ou de "interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum".

Passemos agora a analisar a existência de dano moral coletivo indenizável.

A possibilidade de indenização por dano moral coletivo encontra respaldo legal na parte final do *caput* do ad. 10 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), e nos incisos VI e VI do art. 60 do CD)C, *in verbis*:

(...)

Na seara das relações de consumo, o que causa o dano moral coletivo é a prática pelo fornecedor de serviço ou produto de ato antijurídico contra determinado segmento da coletividade, ofendendo seus valores extra-patrimoniais, gerando repulsa na comunidade.

(...)

Contudo, o dano moral coletivo é de difícil aferição no caso concreto.

Se houve sofrimento moral de algum consumidor adquirente de propriedade imóvel, ele é pontual, restrito à individualidade, do adquirente, não podendo ser ampliado a uma coletividade. Sua reparação, portanto, prescinde da postulação de ação indenizatória individual pelo interessado.

Dessa forma, não vislumbro um sentimento de angústia e inquietude de toda uma coletividade, a ensejar reparação do pleiteado dano moral, uma vez que não restou demonstrada a ofensa ao sentimento coletivo, ou seja, de valores compartilhados pela coletividade, caracterizando danos aos interesses extra-patrimoniais dos membros de um grupo ou coletividade, a ensejar indenização que atenda toda a comunidade atingida pelo evento danoso, ao contrário, restou demonstrado que houve ofensa sim, mas restrita ao interesse individual de cada consumidor.

Portanto, no caso dos autos, não há a evidência do abalo psicológico e também não se vislumbra o dano moral coletivo, razão pela qual, não procede o pleito indenizatório.

Na apelação interposta, a Corte estadual, no que tange ao dano moral coletivo, ao confirmar a r. sentença, concluiu:

Ao apreciar a presente ação, o magistrado singular às fls. 946/959, julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, por não restarem os mesmos evidenciados no feito.

Inconformado com o teor do *decisum*, o demandante avia o presente recurso de apelação (fls. 962/999), requerendo o conhecimento e provimento do apelo, a fim declarar-se a nulidade de todos os atos e decisões de natureza executória,

incidente nesta lide ou em processo autônomo das cortes arbitrais, proferida pela primeira requerida ora apelada. E ainda, pugna pela condenação das apeladas, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo na quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), cada um, a ser destinado ao Fundo de Defesa do Consumidor.

(...)

Compulsando os autos, tenho que a pretensão do recorrente não deve prosperar pelos seguintes motivos.

(...)

In casu, é inegável a relação de consumo tratada nos autos, que tem como causa do dano moral coletivo, a prática pelo fornecedor de serviço ou produto de ato antijurídico, contra determinado segmento da coletividade, gerando ofensa aos valores extra-patrimoniais desta sociedade.

Contudo, nesta demanda, *não se verificou a ocorrência de dano moral coletivo*, haja vista que o sofrimento moral de qualquer consumidor, adquirente de propriedade imóvel, é individual, não podendo ser ampliado a uma coletividade. Logo, para se pretender a reparação do alegado dano, cabe ao interessado ajuizar ação indenizatória individualmente.

Constata-se que os acontecimentos narrados nos autos não são capazes de ocasionar a indenização pleiteada, porquanto, não houve lesão efetiva à coletividade, não havendo, por conseguinte, dano moral coletivo a ser indenizado.

(...)

Assim, como o autor/apelante não demonstrou de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social de consumidor titular do interesse coletivo ou difuso, o desacolhimento do pedido de indenização por danos morais coletivos é medida impositiva.

No recurso especial, a discussão trazida foi unicamente a respeito do cabimento, na hipótese, dos danos morais coletivos.

Na decisão de fls. 1.237-1.241 (e-STJ), este Relator conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Tal decisão há de ser confirmada no presente agravo interno, com acréscimo das seguintes motivações.

A respeito da configuração do dano moral coletivo, este Relator já teve a oportunidade de se manifestar, no julgamento do REsp 1.303.014/RS, no âmbito desta colenda Quarta Turma, delineando, na ocasião, que o referido dano é de índole fortemente punitiva, caracterizando-se quando a lesão atingir valores de uma comunidade, transbordando os limites da tolerabilidade. Destarte, “a

condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores” (julgado em 18/12/2014 e publicado no DJe de 26/5/2015).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Justiça orienta-se no sentido de considerar que “não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva” (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. *Massami Uyeda*, *Terceira Turma*, julgado em 02/02/2012, DJe de 10/02/2012).

Nesse sentido, citam-se, ainda, outros julgados das Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal:

Agravo em recurso especial. Decisão agravada. Fundamentos. Impugnação específica. Inocorrência. Não conhecimento.

1. O agravo interposto contra decisão denegatória de processamento de recurso especial que não impugna, especificamente, todos os fundamentos por ela utilizados, não deve ser conhecido, conforme disposto na Súmula 182/STJ.

2. Agravo em recurso especial interposto por *Banco Bonsucesso S/A* não conhecido.

Recurso especial. Consumidor. Interesses individuais homogêneos. Ação civil pública. Débito. Pagamento antecipado. Art. 52, § 2º, do CDC. Valores essenciais. Lesão intolerável. Ausência. Danos morais coletivos. Inocorrência.

1. Acórdão recorrido publicado em: 03/03/2016; concluso ao gabinete em: 02/10/2017; julgamento: CPC/73.

2. Na presente ação coletiva, o Ministério Público questiona a ocorrência de prática abusiva, decorrente do fato de não ter sido encaminhado aos consumidores o boleto necessário para o pagamento da dívida contraída com instituição financeira que não possui agência na cidade de seu domicílio, o que violaria o direito dos consumidores de quitarem antecipadamente o débito (art. 52, § 2º, do CDC).

3. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo.

4. *O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais.*

5. *Se, por um lado, o dano moral coletivo não está relacionado a atributos da pessoa humana e se configura in re ipsa, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, de outro, somente ficará caracterizado se ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável.*

6. *A lesão de interesses individuais homogêneos pode acarretar o comprometimento de bens e institutos jurídicos superiores cuja preservação é cara à própria comunidade, vulnerando, pois, valores fundamentais da comunidade, razão pela qual é passível, em tese, de reclamar a compensação de danos morais coletivos.*

7. Na hipótese em exame, todavia, a lesão ao direito previsto no art. 52, § 2º, do CDC não acarreta a violação de valores essenciais da sociedade e o não envio dos boletos necessários à quitação do débito, ainda que possa configurar negativa de vigência à lei de regência, não configura lesão intolerável a interesse individual homogêneo, razão pela qual não há dano moral coletivo a ser indenizado.

8. Recurso especial conhecido interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* conhecido e desprovido.

(REsp 1.643.365/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe de 07/06/2018, grifou-se)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Descumprimento do dever de informar. Danos morais coletivos. Ausência de abalo a toda coletividade. Danos materiais. Inexistência. Inviável modificar as conclusões do acórdão *a quo*. Incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ. Agravo desprovido.

1. *A condenação à indenização por dano moral coletivo em ação civil pública deve ser imposta somente aos atos ilícitos de razoável relevância e que acarretem verdadeiros sofrimentos a toda coletividade, pois do contrário estar-se-ia impondo mais um custo às sociedades empresárias.* Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo probatório dos autos, consignaram não ter havido prova da ocorrência de danos, sejam eles materiais ou morais, capazes de ensejar a condenação à reparação civil, pois não se comprovou o dano aos correntistas, tendo em vista as isenções de tarifas, bem como não houve dificuldade oposta pela casa bancária para transferência dos vencimentos para as instituições financeiras escolhidas pelos servidores públicos. Infirmar tais conclusões demandaria o reexame de provas, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 964.666/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 11/11/2016)

Recurso especial. Ação civil pública. Dignidade de crianças e adolescentes ofendida por quadro de programa televisivo. Dano moral coletivo. Existência.

1. *O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.* Precedentes.

2. Na espécie, a emissora de televisão exibiu programa vespertino chamado “Bronca Pesada”, no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis.

3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por *bullying*.

4. Como de sabinça, o artigo 227 da Constituição da República de 1988 impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.

5. No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros.

6. Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão - ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes - traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental,

moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.

7. *Quantum* indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.517.973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe de 1º/02/2018)

Nesse contexto, o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, mas somente se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade.

Na análise dos autos, não se verifica nenhuma das situações acima descritas capazes de ensejar o reconhecimento de dano moral coletivo.

Na hipótese em exame, o alegado dano advém do fato de os consumidores, adquirentes de propriedades imóveis, em razão de convênio estabelecido entre o TJ/GO, a Segunda Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e o SECOVI - Sindicato da Habitação de Goiás, em junho de 2006 (Protocolo de Interação e Cooperação Técnica, às fls. 286-297, e-STJ), terem ficado obrigados a se submeter a arbitragem para discutir litígios relacionados à aquisição de bens imóveis e a executar as respectivas sentenças arbitrais.

Assim, o dano moral eventualmente configurado está relacionado mais propriamente a esfera individual de cada consumidor adquirente de propriedade imóvel que, na prática, tenha sido compelido a se submeter à Corte Arbitral, devendo, se for o caso, o lesado ingressar com a medida judicial cabível para pleitear a indenização.

Não se constata, pois, grave ofensa à moralidade pública ou lesão a valores fundamentais da coletividade, bem como ato que tenha ultrapassado os limites do justo e tolerável, tanto que o Tribunal de Justiça chegou a firmar o aludido convênio.

Ademais, conforme salientado na r. sentença e no acórdão do Tribunal estadual, o feito foi extinto sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, porque o referido convênio foi revogado antes mesmo do ajuizamento da ação civil pública, pelo Decreto Judiciário 112/2008, emanado da Presidência do

TJ/GO, que entrou em vigor em 24/3/2008. Mais uma razão, portanto, para se entender que eventuais danos decorrentes da existência do aludido ato surtiram efeitos por curto lapso temporal e atingiram apenas a esfera individual de algum consumidor, não podendo ser ampliados à coletividade.

Com base nessas considerações, há de ser confirmado o não acolhimento do pleito formulado na ação civil pública de indenização do dano moral coletivo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.450.434-SP (2014/0058371-2)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda

Advogados: Rodrigo Rocha de Souza - RJ085889

Caio Vasconcelos Araújo e outro(s) - SP309287

Paulo Henrique de Paiva Santos - DF056343

Recorrido: Artur Luiz Godoy Fernandes

Advogado: Sandro Raymundo e outro(s) - SP173562

EMENTA

Responsabilidade civil e consumidor. Recurso especial. Assalto à mão armada em *drive-thru* de estabelecimento comercial. Fortuito interno. Fato do serviço. Relação de consumo. Obrigação de indenizar.

1. O *drive-thru*, em linhas gerais, é a forma de atendimento ou de serviço diferenciado de fornecimento de mercadorias em que o estabelecimento comercial disponibiliza aos seus clientes a opção de aquisição de produtos sem que tenham que sair do automóvel. O consumidor é atendido e servido ao “passar” com o veículo pelo restaurante, mais precisamente em área contígua à loja.

2. Assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de *drive-thru* em troca

dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito de lealdade e segurança em qualquer relação contratual, como incidência concreta do princípio da confiança (inteligência da Súm. 130 do STJ).

3. Ao estender a sua atividade para a modalidade *drive-thru*, a lanchonete buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar os seus ganhos e proventos, pois, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos seus produtos e serviços, facilitou a compra e venda, aumentou as suas receitas, perfazendo um diferencial competitivo para atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. Por conseguinte, chamou para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada em razão dessa nova atividade.

4. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências como a dos autos.

5. Aliás, o sistema *drive thru* não é apenas uma comodidade adicional ou um fator a mais de atração de clientela. É, sim, um elemento essencial de viabilidade da atividade empresarial exercida, sendo o *modus operandi* do serviço, no qual o cliente, em seu veículo, aguarda por atendimento da empresa.

6. Ademais, configurada a responsabilização da fornecedora em razão da própria publicidade veiculada, em que se constata a promessa de segurança de seus clientes.

7. Na hipótese, diante de tais circunstâncias trazidas aos autos, verifica-se que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, mas sim em fortuito interno, porquanto incidente na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida e na frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor-médio, concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente. O fornecedor, por sua vez, pelo que consta dos autos, não

demonstrou ter adotado todas as medidas, dentro de seu alcance, para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito *drive-thru* tampouco comprovou que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência.

8. Recurso especial não 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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Paulo Henrique de Paiva Santos, pela parte recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 9.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Artur Luiz Godoy Fernandes ajuizou ação de reparação por danos materiais e morais em face de McDonald's Comércio de Alimentos Ltda., sustentando que, em 25 de julho de 2003, enquanto comprava um lanche no serviço *drive-thru*, sem sair do carro, foi assaltado por um homem armado que roubou sua carteira e a chave do veículo, tendo ficado com seu carro travado na fila da lanchonete.

O magistrado de piso julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar ao autor, a título de indenização por danos materiais, a importância de R\$ 235,00 e, pelos danos morais suportados, o montante de R\$ 14.000,00 (fls. 355-361).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso:

Apelação. Indenização por danos materiais e morais. Assalto à mão armada em drive-thru de estabelecimento comercial. Procedência. Apelo do réu insistindo nas excludentes de responsabilidade. Responsabilidade objetiva configurada. Procedência ratificada nos moldes do artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal. Danos morais configurados. Valor arbitrado em R\$ 14.000,00, com observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Negado provimento ao recurso.

(fls. 407-416).

Nas razões do recurso especial, alegou-se violação aos arts. 535, II, do CPC e 393 do Código Civil.

Aduz que o acórdão foi omissivo. Sustenta, ademais, que o evento narrado na inicial se afigura como caso fortuito ou força maior, ocorrendo apenas em razão de ato cometido por terceiro, não tendo a recorrente participado, tampouco colaborado, ativa ou passivamente, para o ato de violência narrado, perfazendo, por conseguinte, a exclusão de sua responsabilidade civil.

Assevera que “a recorrente não possui o dever legal de manter segurança armada em seu estabelecimento, tampouco evitar que ações criminosas como o assalto abordado nestes autos ocorra. Isso porque, o roubo a mão armada não figura um risco inerente a atividade de um simples restaurante, tampouco poderia prever a ocorrência deste fato, visto que é uma empresa de alimentos, e não uma instituição financeira, por exemplo”.

Salienta que “os seguranças da recorrente nada poderiam fazer no intuito de coibir a atividade criminosa sem que, para tanto, colocasse em risco a vida dos demais consumidores”.

Contrarrazões às fls. 501-506.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 527-530), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 570).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não se verifica a alegada violação do art. 535 do CPC/73, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

A leitura do recurso de apelação interposto revela a não ocorrência dos vícios ensejadores da oposição de embargos declaratórios, tendo o Tribunal fundamentado a sua decisão no princípio do livre convencimento motivado, apenas divergindo da pretensão da recorrente.

Com efeito, aplica-se a jurisprudência desta Corte segundo a qual não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando a conclusão desfavorável a ele.

Confira-se:

(...)

1. Não há omissão em acórdão que, apreciando explicitamente as questões suscitadas, decide a controvérsia de forma contrária àquela desejada pela recorrente.

(...)

(REsp 1.057.477/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/09/2008, DJe 02/10/2008)

Ademais, como se percebe, o acórdão, ao adotar o entendimento da sentença, transcreveu trechos das razões do referido julgado, valendo-se da técnica de fundamentação *per relationem*, amplamente aceita no âmbito do STF e do STJ, não se cogitando de nulidade ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

Recurso especial. Processo Civil. Inexistência de razões sobre a nulidade do contrato de compra e venda de imóvel. Violação do art. 535 do CPC/1973 configurada.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil/1973.

2. O acórdão recorrido, na hipótese, foi omissivo, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração - pela ausência de motivação sobre a nulidade do contrato de compra e venda de imóvel rural -, não se manifestou de forma satisfatória sobre os pontos fundamentais articulados.

3. É pacífico no âmbito do STF e do STJ o entendimento de ser possível a fundamentação *per relationem* ou por referência ou por remissão, não se cogitando nulidade ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal,

desde que os fundamentos existentes aliunde sejam reproduzidos no julgado definitivo (principal), o que, como visto, não ocorreu na espécie.

4. O enfrentamento da questão ventilada nos embargos de declaração é absolutamente insuperável e não pode ser engendrado pela primeira vez nesta Corte, principalmente pelo óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.426.406/MT, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 11/05/2017)

3. A controvérsia principal está em definir se o estabelecimento comercial responde civilmente pelos danos sofridos por consumidor vítima de assalto à mão armada no momento em que adquiria, na cabine *drive-thru*, produtos do fornecedor.

O Tribunal de Justiça, confirmando os fundamentos da sentença, reconheceu a responsabilidade da lanchonete pelos seguintes fundamentos:

Arthur Luiz Godoy Fernandes ajuizou a presente ação em face do *Mc Donald's Comércio de Alimentos Ltda* visando o ressarcimento por danos materiais e morais que, segundo relato da inicial, sofreu quando abordado na cabine do "drive thru" de um estabelecimento da ré por um homem que, portando arma de fogo, roubou-lhe a carteira e a chave do veículo.

Dando ensejo ao presente recurso, houve por bem a Magistrada de origem exarar o decreto de procedência para condenar a ré a pagar para o autor, a título de indenização por danos materiais, a importância de R\$ 235,00, bem como o montante de R\$ 14.000,00, a título de danos morais, valores a serem monetariamente corrigidos a partir da propositura da demanda, acrescidos de juros legais desde a citação. Carreou à demandada, ainda, os ônus da sucumbência, fixando a verba honorária em 15% do valor da condenação.

Inconsistente o reclamo.

A MM. Juíza a quo *apreciou corretamente os elementos jurídicos e fáticos trazidos à baila no presente feito, dando a ele solução escorreita e irretocável, pelo que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, in verbis:*

Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente fundamentada, houver de mantê-la.

Na Seção de Direito Privado deste *Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo*, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras,

seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros: Apelação 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, em 17/06/2010; AI 990101539306, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, em 08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. James Siano, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, em 27/05/2010; Apelação n. 99404080827-0, Rel. Des. Alvaro Passos, em 17/09/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. Paulo Alcides, em 01/07/2010; AI n. 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n. 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010.

O *Colendo Superior Tribunal de Justiça* tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece “a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no *decisum*” (REsp n. 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, j. de 4.9.2007; REsp n. 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. *Castro Meira*, j. de 21.11.2005; REsp n. 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. *Eliana Calmon*, j. 17.12.2004 e REsp n. 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, j. de 1.12.2003).

Corretamente fez consignar a r. sentença que “... os autos cuidam de hipótese de prestação de serviços, tendo plena incidência o Código de Defesa do Consumidor na disciplina das relações havidas entre as partes...” Reportando-se à norma do art. 6º, VI da legislação consumerista, enfatizou “... serem direitos básicos do consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, encontrando-se, ainda, “... devidamente alinhada a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços por defeitos relativos a essa prestação, quanto aos danos causados ao consumidor” (fls. 340, 6º e 7º parágrafo).

Destacando, enfim, que define “... A lei como sendo serviço defeituoso aquele que não fornece ao consumidor a segurança que dele se pode esperar (parágrafo 1º)”, sobretudo quando propalada pela empresa a segurança física de seus clientes e funcionários, restava à Magistrada, senão, exarar o decreto de procedência que encontra ressonância na jurisprudência pátria:

Processo Civil e Civil. Cerceamento de defesa. Inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). Existência dos requisitos autorizadores. Roubo efetivado no estacionamento da fornecedora. Dever de cuidado, guarda e vigilância. Responsabilidade civil objetiva. Recurso improvido.

1. Inexiste cerceamento de defesa em razão da inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença, mormente quando se sabe

que tal inversão, prevista no art. 6º, VIII do CDC, é um meio de facilitação da defesa em face da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança da alegação, segundo as regras ordinárias de experiência. Doutrina e precedente.

2. A prestação de serviços pelo sistema do *drivethru*, bem como a sua prolongação com o pedido de que o consumidor espere em estacionamento privativo da empresa a conclusão do lanche solicitado, enquadra-se, perfeitamente, no conceito de relação de consumo, sendo a sua responsabilidade informada, *in casu*, pela teoria da responsabilidade civil objetiva.

3. Negar a possibilidade de indenização é permitir que a fornecedora possa usufruir de todas as benesses advinda da oferta de estacionamento privativo, com captação de um maior número de atendimento de clientes, ainda que pelo sistema *drive thru*, eximindo-se de toda e qualquer responsabilidade pela guarda e vigilância dos mesmos.

4. Nos termos da pacífica jurisprudência das 3ª e 4ª Turmas do e. STJ a “empresa ou estabelecimento comercial que permite aos seus empregados e clientes utilizarem seu estacionamento responde por roubo ou furto de veículos a eles pertencentes, pois assume o dever de guarda e proteção. Mesmo não havendo contrato de depósito, a empresa se beneficia indiretamente, aplicando-se, portanto, o princípio da boa-fé objetiva.” (TJ/DF Apelação 20030110330330 - Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Relator Nilsoni de Freitas Custodio - J. em: 26/05/2004 - Data de Publicação: 03/06/2004).

Ausentes questionamentos quanto danos materiais, relativamente aos danos morais, não menos acertadamente decidiu a Magistrada de origem quando destacou ter sido o autor “... submetido à violência da abordagem à mão armada” e que “... pouca assistência recebeu dos funcionários do estabelecimento, como se depreende da prova oral colhida”; viabilizado, destarte, seu arbitramento nos moldes em que pretendido, porque comedido estimado. (fls. 342, penúltimo parágrafo).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Mostra-se incontroversa, portanto, a relação de consumo vivida entre as partes e o fato de o consumidor, ora recorrido, ter sido assaltado à mão armada no momento em que se valia do serviço de *drive-thru* oferecido pelo fornecedor.

4. Nesse passo, como sabido, o CDC previu a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco da atividade, estabelecendo que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações

insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (art. 14), destacando que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes” (§ 1º).

O referido normativo previu, ainda, possíveis causas de mitigação da responsabilização - inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3º) -, sendo que a jurisprudência vem admitindo, ainda, o caso fortuito ou a força maior (expressamente previstos no art. 393 do CC), notadamente após a introdução do produto ou serviço no mercado de consumo.

À guisa de exemplo:

Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte.

1. Como assentado em precedente da Corte, o “fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil” (REsp n. 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00).

2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 330.523/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 11/12/2001, DJ 25/03/2002, p. 278)

A força maior e o caso fortuito vêm sendo entendidos, atualmente, como espécies do gênero fortuito externo, no qual se enquadra a culpa exclusiva de terceiros, sendo aquele fato, imprevisível e inevitável, estranho à organização da empresa; contrapondo-se ao fortuito interno, que, apesar de também ser imprevisível e inevitável, relaciona-se aos riscos da atividade, inserindo-se na estrutura do negócio.

É o destaque da doutrina:

Lembre-se, contudo, da distinção entre o *caso fortuito interno* e o *caso fortuito externo*, admitindo-se que apenas quando se trate da segunda hipótese (externo) existiria excludente de responsabilidade. O *caso fortuito interno* consistiria no fato “inevitável e, normalmente, imprevisível que, entretanto, liga-se à própria atividade do agente. Insere-se, portanto, entre os riscos com os quais deve arcar

aquele, no exercício da autonomia privada, gera situações potencialmente lesivas à sociedade". Já o fortuito externo é aquele fato estranho à organização ou à atividade da empresa, e que por isso não tem seus riscos suportados por ela. Com relação a este, sustenta-se sua aptidão para excluir a responsabilidade objetiva.

(MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 546)

5. Dessarte, considerando a existência de relação de consumo - e o *fato do serviço* incontroverso -, resta saber se, no roubo ocorrido em *drive-thru*, há incidência da excludente de responsabilização.

5.1. Não há uma palavra no vernáculo para designar esse serviço. O sistema *drive-thru* é o "estabelecimento (lanchonetes e restaurantes *fast-food*) no qual o cliente é atendido sem sair do automóvel" ou "posto com máquina(s) de autoatendimento, em que o cliente tem acesso a serviços bancários, sem sair do veículo" (Dicionário Aurélio).

Em expressão similar, destaca Maria Helena Diniz que *drive-in* é "estabelecimento mercantil em que se pode entrar com o automóvel, permanecendo nele sentado, para assistir a filmes ou ser atendido pelo garçom" (*Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 289). Diferentemente, no *drive-thru* - ou *drive-through* - a pessoa também é atendida no veículo, mas não fica no local consumindo o produto.

A título de curiosidade, tem-se a seguinte notícia da gênese do sistema:

O ano era 1931. Royce Hailey acabara de ser promovido a gerente de uma lanchonete tradicional de Dallas, no Texas, a *Pig Stands*. Aos 21 anos, mesmo sem saber dirigir, seu sonho era o de todo jovem americano da época: comprar um carro. Mas os Estados Unidos viviam os anos duros da recessão, depois da quebra da bolsa em 1929, e o *Pig Stands* estava às moscas. Os ombros do jovem gerente doíam pela pesada responsabilidade de fazer que os clientes voltassem a ocupar as mesas do restaurante.

Um dia, ouviu de seu patrão uma máxima inspiradora: "As pessoas que têm carro são tão preguiçosas que não querem sair dele nem para comer". Ele percebeu que era esse tipo de gente que precisava agradar. A solução encontrada por Royce foi original. Colocou, na entrada da lanchonete, uma plaqueta em que se lia "drive-thru" - literalmente, "dirija por" - um serviço até então nunca visto. Os clientes gostaram da novidade e, em pouco tempo, um congestionamento de Fords Modelo T e de outros calhambeques se formou diante da lanchonete. Só os gramáticos protestaram. Afinal, no vernáculo anglo-saxão, deveria ser "drive-through", e não a corruptela "thru". De qualquer maneira, um pedestre acabara de inventar a roda na história da alimentação.

Royce Hailey era um sujeito carismático e energético que nasceu em 1910 e aos 14 anos já trabalhava na lanchonete. O *drive-thru* não foi sua única boa idéia. Hailey também é responsável por uma das mais deliciosas invenções gastronômicas nas bandejas de *fast food*: os *onion rings*, anéis de cebola à milanesa. Em 1939, ele também transformou a *Pig Stands* na primeira lanchonete com luzes fluorescentes de que se tem notícia.

Em comparação com os atuais, o primeiro *drive-thru* da história era bem rudimentar. O motorista se dirigia aos fundos do *Pig Stands* e fazia o pedido diretamente para a cozinha. O próprio cozinheiro vinha trazer a encomenda, num pacote marrom sem identificação. Para beber, nada de refrigerante. Os motoristas saíam do *Pig Stands* tomando cerveja ao volante de seus calhambeques.

Apesar do sucesso, a idéia custou a se espalhar na terra do automóvel. A rede de lanchonetes Wendy's só aderiu ao sistema na década de 70 e o primeiro McDonald's com *drive-thru* só foi aberto em 1975. Hoje, claro, tudo mudou. 90% das lojas americanas de *fast food* têm caixas expressas de *drive-thru*. A QSR, importante publicação do setor de alimentação, faz um ranking anual dos melhores (e piores) *drive-thrus* do mercado. O sistema financeiro criou o *drive-thru banking* e até casamentos são realizados com o sistema – em Las Vegas, onde mais?

(OPPERMANN, Álvaro. *O inventor do drive-thru*. Revista Super Interessante. <<https://super.abril.com.br/historia/o-inventor-do-drive-thru/>>, acessado em 13/09/2018)

Trata-se, portanto, de forma de atendimento ou de serviço diferenciado de fornecimento de mercadorias em que o estabelecimento comercial disponibiliza a seus clientes a opção de aquisição de produtos sem que tenham de sair do automóvel. O consumidor é atendido e servido ao “passar” com o veículo pelo restaurante, mais precisamente em área contígua à loja.

No direito comparado, há caso famoso em tribunal norte-americano envolvendo o serviço, exemplo corrente na doutrina civilista ao tratar do *punitive damage*, assentando a responsabilidade do fornecedor, em que uma “idosa senhora, de 79 anos de idade, comprou um café no *drive-through* de uma lanchonete McDonald's. Ao dar partida no seu carro derramou o líquido em si mesma, vindo a sofrer queimaduras. O McDonald's recusou-se a indenizá-la espontaneamente. Na Justiça, um Júri do Tribunal de Albuquerque, no Estado do Novo México, condenou a empresa a pagar cerca de U\$3 milhões por danos (morais) punitivos, quantia esta posteriormente reduzida a U\$540 mil em virtude de a vítima ter contribuído com sua conduta para o acidente” (GOMES, José Jairo, *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 296).

5.2. Por sua vez, o roubo mediante uso de arma de fogo é fato de terceiro equiparável à força maior, apto a excluir, em regra, o dever de indenizar, ainda que no âmbito da responsabilidade civil objetiva, por ser inevitável e irresistível, acarretando uma impossibilidade quase absoluta de não ocorrência do dano.

No entanto, ainda assim, em diversas situações o STJ reconhece a obrigação de indenizar, tais como: serviços em cuja natureza se verifica, em sua essência, risco à segurança, por se tratar de evento previsível (como as atividades bancárias); quando há exploração econômica direta da atividade (por exemplo, em estacionamentos pagos); quando, em troca dos benefícios financeiros indiretos, o fornecedor assume, ainda que implicitamente, o dever de lealdade e segurança (tal qual nos estacionamentos gratuitos de *shoppings* e hipermercados); ou, ainda, quando o empreendedor acaba atraindo para si tal responsabilidade (caso das ofertas e publicidades veiculadas).

Destaca-se que, ao contrário da hipótese dos autos, o caso objeto do EREsp 1.431.606/SP, já admitido pela em. Min. Isabel Gallotti para apreciação pela Segunda Seção, traz como acórdãos divergentes dois julgados que, apesar de tratarem da mesma lanchonete dos autos, ora recorrente, tem como fator preponderante e distinto da presente espécie (*distinguishing*) o fato de que o roubo ocorreu no estacionamento externo do empreendimento, não no interior do sistema *drive-thru*.

Assim, creio que não há precedente específico sobre o tema objeto deste recurso.

6. Nessa ordem de ideias, a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço *de drive-thru* aos seus clientes, acabou atraindo para si - segundo entendo - a obrigação de indenizá-los por eventuais danos causados, não havendo falar em rompimento do nexa causal.

Isso porque, assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a recorrente, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito em qualquer relação contratual de lealdade e segurança, como incidência concreta do princípio da confiança.

Deveras, tenho que a responsabilidade em questão se assemelha muito àquelas situações dos empreendimentos comerciais, como *shoppings* e hipermercados, que colocam o estacionamento à disponibilização de sua freguesia, respondendo pelos danos sofridos nesse local (inteligência da Súm. 130 do STJ).

O enunciado da súmula tem a seguinte redação: “*A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento*”. Equivale a dizer: é a incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço e responsável pelo local de atendimento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor.

Neste sentido é a jurisprudência da Casa:

Responsabilidade civil. Recurso especial. Tentativa de roubo em cancela de estacionamento de *shopping center*. Obrigação de indenizar.

1. A empresa que fornece estacionamento aos veículos de seus clientes responde objetivamente pelos furtos, roubos e latrocínios ocorridos no seu interior, uma vez que, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, o estabelecimento assume o dever - implícito em qualquer relação contratual - de lealdade e segurança, como aplicação concreta do princípio da confiança. Inteligência da Súmula 130 do STJ.

[...]

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.269.691/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 05/03/2014)

Recurso especial. Ação indenizatória. Danos morais e materiais. Veículo. Roubo. Emprego de arma de fogo. Atacadista. Estacionamento externo. Gratuito. Área pública. Caso fortuito ou força maior. Fortuito externo. Súmula n. 130/STJ. Inaplicabilidade ao caso.

[...]

5. Em casos de roubo, a jurisprudência desta Corte tem admitido a interpretação extensiva da Súmula n. 130/STJ para entender configurado o dever de indenizar de estabelecimentos comerciais quando o crime for praticado no estacionamento de empresas destinadas à exploração econômica direta da referida atividade (hipótese em que configurado fortuito interno) ou quando esta for explorada de forma indireta por grandes shopping centers ou redes de hipermercados (hipótese em que o dever de reparar resulta da frustração de legítima expectativa de segurança do consumidor).

6. No caso, a prática do crime de roubo, com emprego inclusive de arma de fogo, de cliente de atacadista, ocorrido em estacionamento gratuito, localizado em área pública em frente ao estabelecimento comercial, constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior) que afasta da empresa o dever de indenizar o prejuízo suportado por seu cliente (art. 393 do Código Civil).

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.642.397/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018)

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais em razão de roubo sofrido em estacionamento de supermercado. Procedência da pretensão. Força maior ou caso fortuito. Não reconhecimento. Conduta omissiva e negligente do estabelecimento comercial. Verificação. Dever de propiciar a seus clientes integral segurança em área de seu domínio. Aplicação do direito à espécie. Possibilidade, *in casu*. Dano moral. Comprovação. Desnecessidade. “*Damnum in re ipsa*”, na espécie. Fixação do *quantum*. Observância dos parâmetros da razoabilidade. Recurso especial provido.

I - É dever de estabelecimentos como shoppings centers e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores;

[...]

V - Recurso Especial conhecido e provido.

(REsp 582.047/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 04/08/2009)

Com efeito, examinando-se os precedentes que deram origem ao Enunciado Sumular n. 130 do STJ, verifica-se que a maioria se funda na teoria do risco e, ainda que tais julgados sejam anteriores ao CDC, desde sempre expressam a preocupação da Corte com a vulnerabilidade do usuário em face do poder econômico, sustentando que:

[...] o manifesto interesse econômico do estabelecimento comercial, identificado com o aumento de sua lucratividade e incremento da clientela decorrente da comodidade que o estacionamento oferta ao cliente, presume-se o dever de guarda.

De tal sorte, entendo que a obrigação de indenizar radica no âmbito do risco profissional do empreendimento, resultante do proveito auferido, ainda que indireto. (REsp 35.352/SP, Rel. Ministro Antonio Torreão Braz, Quarta Turma, julgado em 30/11/1993, DJ 21/02/1994)

Confira-se, ainda:

Direito Civil. Indenização. Estacionamento em supermercado. Furto de veículo. Responsabilidade pela guarda da coisa. Recurso provido.

- A empresa que, em atenção aos seus objetivos empresariais, oferece local presumivelmente seguro para estacionamento, assume obrigação de guarda e vigilância, o que torna civilmente responsável por furtos em tal local ocorridos.

(REsp 30.033/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 08/02/1993, DJ 08/03/1993)

No caso dos autos, configurada efetivamente a falha do serviço, não parece razoável afastar a responsabilidade do fornecedor, apenas por não se tratar de estacionamento propriamente dito, mas de local em que o cliente parqueia o seu automóvel, em um estreito corredor, muitas vezes ficando encurralado aguardando atendimento, inclusive tarde da noite.

Observo, na verdade, que a razão de imputação da responsabilidade ao estabelecimento é, em suma, a mesma para ambas as hipóteses:

É certo que, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto, a empresa deverá assumir o dever de velar pela segurança do estacionamento e pela integridade física dos seus usuários.

Por essa razão, revela-se descabida a intenção da empresa de desonerar-se dessa incumbência, a pretexto de caso fortuito ou de força maior. Com efeito, o proveito financeiro indireto obtido pela empresa atrai-lhe o correspondente ônus de proteger o consumidor de eventuais furtos, roubos ou latrocínios.

Nessa linha de raciocínio, esta Corte já decidiu que é dever de estabelecimentos como *shoppings centers* e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores."

(REsp 582.047/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 04/08/2009)

7. Por outro lado, pelo que consta dos autos, não demonstrou ter adotado todas as medidas, dentro de seu alcance, para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito *drive-thru* ou, ainda, que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência.

Hão de se considerar, ainda, as ponderações lançadas pelo Min. Raul Araújo em seu voto-vista no REsp 1.269.691/PB, nas quais enfatiza que o roubo é crime "do tipo que somente ocorre quando o meliante, percebendo a fragilidade da vítima, identifica um momento de oportunidade adequada para a prática delituosa, portanto, uma vigilância simples e eficiente seria capaz de evitar essas oportunidades"; "por se tratar de tentativa de roubo, de cunho nitidamente oportunista, evento lamentavelmente muito comum no dia a dia do

cidadão brasileiro, é previsível e facilmente evitável desde que adotadas cautelas mínimas [...]; e “outro poderia ser o entendimento caso se tratasse de um crime mais arquitetado e dissimulado, que exigisse planejamento pelos meliantes, mostrando-se de difícil prevenção, mas disso não se trata no caso”.

Importante salientar, ainda, que os tribunais estaduais vêm reconhecendo o dever de indenizar, haja vista que a conduta criminosa de roubo em *drive-thru* tem sido tão corriqueira nos dias atuais que sequer pode ser considerada como imprevisível.

À guisa de exemplo:

- *Apelação n. 0017651-82.2013.8.26.0004 (TJSP)*

Sobre a tese defensiva do fortuito, em sentido amplo (o *casus*), ponderou-se que “embora tenha havido fato de terceiro para a produção dos danos, não é menos verdade que a falta de cautela e precaução do prestador de serviço contribuiu ativamente para a ocorrência do evento danoso, *que não era imprevisível, até porque corriqueiras as notícias na mídia de eventos com o uso de arma de fogo, o que impunha maior segurança e vigilância no serviço drive-thru.*”

Estas mesmas teses, adotadas no acórdão embargado (Ap. civ. n. 0003884-20.2005.8.26.0048, rel. Des. Elliot Akel, j. 12.11.2013), já se encontravam em precedentes anteriores da Câmara (Ap. civ. n. 9146894-45.20078.26.0000, rel. Des. Elliot Akel, j. 08.11.2011), bem assim de outras Câmaras (v.g. Ap. civ. 9158288-20.2005.8.26.0000, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 08.11.2011), particularmente sobre o *drive-thru*.

[...]

Em segundo lugar, também não se nega que, salvo em casos em que o serviço oferecido seja de segurança, como bancos e transportes de valores, o roubo qualificado pelo emprego de arma venha, normalmente, sendo considerado fortuito externo, isto é, evento estranho ao risco normal da atividade. *Mas sabe-se que esta estraneidade pode bem se superar quando haja a repetição de acontecimentos em condições semelhantes, omitindo-se o fornecedor na tomada de providências básicas que sirvam a enfrentá-los. Exatamente como na espécie.*

- *Apelação n. 1007165-38.2016.8.26.0223 (TJSP)*

Se a ré se predispôs a prestar tal serviço, que, por sua natureza, deixa veículos de consumidores e cabines de funcionários expostos e mais vulneráveis, gerou legítima expectativa de segurança a quem dele usufrui e assumiu risco claro e evidente de ser objeto de ações criminosas, que, *nos dias de hoje e em cidades como São Paulo, não podem mais ser consideradas extraordinárias ou imprevisíveis, tanto que a própria ré admitiu ter contratado segurança privada.*

8. Além disso, ao estender sua atividade para a modalidade *drive-thru*, a requerida buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar seus ganhos e proventos, já que, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos produtos e serviços de *fast food*, facilitando a compra e venda, aumentando o fluxo de clientes e de suas receitas, perfazendo diferencial competitivo a atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela.

De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências como a dos autos.

Realmente, ao facilitar o atendimento, com a abertura de seu balcão para o lado externo, permitindo aos clientes que permanecessem dentro de seus carros para pedir, pagar e efetivar a retirada do produto, a recorrente, além do aumento dos lucros, fez com que os influxos e as filas internas de seu restaurante diminuíssem, reduzindo, também, a quantidade de veículos parados em seu estacionamento, tornando mais dinâmica sua atividade.

No entanto, com isso, propiciou - ou, ao menos, facilitou - que seus clientes ficassem mais desprotegidos, salvo se passasse a adotar a correspondente vigilância, o que parece ser seu dever.

Importante assinalar que o sistema *drive thru* não é apenas uma comodidade adicional ou um fator a mais de atração de clientela. É, também, um elemento essencial de viabilidade da atividade empresarial exercida, sendo o *modus operandi* do serviço, o qual o cliente, em seu veículo, aguarda por atendimento da empresa.

Por conseguinte, o fornecedor, ao ampliar os ramos de sua empresa, chamou para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada em razão dessa nova atividade.

No ponto, a doutrina especializada aponta que:

Se o causador do dano pode legitimamente exercer uma atividade perigosa, a vítima tem direito (subjetivo) à incolumidade física e patrimonial, decorrendo daí o dever de segurança. Com efeito, existe um direito subjetivo de segurança, cuja violação justifica a obrigação de reparar sem nenhum exame psíquico ou

mental, sem apreciação moral da conduta do dano. A segurança material e moral constitui um direito subjetivo do indivíduo, garantido pela ordem jurídica.

[...]

O principal fundamento da responsabilidade do fornecedor não é o risco, como afirmado por muitos, mas, sim, o princípio da segurança. O risco, como sempre repetimos, por si só não gera a obrigação de indenizar. A responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente. Que dever jurídico é esse? Quando se fala em risco, o que se tem em contrapartida é a ideia de segurança. *Por isso, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança. E foi justamente esse dever que o CDC estabeleceu para o fornecedor de produtos e serviços. Em suma, para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, o CDC impõe o dever de segurança; de só fornecer produtos ou serviços seguros, sob pena de responder independentemente de culpa pelos danos que causar ao consumidor.*

(CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177-185, 547).

A questão do estacionamento de veículo em empresa assume duas vertentes.

Caso o proprietário do veículo tenha ido a uma loja, fábrica, supermercado, estabelecimento comercial, industrial ou de serviços para fazer compras e nesses locais houver estacionamento gratuito para os clientes, incide a teoria da guarda da coisa ou do depósito, de sorte que esses estabelecimentos passam a ser os guardiães e responsáveis pelo veículo enquanto ali estiver.

Como o serviço é gratuito e, portanto, mera liberalidade, incide a disposição do art. 186 do CC/2002, respondendo o guardador subjetivamente, ou seja, por dolo ou culpa, que é presumida, invertendo-se o ônus da prova.

Todavia, se esse estabelecimento cobrar para acolher o veículo em seu estacionamento está-se diante de uma prestação de serviço de estacionamento, estabelecendo-se um contrato de guarda e depósito, com subsunção da hipótese no art. 3º, § 2º, do CDC.

Essa responsabilidade, como não se desconhece, é objetiva. Aliás, nesse sentido pronunciou-se o STJ, através da Súmula 130.

(STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: tomo I*. São Paulo: RT, 2013, p. 970)

Portanto, diante de tais circunstâncias trazidas nos autos, tenho que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, mas sim fortuito interno, porquanto incidente na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida e na frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor-médio,

concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente.

9. Ademais, configurada a responsabilização da fornecedora em razão da própria publicidade veiculada pela empresa, em que se constata a promessa de segurança dos clientes. Confira-se:

E o que espera um consumidor desta metrópole ao dirigir-se a uma loja do McDonald's, situada num bairro de classe média, para comprar seu lanche na cabine de "drive-thru"?

Quem responde a essa questão é a própria empresa, em sua publicidade: garantia ao público consumidor de conforto, qualidade de atendimento e, sobretudo, total segurança. In verbis:

A maior preocupação do McDonald's é preservar a segurança física de seus clientes e funcionários. Por isso o McDonald's mantém um quadro de seguranças treinados que circulam pelo restaurante com dois objetivos: primeiro, e acima de tudo prestar ajuda a clientes e funcionários; em segundo lugar, preservar o patrimônio da empresa (fls. 29).

E o que o cliente não espera desse fornecedor? Encontrar no quadro de "seguranças", propalado pela publicidade da empresa (que não é pouca, nem barata), um "orientador de público", cuja orientação funcional é afastar pedintes das lojas e "passar para o gerente" eventuais assaltantes que se apresentem no local. É esse o procedimento que a ré adota em sua segurança, para preservar a integridade física de seus clientes, como bem relatou a testemunha Wellington Tadeu, arrolada pelo McDonald's.

A prova produzida pela requerida é absolutamente falha na demonstração de que presta um serviço adequado e compatível com a justa expectativa de seu consumidor, em termos de segurança."

(fls. 358/359).

Com efeito, em relação à oferta, estabelece o Código Consumerista que "*toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*" (art. 30).

Destaca, ainda, que "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31).

Por outro lado, o Código Civil, em seu art. 393, prevê que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, *se expressamente não se houver por eles responsabilizado*”.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que houve a formalização de um liame pré-contratual entre o recorrente e o recorrido, que deve ser fielmente cumprido, conforme amplamente ofertado pelo fornecedor, dando-se concretude à boa-fé objetiva e aos deveres anexos de confiança, proteção, informação e cooperação.

É a jurisprudência da Casa:

Processual Civil e Consumidor. Panfletos publicitários propaganda enganosa por omissão. Não configurada. Recurso especial provido.

1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta ao Makro Atacadista S/A em razão de publicidade enganosa por não ter veiculado em seus encartes promocionais distribuídos aos consumidores o preço nos produtos.

2. A propaganda comercial, consubstanciada em panfletos comerciais, para que atenda aos preceitos encartados no CDC, deve levar ao conhecimento do consumidor - a título de informação essencial do produto ofertado - o preço, podendo esse englobar custo, formas e condições de pagamento do produto ou serviço.

3. *O artigo 30 do CDC confere à oferta - tida como espécie de publicidade apta a veicular uma forma de informação - caráter vinculante e, como tal, disposta a criar vínculo entre fornecedor e consumidor, surgindo uma obrigação pré-venda, no qual deve o fornecedor se comprometer a cumprir o que foi ofertado.*

4. No caso do encarte publicitário *in comento*, verifica-se duas formas distintas de publicidade. Uma delas - que ora se examina - denominada de “uma super oferta de apenas um dia”, apesar de não expor expressamente o preço numérico da promoção, afirmou o compromisso de garantir o menor preço nos produtos ali mencionados, sendo esses apurados com base em pesquisa realizada em concorrentes.

5. A veiculação de informação no sentido de que o valor a ser praticado seria menor do que o da concorrência, somado à fixação na entrada do estabelecimento de ampla pesquisa de preço, são elementos aptos a fornecer ao consumidor as informações das quais ele necessita a despeito do numerário a ser utilizado para adquirir a mercadoria, podendo, a partir de então, fazer uma opção livre e consciente quanto à aquisição dos produtos.

6. O encarte em tela, apesar de não especificar o preço, não é capaz de se consubstanciar em propaganda enganosa, pois traz outra informação, igualmente prevista no norma, que o substitui, qual seja, forma de aquisição do produto pelo menor custo.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.370.708/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 01/07/2015)

Direito do Consumidor. Recurso especial. Vício do produto. Automóveis seminovos. Publicidade que garantia a qualidade do produto. Responsabilidade objetiva. Uso da marca. Legítima expectativa do consumidor. Matéria fático-probatória. Súm. 7/STJ.

1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV).

2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à princiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30.

3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade.

4. A responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avaliados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.365.609/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 25/05/2015)

De fato, “*independentemente da maior ou menor demanda, a oferta obriga o fornecedor a cumprir o que ofereceu, a agir com transparência e a informar adequadamente o consumidor. Descumprida a oferta, a concessionária viola os direitos não apenas dos consumidores concretamente lesados, mas de toda a coletividade a quem se ofertou o serviço, dando ensejo à reparação de danos materiais e morais (inclusive, coletivos)*” (REsp 1.469.087/AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 17/11/2016).

E ainda:

Direito do Consumidor. Lei n. 8.078/90 e Lei n. 7.565/86. Relação de consumo. Incidência da primeira. Serviço de entrega rápida. Entrega não efetuada no prazo contratado. Dano material. Indenização não tarifada.

I - Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitam com o Código de Defesa do Consumidor.

II - As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas.

III - Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja conseqüência não deve arcar o consumidor.

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 196.031/MG, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/04/2001, DJ 11/06/2001)

No ponto, em verdade, sequer houve impugnação quanto ao referido fundamento - publicidade vinculando o fornecedor -, o que, por si, é suficiente para mantê-lo, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF.

Assim, violado o dever geral de segurança legitimamente e razoavelmente esperado pelo consumidor, tendo como matriz a boa-fé objetiva, deve prevalecer a responsabilização civil da fornecedora pelo fato do serviço.

10. Por fim, não merece provimento o aventado dissídio jurisprudencial sustentado, haja vista que trouxe como paradigmas acórdãos que discutem a questão do roubo como sendo apta ao rompimento do nexo causal, em situações diversas à exposta nos autos - ônibus e posto de gasolina -, além de que o mérito do presente caso discute, ainda, a responsabilidade pela oferta/publicidade, vinculando o serviço de segurança.

Sob esse prisma, é sabido que o recurso fundado na alínea *c* do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência, “exige-se que o recorrente demonstre, ‘analiticamente’, que os ‘casos são idênticos e mereceram tratamento diverso à luz da mesma regra federal”.

Ora, como visto, não se trata de casos idênticos, mas, sim, diversos, tanto no aspecto fático como no aspecto jurídico, o que afasta qualquer pretensão com o referido viés.

11. Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, ouvi atentamente a bela sustentação oral e o minucioso voto do eminente Relator.

Observo que o caso ora em julgamento apresenta peculiaridades em relação ao Recurso Especial n. 1.269.691/PB, em que votei vencida. Naquele caso, se não me falha a memória, houve um assalto na entrada de um *shopping*, no limite externo, mas na guarita que dava acesso ao estacionamento. Não há dúvida de que, se fosse um crime cometido dentro de estacionamento – como o do *shopping*, o qual, mesmo que não seja pago, infunde sensação de segurança, agrega valor aos serviços e é usado para atrair consumidor –, haveria a responsabilidade da empresa.

Pareceu-me que, naquele caso, em primeiro lugar, havia sido fora do estacionamento, mas, sobretudo, considere que havia segurança que tinha atuado. E tanto atuou que não houve dano material, foi impedido o assalto. Postulavam-se danos morais. Entendi que esse grande elástico da responsabilidade civil para atingir até um caso como aquele, em que nem dano material houve, porque foi frustrada a tentativa de subtração dos pertences do consumidor, encarece a atividade econômica como um todo, transformando os agentes econômicos em seguradores universais, sendo que, primariamente, a segurança competiria ao Estado.

Penso que há uma diferença entre aquele caso e o presente, porque naquele havia segurança. Apenas o fato de haver segurança foi considerado pela maioria da Turma que não era suficiente para afastar a responsabilidade, porque essa segurança não dissuadiu o meliante da tentativa de assalto e também porque

se considerou que eram frequentes as tentativas de assalto naquela entrada de *shopping*. Para mim, o *shopping* fez o que era razoável dele se exigir e, não havendo dano material, também não haveria dano moral indenizável.

No caso presente, considero que a empresa ré, como acentuou o eminente Relator, resolveu expandir as suas atividades, não apenas oferecer lanches dentro do estabelecimento, que é uma área mais iluminada, de mais difícil e improvável a abordagem. Mas esses *drive-thrus*, realmente, podem virar um ponto de estrangulamento até da passagem dos transeuntes, e penso que, infelizmente, dada a nossa realidade atual, viraram atividade econômica que implica risco, sendo de se esperar, como acentuou o eminente Relator, que houvesse o cuidado de ter alguma segurança externa ao lado daquele *drive-thru* e que a mera presença de um segurança poderia impedir esse tipo de meliante mais rasteiro. Ele furtou a carteira, nem o carro queria, porque só o usou como obstáculo para impedir o trânsito. Neste caso, realmente, a empresa procurou expandir sua atividade econômica, lucrando com o *drive-thru*, que aumentou sua clientela, não se resumia àqueles que pudessem estar dentro do restaurante claro, iluminado, mas também a todos os que transitassem pelo *drive-thru*. Ela expandiu sua atividade, atraindo o risco. Com isso, penso que, além do CDC, incide o Código Civil, no ponto em que dispõe que, quando a atividade econômica traz risco, acarreta responsabilidade pelo risco acrescido. Assim, se a empresa lucra com o aumento de sua clientela e de sua possibilidade de negócios, ela deva oferecer uma segurança compatível com a existência de um *drive-thru* na conjuntura atual.

Portanto, com essas considerações, acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Senhor Presidente e eminentes Pares,

De início, gostaria de registrar meus cumprimentos ao eminente advogado, que fez uma sustentação belíssima da tribuna, e, da mesma forma, ao eminente Relator, pelo brilhante e fundamental voto, que acompanho.

Mas, assim como fez a e. Ministra Isabel Gallotti, preciso mencionar – para fins de distinção com a hipótese dos autos – o caso do AgRg no REsp n. 1.087.717/SP, em cujo julgamento este Colegiado afastou a responsabilidade da administradora de um *shopping center* por danos decorrentes de trágico evento ocorrido em suas dependências, especificamente, em uma de suas salas

de cinema. Naquela ocasião, concluiu-se que a segurança do *shopping* estava presente e, na medida do possível, atuou, embora não tivesse como prever ou evitar a tragédia diante das circunstâncias em que essa se deu.

No caso ora em julgamento, o quadro fático é diferente. Em que pese, pois, publicidade do restaurante em sentido contrário – como bem destacou em sua manifestação o e. Presidente –, restou evidenciada a falta de segurança no *drive thru*, conforme consignado na sentença e no acórdão recorrido.

Nesse sentido, destaco do item 7 do voto do eminente Relator que: “[...] *pelo que consta nos autos, [a ré, ora recorrente] não demonstrou ter adotado todas as medidas dentro do seu alcance para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito drive thru, ou ainda que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência*”.

Por essas razões, ressaltando a diferença entre os casos cotejados, acompanho o e. Relator para *negar provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.580.432-SP (2012/0177028-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Semp Toshiba Informática Ltda

Advogado: Renato de Britto Gonçalves e outro(s) - SP144508

Recorrido: Alberto José Fossa

Advogado: Caroline Borges Diz e outro(s) - SP306222

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização. Danos material e moral. Relação de consumo. Defeito do produto. Fornecedor aparente. Marca de renome global. Legitimidade passiva. Recurso especial desprovido.

Insurgência recursal da empresa ré.

Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente - e, conseqüentemente, sua responsabilidade -, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos.

1. A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor.

2. O fornecedor aparente em prol das vantagens da utilização de marca internacionalmente reconhecida, não pode se eximir dos ônus daí decorrentes, em atenção à teoria do risco da atividade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, reconhece-se a responsabilidade solidária do fornecedor aparente para arcar com os danos causados pelos bens comercializados sob a mesma identificação (nome/marca), de modo que resta configurada sua legitimidade passiva para a respectiva ação de indenização em razão do fato ou vício do produto ou serviço.

3. No presente caso, a empresa recorrente deve ser caracterizada como fornecedora aparente para fins de responsabilização civil pelos danos causados pela comercialização do produto defeituoso que ostenta a marca *Toshiba*, ainda que não tenha sido sua fabricante direta, pois ao utilizar marca de expressão global, inclusive com a inserção da mesma em sua razão social, beneficia-se da confiança previamente angariada por essa perante os consumidores. É de rigor, portanto, o reconhecimento da legitimidade passiva da empresa ré para arcar com os danos pleiteados na exordial.

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira (Presidente).

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 4.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Semp Toshiba Informática Ltda.*, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se da inicial (e-STJ, fls. 3-17) que *Alberto José Fossa*, ora recorrido, ajuizou ação ordinária de indenização por danos patrimoniais e morais em face de *Semp Toshiba Informática Ltda.*, alegando, em síntese, que adquiriu um *notebook* da marca *Toshiba*, modelo 335 CDS P266, 32MB, HD 40, 20X FM, 56K DUAL, da empresa *Compus-Sul Informática Ltda* para utilização em seu ofício de consultoria em engenharia.

Narra o autor que, com apenas dois meses de uso, o referido computador apresentou defeito, ficando sem sinal e tela de imagem, impossibilitando o acesso aos arquivos produzidos em decorrência do seu trabalho. Tendo entregue o produto para ser reparado pela empresa responsável pela venda, após o prazo de trinta dias para conserto, constatou que essa havia mudado de endereço e, em dois meses de diligências, inclusive perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo, conseguiu reaver o aparelho, oportunidade em que constatou terem sido perdidos os dados já armazenados.

A petição inicial defendeu a legitimidade passiva da recorrente face à caracterização da cadeia de consumo, conforme preleção do art. 3º do Código

de Defesa do Consumidor, requerendo a sua condenação à reparação dos danos morais e materiais sofridos, notadamente os lucros cessantes no montante de R\$ 66.924,00 (sessenta e seis mil e novecentos e vinte e quatro reais), advindos tanto do defeito do produto quanto da má-prestação do serviço de reparo.

Citada, a empresa ré apresentou contestação (e-STJ, fls. 57-62), arguindo, em preliminar, a carência da ação por ilegitimidade passiva *ad causam*, salientando que não produziu ou comercializou o equipamento adquirido pelo autor, e, portanto, sustentou que não lhe incumbe a responsabilidade pela sua manutenção ou conserto, uma vez que, em relação aos produtos importados, a legislação consumerista impõe a responsabilidade ao importador; e, no mérito, defendeu que os danos alegadamente sofridos pelo autor, ora recorrido, não foram comprovados.

O magistrado *a quo* acolheu a preliminar de carência da ação pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam*, asseverando que o autor não havia logrado provar que a empresa demandada teria participado da cadeia de fornecedores prevista no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, não sendo aplicado à espécie o conceito de fornecedor aparente. Por fim, julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973.

Irresignado, o acionante interpôs apelação (e-STJ, fls. 128-146), reiterando os argumentos da exordial, acrescentando a ocorrência de cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide e pleiteando a aplicação da regra de inversão do ônus da prova inserta no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Reformando a decisão de primeiro grau, o Tribunal de origem decidiu pela existência da responsabilidade solidária da empresa acionada a partir do acolhimento da tese de fornecedor aparente, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 200):

Apelação. Ação de indenização. Danos material e moral. Relação de Consumo. Extinção do feito com fulcro no artigo 267, VI, do CPC. Art. 6º, VIII, CDC. Inobservância. Cerceamento de defesa configurado. Legitimidade passiva. Fornecedor aparente. Na definição de fornecedor do artigo 3º do CDC incluem-se também as empresas que arrogam a si a marca de expressão global, beneficiando-se de sua publicidade e reputação. Pólo passivo legítimo. Sentença anulada. Recurso provido.

A Corte de origem aplicou a regra de julgamento disposta no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, salientando que “cabia a ré – sociedade limitada provida de instrumentos mais diversos e completos a subsidiar suas alegações – expor o seu quadro social com a precisão necessária à melhor apuração de sua responsabilidade” (e-STJ, fl. 202).

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados pelo acórdão às fls. 212-220 (e-STJ).

Nas razões do especial (e-STJ, fls. 225-237), a empresa recorrente apontou, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 3º; 12, § 3º, I e III; 13 do Código de Defesa do Consumidor; 267, VI e 333 do Código de Processo Civil de 1973.

A parte insurgente sustentou, em síntese, a sua ilegitimidade passiva, uma vez que não há previsão legal para responsabilizá-la pelos danos causados em razão de defeito no produto que não fabricou, importou ou colocou no mercado. Salientou, ainda, que não pode ser confundida com a sociedade empresarial Toshiba Internacional. Defendeu, então, sua irresponsabilidade no presente caso ante a culpa exclusiva do recorrido pela aquisição do equipamento importado com vício.

Insurgiu-se, ainda, contra o reconhecimento do cerceamento de defesa na hipótese, porquanto fora o próprio recorrido quem requereu o julgamento antecipado da lide.

Por último, suscitou dissídio jurisprudencial, apontando julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quanto à possibilidade do fabricante brasileiro ser responsabilizado pelo produto importado adquirido do mesmo conglomerado empresarial.

Contrarrazões às fls. 275-294 (e-STJ) pela inadmissibilidade do especial, apontado a ausência de prequestionamento, no tocante ao dissídio apontado, a falta de similitude fática entre as demandas.

Em juízo de admissibilidade, foi negado seguimento ao reclamo, o que levou à interposição do agravo (e-STJ, fls. 300-312), convertido em recurso especial, para melhor análise da controvérsia, por força da decisão de fl. 383 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso não merece prosperar.

A presente controvérsia se restringe em saber se, à luz do conceito de fornecedor previsto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, adota-se a teoria do “fornecedor aparente”, para enquadrar nessa espécie a empresa que se utiliza de marca mundialmente reconhecida, beneficiando-se, portanto, da confiança dessa perante o consumidor, para responder pelos bens lançados no mercado sob tal identificação, ainda que não seja sua fabricante direta.

1. Delineamento da controvérsia em exame.

Primeiramente, necessário se faz explicitar a *moldura fática* delineada pelas instâncias ordinárias acerca da responsabilização da empresa recorrente e dos danos apontados pelo recorrido. Para tanto, ainda que tenha dado pela improcedência da demanda, destacam-se os seguintes trechos da sentença (e-STJ, fl. 115):

Por outro lado, a empresa Semp Toshiba Informática Ltda utiliza-se da marca Toshiba para melhorar seu desempenho no mercado, não sendo possível sua confusão com a fabricante de computadores mundialmente conhecida. No próprio contrato social da ré (fls. 33/44) consta que esta denominava-se Lince Informática Ltda. e que entre seus sócios encontra-se a Semp Toshiba Amazonas S/A, mas que é pessoa jurídica autônoma, sem se confundir com a ré.

E no acórdão da Corte de origem podem ser apontadas as conclusões que se seguem (e-STJ, fls. 203-205):

In casu, a hipossuficiência de Alberto José Fossa é patente e competia à ré - sociedade limitada provida de instrumentos mais diversos, e completos a subsidiar suas alegações - expor o seu quadro social com a precisão necessária à melhor apuração de sua responsabilidade.

Sem embargos, a legitimidade passiva de Semp Toshiba Informática Ltda. restou caracterizada.

A propósito do tema, com notável discernimento, Claudia Lima Marques ressalta a dificuldade do consumidor em identificar os seus fornecedores, conforme o trecho abaixo:

“O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tem consciência - no caso dos serviços, principalmente - que mantém relação contratual com todos ou

que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços”

Continua a autora para explicar que referida dificuldade se deve ao modelo em que se assentou a sociedade de consumo em massa, que fragmentou deveras o sistema de produção, tornando forçosa a aplicação da teoria da aparência à cadeia de fornecedores, caracterizando como também fornecedoras aquelas empresas que, servindo-se da marca de expressão global, beneficiam-se da confiança previamente angariada por esta entre os consumidores, sendo, pois, solidariamente responsáveis pelos bens lançados no mercado sob tal identificação.

(...)

Assim e ademais, conquanto lógico o raciocínio do apelante no que concerne à aplicação do artigo 28, parágrafo 5º, da Carta Consumeirista, *desnecessário que ora se sirva o apelante do instituto, pois que pela razão social da ré e documentos juntados aos autos se verifica que incide na hipótese acima traçada, classificando-se como fornecedora aparente da marca que ostenta o bem defeituoso adquirido pelo autor, sendo, portanto, parte legítima a integrar o pólo passivo da lide.*

A partir dos excertos acima transcritos, depreende-se incontroverso que o produto defeituoso adquirido pelo autor, ora recorrido, *ostenta a mesma marca* da empresa recorrente, *por meio de sua razão social*, e essa, apesar de não ser a fabricante direta do produto, beneficia-se do nome, da confiança e da propaganda *Toshiba* com o intuito de melhorar seu desempenho no mercado consumidor.

Dessa forma, a leitura dos autos revela ter o acórdão recorrido concluído, a partir da *teoria da aparência*, ser possível aferir uma coligação entre as empresas, notadamente em decorrência da utilização pela recorrente da mesma marca da empresa fabricante do produto defeituoso, de modo que tal quadro fático leva à caracterização daquela como fornecedora na relação jurídica em debate, e, portanto, parte legítima para responder a presente ação de reparação de danos, nos moldes da legislação consumerista.

Portanto, o *cerne* do presente debate reside exatamente sobre o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor no sentido de incluir como *fornecedor* para os fins previstos na norma, notadamente de reparação de danos, a empresa que legitimamente se utiliza de marca de renome

mundial para comercializar seus produtos, mesmo não sendo a fabricante direta do bem defeituoso.

2. Legitimidade passiva do fornecedor aparente: exegese do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, cabe lembrar que a legitimidade das partes é uma das condições da ação entendida como a pertinência subjetiva da demanda.

Como bem ressalta Daniel Amorim Assunção Neves “tradicionalmente se afirma que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante”, isto é, figurarão, em regra, nos pólos da demanda, os titulares da relação de direito material (NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. Vol. único. 8ª ed. Ed. Juspodivm, p. 78).

No caso em testilha, discute-se a *legitimidade passiva* da empresa recorrente para fins de responsabilização civil pelo bem defeituoso adquirido pelo recorrido, ainda que *não* tenha sido sua fabricante direta, isso por compartilhar a mesma marca, internacionalmente reconhecida, podendo ser enquadrada, assim, na categoria de *fornecedor aparente*.

Nesse caminho cabe perquirir se a figura do fornecedor aparente está prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Pois bem, sabe-se que são *elementos da relação de consumo*: o consumidor, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços que se destina a satisfação de uma necessidade pessoal, e o fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor deteve-se em delimitar os conceitos desses elementos, ao anunciar no art. 2º que “*Consumidor* é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e, nos parágrafos do art. 3º que:

§ 1º *Produto* é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º *Serviço* é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Igualmente, encontra-se na legislação consumerista, em seu art. 3º, o conceito de fornecedor, qualificado como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados,

que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Extrai-se da norma, portanto, que será considerado como *fornecedor* de produtos ou serviços, toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade mediante remuneração (desempenho de atividade mercantil ou civil) e de forma habitual, seja ela pública ou privada, nacional ou estrangeira e até mesmo entes despersonalizados.

Nessa direção, este Tribunal Superior, no julgamento do REsp n. 519.310/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, já decidiu que: “Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração”. (REsp 519.310/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 262).

Observa-se que a lei traz a definição *ampliada* de fornecedor. Nessa ótica, o doutrinador Bruno Miragem lembra que:

Destaca-se a amplitude da definição legal. O legislador não distingue a natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor. São abrangidos, pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o próprio Estado, diretamente ou por intermédio de seus Órgãos e Entidades, quando realizando atividade de fornecimento de produto ou serviço no mercado de consumo. Da mesma forma, com relação ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de atividade), o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. *Neste sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.*

(MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito Do Consumidor. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135)

Em outras palavras, pode-se afirmar que “fornecedor é aquele que atua profissionalmente no mercado, recebendo remuneração *direta ou indireta* pela produção, distribuição e comercialização de bens e serviços” (BESSA, Leonardo.

Fornecedor Equiparado *in* Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor. Volume I. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.023).

Sobre o conceito de fornecedor, a doutrina nacional aponta a existência de quatro subespécies, a saber: a) o fornecedor real; b) o fornecedor presumido; c) o fornecedor equiparado e d) o fornecedor aparente.

Assim, o *fornecedor real* é a pessoa física ou jurídica que, sob sua responsabilidade, participa do processo de fabricação ou produção do produto acabado, de um componente ou de uma matéria prima, isto é, diz respeito àquele que participa efetivamente da realização e criação do produto, envolvendo o próprio fabricante, o produtor, o construtor.

De outro lado, o *fornecedor presumido*, é o disciplinado pelo art. 13 do Código de Defesa do Consumidor, *ipsis litteris*:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Leonardo Bessa, partindo da perspectiva da atividade desempenhada, traz o conceito de *fornecedor equiparado*, isto é, entidades que, embora não se encontrem diretamente na conceituação prevista pelo art. 3º do CDC, são a ele sujeitos em razão da natureza da atividade que desenvolvem. Para tanto, exemplifica o autor, os seguintes casos: a) o banco de dados e os cadastros de consumidores (art. 43 do CDC), b) o anunciante, a agência publicitária e o veículo em relação às atividades publicitárias (art. 37 do CDC). (BESSA, Leonardo. Fornecedor Equiparado *in* Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor. Volume I. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.023-1.029).

Por sua vez, o *fornecedor aparente* compreende aquele que, embora não tendo participado do processo de fabricação, apresenta-se como tal pela colocação do seu nome, marca ou outro sinal de identificação no produto que foi fabricado por um terceiro.

Nos dizeres de Antônio Carlos Efiging:

A responsabilização do fornecedor aparente justifica-se pelo fato de que, ao indicar no produto fabricado por terceiro seu nome, marca ou outro sinal que o identifique, o fornecedor aparente assume perante o consumidor a posição de real fabricante do produto. Isso permite a sua plena responsabilização na forma do art. 12 do CDC.

(EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do Direito das Relações de Consumo e Sustentabilidade. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 83).

Diante dessas lições, compreende-se o produtor aparente como aquele que *não* participa do processo de fabricação do produto, porém, em virtude da disposição do seu nome ou marca na individualização deste, passa a ser entendido como se fosse o seu próprio formatador. É nessa aparência que reside o fundamento para a responsabilização deste fornecedor, não sendo exigida para o consumidor, vítima de evento lesivo, a investigação da identidade do fabricante *real*.

Com efeito, tal alcance torna-se possível na medida em que o Código de Defesa do Consumidor tem por escopo proteger o consumidor “daquelas atividades desenvolvidas no mercado, que, pela própria natureza, são potencialmente ofensivas a direitos materiais (...) são criadoras de situações de vulnerabilidade independentemente da qualificação normativa de quem a exerce”. (BESSA, Leonardo. Fornecedor Equiparado *in* Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor. Volume I. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.023-1.029).

Assim, verifica-se que a legislação consumerista abraçou a *teoria da aparência* para responsabilizar aquele que, a despeito de não participar diretamente do processo de fabricação do produto, por ostentar a marca por ele utilizada, passa a ser responsabilizado pelos danos decorrentes dessa relação.

Cabe lembrar que a teoria da aparência, amplamente adotada no direito brasileiro, foi estruturada para proteção do terceiro de boa-fé, prestigiando aquele que se porta com lealdade em nome da segurança jurídica.

Neste raciocínio, Cláudia Lima Marques esclarece que:

O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tem consciência - no caso dos serviços, principalmente - que mantém relação contratual com todos ou que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A *nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico*

de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.

(MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 430).

Tal situação de dificuldade - por vezes, de concreta impossibilidade - de identificação do real fabricante/fornecedor do bem adquirido decorre do fenômeno nomeado pela doutrina de “cadeia de fornecedores” ou “cadeia de consumo”, caracterizado pela fragmentação do sistema de produção, pelo qual um elevado contingente de sujeitos se reúnem para atuação conjunta ou comum com o propósito de colocar à disposição do consumidor produtos e serviços.

Essa concepção de cadeia de fornecimento, visível, doravante, para além do que permite enxergar a corrente de contratos ou operações formais, opera no sentido de conferir maior efetividade ao sistema de proteção do consumidor, evitando que lhe sejam impostas barreiras à identificação dos responsáveis por eventuais prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, ao obrigar a solidariedade entre todos os seus participantes, na esteira do preceituado nos arts. 12, 14, 18, 20 e 34 do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

(...)

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

(...)

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos

Dessa forma, a aplicação da teoria da aparência à cadeia de fornecimento conduz à conclusão de que igualmente serão caracterizados como “fornecedoras aquelas empresas que, servindo-se da marca de expressão global, beneficiam-se da confiança previamente angariada por estas entre os consumidores, sendo, pois, solidariamente responsáveis pelos bens lançados no mercado sob tal identificação” (*e-STJ, fl. 203*), ou seja, *o presente consumidor somente adquiriu o produto diante da confiança na marca nele estampada.*

Destaca-se, por oportuno, que *este Colegiado* já analisou situação semelhante à dos autos, ocasião em que incluiu, no conceito do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, todo o grupo de fornecedores da mesma marca.

O acórdão restou assim ementado:

Direito do Consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (“Panasonic”). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbem-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(REsp 63.981/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296)

Convém destacar as conclusões alcançadas pelo Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira* manifestadas em seu voto, cujos excertos transcreve-se:

No mérito, no entanto, tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade. Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional, de que são exemplos o Código Comercial, de 1850, e o Código Civil, de 1916, que em muitos pontos já não mais se harmonizam com a realidade dos nossos dias.

Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no mercado consumidor que representa o nosso País.

(...)

Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da recorrida "Panasonic do Brasil Ltda" da marca mundialmente conhecida "Panasonic".

(...)

Logo, se aquela se beneficia desta, e vice-versa, devem, uma e outra, arcar igualmente com as conseqüências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as conseqüências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto.

Igualmente pela responsabilidade solidária da cadeia de fornecimento: REsp 1.665.698/CE, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017; REsp 1.187.365/RO, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 22/05/2014, DJe 25/08/2014; REsp 1.377.899/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 18/12/2014, DJe 11/02/2015; REsp 879.113/DF, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, *Terceira Turma*, julgado em 01/09/2009, DJe 11/09/2009; REsp 1.021.987/RN, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, *Quarta Turma*, julgado em 07/10/2008, DJe 09/02/2009; AgRg no AREsp 531.320/RS, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 14/10/2014, DJe 30/10/2014; entre outros.

Nesse sentido, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seus arts. 3º, 12, 14, 18, 20 e 34 é de reconhecer, de fato, a previsão normativa para a *responsabilização solidária do fornecedor aparente*, porquanto beneficiário da marca de alcance global, em nome da teoria do risco da atividade.

3. Solução do caso concreto.

No caso em tela, verifica-se que agiu com *acerto* o Tribunal de origem ao qualificar a empresa recorrente como fornecedora aparente, ao reconhecer a sua legitimidade passiva para responder pelos danos causados pela comercialização do produto defeituoso que ostenta a marca *Toshiba*.

Com efeito, as expressões presentes na sentença de que “a empresa Semp Toshiba Informática Ltda. utiliza-se da marca Toshiba para melhorar seu desempenho no mercado” (e-STJ, fl. 115) e nas razões recursais de que “muito menos deve ser responsabilizada empresa diversa, nacional e que apenas utiliza a marca da multinacional” (e-STJ, fl. 237), aliado ao fato de que entre os sócios da empresa recorrente figura a empresa Semp Toshiba Amazonas S/A somente servem para reforçar que, no caso concreto, a insurgente utiliza-se da marca da empresa multinacional, fabricante do produto, para alavancar a venda dos bens por ela comercializados, beneficiando-se da confiança e do respeito que a marca detém no mercado de consumo e, de outro lado, usufruindo da publicidade global que naturalmente possui.

Portanto, se os fornecedores, além de operar com a marca, valem-se do prestígio da mesma *até no conteúdo de sua razão social*, nítido que o fazem em prol das vantagens daí decorrentes, não podendo se eximir, em compensação, dos

ônus que esse vínculo eventualmente lhes acarrete, em atenção à teoria do risco da atividade, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Cabe ressaltar, todavia, que não se quer aqui estender, *por óbvio*, tal responsabilização a todo e qualquer fornecedor que ostentar a mesma marca de uma empresa globalmente reconhecida. O vínculo restará caracterizado quando, aos olhos do consumidor hipossuficiente, a relação da empresa com a cadeia de fornecimento for, conforme exemplo supra, indissociável ou não houver informação clara e suficiente que lhe permita a correta e perfeita identificação do real fabricante/fornecedor.

Portanto, a partir da análise do entendimento exposto, depreende-se que no presente caso também *não* há como dissociar a empresa recorrente com a marca mundialmente conhecida Toshiba, uso que, se por um lado é legalmente previsto no ordenamento jurídico pátrio, por outro, não pode servir de meio para *impedir* a reparação dos danos sofridos pelo consumidor, impondo a responsabilidade solidária aos que assim procedem, ressalvado o direito de regresso.

Dessa forma, partindo-se da premissa estabelecida, segundo a qual a legitimidade das partes se afere em razão da titularidade do direito afirmado, e caracterizando-se a *empresa recorrente como fornecedora aparente da marca que ostenta o bem defeituoso adquirido pelo autor*, conclui-se, na esteira do que decidido pelo Tribunal de origem, *pela sua legitimidade passiva* para responder a presente demanda.

4. Do exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.611.915-RS (2016/0085675-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Webjet Linhas Aereas S/A

Advogados: Márcio Vinícius Costa Pereira - RJ084367

Gustavo Antônio Feres Paixão - RJ095502

Karina Gross Machado e outro(s) - RS081753

Recorrido: Mauricio Borges Zortea

Advogados: José Pedro Turela - RS019861

Alexandre de Almeida Turela e outro(s) - RS079909

Interes.: Decolar. Com Ltda

EMENTA

Recurso especial. Ação condenatória. Acessibilidade em transporte aéreo. Cadeirante submetido a tratamento indigno ao embarcar em aeronave. Ausência dos meios materiais necessários ao ingresso desembarçado no avião do dependente de tratamento especial. Responsabilidade da prestadora de serviços configurada. Redução do *quantum* indenizatório improcedente. Recurso especial desprovido.

Hipótese: Trata-se de ação condenatória cuja pretensão é o reconhecimento da responsabilidade civil da companhia aérea por não promover condições dignas de acessibilidade de pessoa cadeirante ao interior da aeronave.

1. Recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do STJ.

2. Não há violação ao art. 535 do CPC/73 quando não indicada a omissão e a demonstrada a importância da análise da matéria para a resolução da controvérsia. Na hipótese de fundamentação genérica incide a regra da Súmula 284 do STF.

3. O Brasil assumiu no plano internacional compromissos destinados à concretização do convívio social de forma independente da pessoa portadora de deficiência, sobretudo por meio da garantia da acessibilidade, imprescindível à autodeterminação do indivíduo com dificuldade de locomoção.

3.1. A Resolução n. 9/2007 da Agência Nacional de Aviação Civil, cuja vigência perdurou de 14/6/2007 até 12/1/2014, atribuiu às empresas aéreas a obrigação de assegurar os meios para o acesso desembarçado da pessoa com deficiência no interior da aeronave, aplicando-se, portanto, aos fatos versados na demanda.

4. Nos termos do art. 14, *caput*, da Lei n. 8.078/90, o fornecedor de serviços responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados ao consumidor, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ela fornecido, o que ocorreu na hipótese.

4.1. O fato de terceiro, excludente da responsabilidade do transportador, é aquele imprevisto e que não tem relação com a atividade de transporte, não sendo o caso dos autos, uma vez que o constrangimento, previsível no deslocamento coletivo de pessoas, decorreu da própria relação contratual entre os envolvidos e, preponderantemente, da forma que o serviço foi prestado pela ora recorrente.

5. A indenização por danos morais fixada em quantia sintonizada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não enseja a interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do montante arbitrado. Incidência da Súmula 7 do STJ. Verba indenizatória mantida em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira (Presidente).

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 4.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial, interposto por *Webjet Linhas Aereas S/A*, com amparo na alínea “a” do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fls. 227-228, e-STJ):

Apelação cível. Transporte. Transporte de pessoas. Ação condenatória por danos materiais e morais. Transporte aéreo de passageiro portador de deficiência e usuário de cadeira de rodas. Ausência de equipamento de embarque e desembarque da aeronave, por parte do autor, independentemente do auxílio de terceiros. Situação vexatória de ingresso e saída do avião, em cadeira de rodas, no colo de prepostos da empresa aérea co-ré. Anulação da autonomia da pessoa com deficiência e ofensa ao princípio fundamental da acessibilidade. Situação vexatória. Exposição do passageiro a quadro de humilhação e impotência. Dano moral. Avaria da almofada da cadeira de rodas, em decorrência da sua exposição ao sol. Dano material. Responsabilidade solidária da agência de viagens.

1- A agência de viagens responsável pela intermediação da compra e venda das passagens aéreas adquiridas pelo consumidor qualifica-se como parte legítima para responder por eventuais danos decorrentes de falhas na prestação do serviço ocorridas durante a consecução do contrato de transporte, solidariamente à companhia aérea também demandada. Pessoas jurídicas que integram a mesma cadeia de fornecedores e que, por isso, podem figurar em concomitância, no pólo passivo, na forma do art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor.

2- Enseja a configuração de dano moral a ausência de equipamento a possibilitar o embarque e o desembarque do passageiro portador de deficiência locomotiva, de forma autônoma, ao acarretar o seu ingresso e saída, do avião, em sua cadeira de rodas, no colo de prepostos da ré. Descumprimento, em prejuízo do passageiro-cadeirante, do dever de disponibilização de equipamento por meio do qual pudesse - em exercício da autonomia que preserva, apesar da sua condição de pessoa com deficiência - acessar a aeronave, e dela desembarcar, independentemente do auxílio de terceiros. Obrigação que deriva tanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos (no caso, da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada com estatuta de emenda à Constituição) quanto da normativa interna expedida pela agência reguladora da atividade de aviação civil, no país (Resolução n. 009/2007 da ANAC), e cujo inadimplemento traduziu-se em sujeição do autor a dano moral, ante o tratamento vexatório, subjacente ao quadro de impotência e de falta de autonomia que a sua condução, em cadeira de rodas, no colo de prepostos da ré, denotou perante os demais presentes ao local.

3- Em atenção ao princípio da reparação integral do dano, que, extraído do art. 944 do Código Civil, orienta a fixação do montante indenizatório, não se afigura excessiva ou insuficiente a verba de R\$ 15.000,00 (quinze reais), arbitrada pelo Juízo de origem. Pedidos de majoração (pelo autor) e de minoração (pela empresa aérea co-ré) que se rejeitam. “Quantum” mantido.

4- Considerando, por um lado, a ausência de prova da resposta à reclamação extrajudicial do autor, acerca da avaria da almofada da sua cadeira de rodas, e, por outro, a falta de impugnação específica ao valor requerido, pelo consumidor, a título de indenização por dano material, impõe-se o reconhecimento do pedido, conforme a sentença, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Apelo do autor provido. Apelo da co-ré desprovido.

Do cotejo dos autos, verifica-se que *Maurício Borges Zortea* deflagrou a presente ação, de cunho condenatório, em face de *Webjet Linhas Aéreas S/A* e *Decolar.Com Ltda.*, objetivando a reparação dos danos materiais e morais experimentados em decorrência da má prestação de serviços pelas demandadas.

Consta da causa de pedir que o demandante, pessoa acometida por paraplegia dos membros inferiores e dependente de cadeira de rodas, adquiriu passagens por meio do sítio eletrônico “*Decolar.Com*” para viajar de Porto Alegre/RS para Brasília/DF em rota aérea operada pela *Webjet*. Narrou na petição inicial que o deslocamento se justificara para a realização de exames médicos disponibilizados pelo Hospital Sarah Kubitschek, situado na capital nacional.

Relatou que na ocasião do embarque, nos trechos de ida e volta, não foram propiciados os meios necessários ao ingresso na aeronave, mesmo após ter cientificado os responsáveis de sua dificuldade de locomoção. Asseverou que, ante a deficiência da acessibilidade, funcionários da *Webjet* carregaram-no pelas escadas de forma insegura e vexatória até o seu assento na aeronave, causando-lhe profundo abalo anímico. Ao final, argumentou que, durante o trajeto, a *Webjet* avariou almofada de uso especial, tornando-a inutilizável, de modo a causar danos patrimoniais indenizáveis.

Por tudo, pugnou pelo reconhecimento da responsabilidade civil das demandadas e pela condenação à reparação dos danos extrapatrimoniais e materiais vivenciados.

Após o processamento do feito, a magistrada de origem julgou im procedente a pretensão deduzida em face da sociedade empresária *Decolar*.

Com Ltda. Contudo, acolheu o pleito inaugural em relação à demandada *Webjet Linhas Aéreas S/A*, condenando-a ao pagamento de indenização pelos danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e patrimoniais na quantia de R\$ 1.709,91 (mil setecentos e nove reais e noventa e um centavos).

A Corte Estadual, ao apreciar as apelações manejadas pelo demandante e pela *Webjet Linhas Aéreas S/A*, deu provimento apenas ao primeiro reclamo para admitir a corresponsabilidade solidária da *Decolar.Com Ltda* e majorar a reparação pelo abalo moral em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (fls. 252-256, e-STJ).

Irresignada com o resultado, a *Webjet Linhas Aéreas S/A* interpôs recurso especial (fls. 261-275, e-STJ), apontando que o aresto recorrido incorreu em violação ao art. 535, II, do CPC/73, art. 14, § 3º, II, do CDC, e arts. 186, 403, 884, 886, 927, 944 e 946 do Código Civil.

Em suas razões, sustentou a configuração de negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal Estadual, ao argumento de ter incorrido em omissão ao julgar os embargos de declaração (art. 535, II, do CPC/73).

Outrossim, argumentou que ficou caracterizada hipótese de excludente de causalidade, consistente na culpa exclusiva de terceiro, posto incumbir a *Infraero* a responsabilidade por garantir a acessibilidade do passageiro dependente de cuidados especiais (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Finalmente, defendeu a redução do montante indenizatório arbitrado na instância ordinária, por reputar contrastante com a razoabilidade e proporcionalidade, de maneira a gerar enriquecimento ilícito ao beneficiado (arts. 186, 403, 884, 886, 927, 944 e 946 do Código Civil). Destaque-se que não houve manifestação de inconformidade pela recorrente em relação ao tópico dos danos materiais, definido no acórdão estadual.

Sem contrarrazões (fl. 283, e-STJ).

A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em juízo prévio de admissibilidade, negou trânsito ao apelo nobre, sob o fundamento de inexistir a negativa de prestação jurisdicional e por incidir o enunciado da Súmula 7 do STJ.

Visando destrancar o apelo nobre na origem, a demandada *Webjet* agravou da decisão, ao que se determinou a convolação da insurgência em recurso especial para melhor análise da controvérsia (fls. 326-328, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A insurgência deve ser *parcialmente conhecida e, nessa parte, desprovida*.

1. Da legislação processual aplicável

Inicialmente, destaca-se que o acórdão recorrido foi publicado antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), estando o recurso submetido, portanto, aos requisitos de admissibilidade da legislação processual anterior, conforme Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em sessão datada de 9 de março de 2016.

2. Da delimitação da controvérsia

No reclamo especial, em preliminar, alega-se a negativa de prestação jurisdicional, com violação ao art. 535 do CPC/73, sob o fundamento de o Tribunal local não ter se pronunciado sobre os seguintes dispositivos quando do julgamento dos aclaratórios: a) art. 5º, V, da Constituição Federal; b) arts. 4º e 5º da LINDB; c) arts. 186, 406, 884, 886, 927, 944 e 946 do Código Civil; d) art. 333, I, do CPC/73; e) art. 14, § 3º, do CDC.

Quanto ao mérito recursal, a transportadora aérea recorrente afirma não ter responsabilidade de garantir a acessibilidade da pessoa com deficiência durante o processo de embarque em aeronave. A insurgente fundamenta sua tese na caracterização de excludente de causalidade, argumentando que o defeito no serviço decorreu da culpa de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC), no caso a *Infraero*, porquanto incumbia a esta empresa pública disponibilizar os meios de acesso à aeronave.

Além disso, a recorrente deduz pedido subsidiário com o objetivo de minorar o *quantum* indenizatório, uma vez que a configuração do dano moral é incontroversa.

E, em complementação a este exame, no que diz respeito à matéria fática delimitada no acórdão recorrido, depreende-se ser também incontroverso que o recorrido foi “carregado” pelas escadas de embarque da aeronave pelos prepostos da recorrente, pois não foi disponibilizado na ocasião o serviço de ponte conectada ao terminal aeroportuário (*finger*), nem elevador de acesso.

Confira-se trecho do aresto recorrido (fl. 237, e-STJ):

Tendo em vista a ausência de impugnação aos termos da inicial, neste particular, restou incontroverso que o demandante, portador de paraplegia dos membros inferiores e, por isso, usuário de cadeira de rodas, teve de ser carregado, pelos prepostos da companhia aérea ré, para realizar o embarque e o desembarque da aeronave, já que não lhe foi possibilitado o acesso ao equipamento por meio do qual pudesse acessá-la, na ausência do “finger”, a ponte de embarque e desembarque que, comumente, conecta o terminal de passageiros ao interior da aeronave. A bem da verdade, ainda que não se tratasse de questão incontroversa - a qual independente de prova, nos termos do art. 334, III, do CPC -, o que o exame dos autos revela é, justamente, a plena comprovação do fato em tela, demonstrado no arquivo de vídeo produzido pelo autor e gravado no CD à fl. 24. (grifou-se)

Portanto, estão delimitados os pontos que importam na análise da controvérsia recursal.

3. Da negativa de prestação jurisdicional

No que diz respeito à contrariedade ao art. 535, II, do CPC/73, nos casos em que a arguição é genérica, isto é, sem o apontamento específico das omissões consumadas durante o julgamento proferido na origem, não se conhece do recurso especial no ponto.

No caso em exame, a recorrente limitou-se a afirmar a falta de análise pelo Tribunal Estadual de uma série de dispositivos que elencou. Entretanto, não individualizou o exato ponto em que o aresto recorrido negligenciou os preceptivos legais e a sua importância para o deslinde da controvérsia.

Incide, nestes casos, o óbice da Súmula 284 do STF, assim redigida: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Neste sentido:

Agravo interno em agravo (art. 544 do CPC/73). Ação de indenização por danos materiais e morais. Decisão monocrática negando provimento ao reclamo. Insurgência recursal da requerente.

1. O recurso especial que indica violação aos artigos 458, 474 e 535 do CPC/1973, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, consoante entendimento firmado nesta Corte, o julgador não está obrigado a responder, nem se ater a todos os argumentos levantados pelas partes, se já tiver motivos suficientes para fundamentar sua decisão.

[...]

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 704.265/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016; grifou-se)

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Transação penal. Realização. Reconhecimento de culpa. Impossibilidade. Art. 535 do CPC/1973. Súmula n. 284/STF. Fundamentos. Ausência de impugnação. Súmula n. 283/STF. Demonstração de nexo de causalidade. Não ocorrência. Súmula n. 7/STJ.

[...]

3. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas não especifica a omissão, contradição ou obscuridade a que teria incorrido o aresto impugnado e qual sua importância no desate da controvérsia, é deficiente em sua fundamentação, atraindo o óbice da Súmula n. 284/STF.

[...]

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.327.897/MA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016; grifou-se)

Portanto, não se conhece do apelo nobre no ponto.

4. Da garantia de acessibilidade à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro

A proteção aos direitos humanos passou de uma fase de **universalização** para a atual etapa de **especificação**, na qual procede-se a individualização dos grupos titulares de tais prerrogativas dentro de suas especificidades, aprimorando-se os instrumentos de salvaguarda à minoria contemplada. Parte-se, então, para um esforço conjunto dos atores globais para valorizar de forma singularizada o sujeito de direitos.

É diante do referido contexto que surge a preocupação específica com as pessoas portadoras de deficiência, a partir da qual exsurtem políticas para assegurar a tais indivíduos o gozo da vida de maneira mais próxima possível da plenitude.

A propósito, vale lembrar as valiosas ponderações de Norberto Bobbio a respeito do assunto:

Além de processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, [...] manifestou-se nesses últimos anos uma nova linha

de tendência, que se pode chamar de *especificação*; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos.

[...]

Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p 78-79).

Dentro do universo protetivo deste grupo minoritário, vale destacar, por importante ao caso, alguns atos multilaterais dos quais o Brasil é signatário no plano supranacional.

A Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência, datada do ano de 1999 e promulgada em nossa ordem jurídica pelo *Decreto n. 3.956/2001*, buscou afastar distinções prejudiciais para esse determinado grupo.

Para esse fim, o instrumento tratou de prever o comprometimento dos países signatários em adotar medidas legislativas para promover a integração da pessoa acometida por dificuldades, em toda sorte de serviços e instalações público e privados, especialmente o transporte.

Com o propósito de cumprir a diretriz em questão, o parlamento nacional editou a *Lei n. 10.098/2000*, cuja função foi disciplinar os critérios para a promoção da acessibilidade para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, posteriormente regulamentada pelo *Decreto n. 5.296/2004*. Ao fazê-lo, em se tratando da realidade da aviação civil, este último ato legislativo delegou a normatização da temática aos órgãos técnicos competentes.

Mas a abordagem do tema não restringiu-se a esse normativo.

A evolução protetiva dos direitos das pessoas com deficiência prosseguiu, emoldurando-se o núcleo essencial da dignidade dos titulares de tais direitos de maneira mais ampla.

De fato, nesta ordem histórica de eventos, sobreveio a adesão do Brasil à Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada

pelo *Decreto 6.949/2009*. O instrumento em questão foi internalizado em nosso ordenamento jurídico com envergadura constitucional, porquanto submetido ao tratamento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Nele se observa a preocupação acentuada em assegurar a acessibilidade do portador de cuidados especiais, de forma a afastar tratamento discriminatório, realçando não só a pura adequação dos meios para sua concretização, mas também que permitam a *independência* do indivíduo ao executar as tarefas do cotidiano.

E o enfoque da autodeterminação é a tônica atual dada à proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, ultrapassando-se a antiquada e reprovável visão de tratar esses indivíduos como mero assunto de saúde pública.

À sociedade hodierna impõe-se aceitar as distinções, dada a multitudine de características pessoais de cada um dos seus integrantes, máxime as pessoas com deficiência. Deve a coletividade agir com empenho para efetivar ao máximo a integração dos possuidores de dificuldades ao cotidiano da urbe, isto é, à vida comum, com a redução de situações embaraçosas e sem obstáculos ao deslocamento, objetivando promover a máxima inclusão.

Este contexto de contínuo processo de transformação social, aliado ao estabelecimento de instrumentos jurídicos de proteção às pessoas com deficiência, foi bem destacado pela professora Flávia Piovesan:

Com efeito, a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência demarca quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que deficiência simbolizava impureza, pecado ou, mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela indivisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nesta quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direito das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 483)

Na mencionada Convenção Internacional dos Direitos da Pessoas com Deficiência, a *acessibilidade* é princípio fundamental deste compromisso multilateral, de dimensão concretizadora da dignidade humana. É o que se extrai dos seguintes dispositivos:

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) *A acessibilidade;*
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (grifou-se)

Artigo 9

Acessibilidade

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

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho. (grifou-se)

Nessa ordem de ideias, atenta aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, assim como aos ditames da legislação interna que delegou aos órgãos técnicos a regulamentação específica sobre a acessibilidade do transporte público, a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) editou a *Resolução n. 9*, com vigência a partir 14/6/2007.

O art. 20, § 1º, do referido ato normativo, *atribuiu compulsoriamente às concessionárias de transporte aéreo* a obrigação de promover o embarque do indivíduo possuidor de dificuldade de locomoção, de forma segura, com o emprego de elevadores ou outros dispositivos apropriados.

Eis a redação do dispositivo:

Art. 20. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão assegurar o movimento de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida entre as aeronaves e o terminal.

§ 1º *As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão oferecer veículos equipados com elevadores ou outros dispositivos apropriados para efetuar, com segurança, o embarque e desembarque de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, nos aeroportos que não disponham de pontes de embarque, ou quando a aeronave estacionar em posição remota.* (grifou-se)

A regra não destoa da técnica empregada por outros países, como, por exemplo, o seu congêneres no direito norte-americano, denominado “*Air carrier access act*”, cuja aplicação é voltada para as aeronaves em operação no território daquele país e para as estrangeiras que lá aportam, atribuindo-se à companhia aérea o mister de garantir a acessibilidade.

A *Resolução n. 9/2007* da ANAC *teve sua eficácia garantida até 12/1/2014*, momento em que foi substituída por outro ato normativo secundário. Porém, revela-se plenamente aplicável aos fatos controvertidos no presente feito, *ocorridos em janeiro de 2012*, consoante a máxima do *tempus regit actum*, segundo o qual aplica-se ao ato/fato jurídico a lei vigente à época de sua ocorrência.

A partir de 12/1/2014, a ANAC, por meio da *Resolução n. 280/2013*, transferiu ao operador aeroportuário a obrigação de garantir equipamento de ascenso e descenso ou rampa para as pessoas com dificuldade de acesso ao interior da aeronave, quando não houver a disponibilidade de ponte de embarque (art. 20, § 1º, da *Resolução n. 280/2013*).

Entretanto, apesar da prefalada disposição legal, o ato normativo em questão não é capaz de eximir a companhia aérea da obrigação de garantir o

embarque seguro e com dignidade da pessoa com dificuldade de locomoção. Afinal, **por integrar a cadeia de fornecimento**, recai sobre a referida sociedade empresária a **responsabilidade solidária** frente a caracterização do fato do serviço, quando não executado a contento em prol do consumidor que adquire a passagem.

E, neste panorama, em se tratando de uma *relação consumerista*, o fato do serviço (art. 14 do CDC) fica configurado quando o defeito ultrapassa a esfera meramente econômica do *consumidor*, atingindo-lhe a **incolumidade física ou moral**, como, aliás, é o caso dos autos, em que o autor foi carregado por prepostos da companhia, sem as devidas cautelas, tendo sido submetido a um tratamento vexatório e discriminatório perante os demais passageiros daquele voo.

Logo, nos termos do art. 14, *caput*, da Lei n. 8.078/90, o fornecedor de serviços – a empresa de aviação *Webjet* - responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados ao ora recorrido, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ela fornecido.

No caso, cumpre destacar que o defeito do serviço prestado pela ré encontra-se configurado, nos termos definidos no art. 14, §§ 1º e 2º, do CDC, correspondendo ao modo e ao risco de como foi por ela disponibilizado.

Isto porque, como nos adverte Claudia Lima Marques, “a ideia do CDC de assegurar a qualidade adequada e a segurança dos produtos e serviços prestados ou oferecidos à população (art. 4º, V, do CDC) levou o legislador a positivar não só um dever geral de informação (art. 9º e seguintes do CDC), mas principalmente, *a agravar o dever de segurança na prestação de serviços* e no fornecimento de serviços (arts. 12, 12 e ss. do CDC)” (MARQUES, Claudia Lima. *Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço*. In: *Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 636).

Ademais, o fato de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC), ao contrário do que se alega, somente caracterizará excludente da responsabilidade civil do fornecedor quando for: a) inevitável; b) imprevisível; e, c) não guardar qualquer relação com a atividade empreendida pelo fornecedor. Na hipótese, o constrangimento sofrido pelo recorrido guarda direta e estreita relação com o contrato de transporte firmado como a companhia de aviação ré. Ressalte-se, também, que a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência locomotiva ao serviço de transporte aéreo está na margem de *previsibilidade* e de *risco* desta atividade de exploração econômica, não restando, portanto, na presente controvérsia, caracterizado o fato de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente em estação de trem. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Empurrão perpetrado por outros passageiros. Fato que não exclui o nexo causal. Dever de indenizar. Agravo não provido.

[...]

2. O fato de terceiro que exclui a responsabilidade do transportador é aquele imprevisto e inevitável, que nenhuma relação guarda com a atividade de transporte, o que não é o caso dos autos, em que a vítima foi empurrada por outros passageiros, clientes da concessionária.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 621.486/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 11/02/2015; grifou-se)

Neste contexto, não há como a concessionária de transporte aéreo invocar excludente de causalidade, ao argumento de recair sobre terceiro a responsabilidade de assegurar a acessibilidade do cadeirante na aeronave, no caso a *Infraero*.

Deste modo, conclui-se, a partir da interpretação lógico-sistemática da ordem jurídica, que é da sociedade empresária atuante no ramo da aviação civil a obrigação de providenciar a acessibilidade do cadeirante no processo de embarque, quando indisponível ponte de conexão ao terminal aeroportuário (*finger*).

Portanto, *reputa-se configurado o defeito na prestação de serviço, dada a ausência dos meios necessários para o adequado acesso do cadeirante ao interior da aeronave, com segurança e dignidade, ensejando a reparação dos danos causados ao recorrido*, como bem definiu o Tribunal Estadual.

5. Da quantificação do dano moral

Quanto ao dimensionamento dos danos morais, na esteira da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, os valores fixados a título de danos morais só poderão ser revistos, em sede de recurso especial, em casos que o *quantum* afrontar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, apenas as quantias que se revelam ínfimas ou exorbitantes em relação aos valores comumente estabelecidos em situações análogas, possuem o condão de invocar a pertinência da análise deste Tribunal.

Na hipótese, constata-se que a verba indenizatória obedeceu à razoabilidade e proporcionalidade, sendo que a majoração promovida pelo Tribunal *a quo* para R\$ 15.000,00 não constituiu afronta aos mencionados postulados, pois fundada na convicção de ter sido dispensado “tratamento vexatório” ao recorrido.

A jurisprudência desta Corte Superior tem fixado indenização em casos similares em patamar próximo ao definido nesta demanda:

Direito Civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Falha na prestação de serviço de transporte público municipal. Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada. Falta de acessibilidade. Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária. Embargos de declaração. Omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ausência. Análise de direito local. Inviabilidade. Violação do direito ao transporte e mobilidade do usuário do serviço. Dano moral configurado. Valor fixado pelo Tribunal de origem. Adequação. Honorários de sucumbência. Majoração.

[...]

10. Nesse cenário, o dano moral, entendido como lesão à esfera dos direitos da personalidade do indivíduo, sobressai de forma patente.

As barreiras físicas e atitudinais impostas pela recorrente e seus prepostos repercutiram na esfera da subjetividade do autor-recorrido, restringindo, ainda, seu direito à mobilidade.

11. Não há se falar em redução do quantum compensatório, estimado pelo Tribunal de origem em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), diante da gravidade da agressão à dignidade do recorrido enquanto ser humano.

12. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

(REsp 1.733.468/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018; grifou-se)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Direito Civil. Indenização por danos morais. *Quantum* indenizatório. Revisão. Alegação de valor excessivo. Quantia fixada que não se revela exorbitante. Revisão que demandaria reexame fático-probatório. Incidência da Súmula 7 do STJ. Juros moratórios. Indenização por dano moral. Responsabilidade extracontratual. Súmula n. 54/STJ.

[...]

2. Na espécie, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.464,00, mercê do tratamento discriminatório que o seu preposto dispensou ao falecido autor - passageiro cadeirante que apresentava dificuldades para embarcar no veículo de transporte coletivo -, não se revela exorbitante a justificar a intervenção desta Corte Superior. Revisão do quantum que esbarra na Súmula 7/STJ.

3. Os juros moratórios, em indenização por danos morais, não têm incidência somente quando esta é fixada, mas desde o momento em que o devedor é constituído em mora (REsp 1.132.866/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 23/11/2011).

4. Em se tratando de dano moral decorrente de ato ilícito puro, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54/STJ).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 455.889/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 22/05/2014; grifou-se)

E, considerando os fatos assentados pela instância com soberania para sua apreciação, é de se reconhecer a relevância da dor moral vivenciada pelo recorrido, porquanto plenamente compreensível sua consternação em razão de ter sido carregado de modo precário por funcionários da recorrente para o interior do avião, de sorte a malferir a sua dignidade.

Desta forma, considerando que o valor fixado pelo Tribunal *a quo* a título de danos morais não se mostra excessivo e está em consonância com o *quantum* considerado proporcional e razoável por este Tribunal Superior em situações semelhantes, conclui-se que a revisão da pretensão da recorrente esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

Concluindo, o acórdão recorrido, pelos fundamentos acima alinhavados, não merece sofrer quaisquer reparos.

6. Do exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa extensão, *nego-lhe* provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.653.976-RJ (2017/0031243-2)

Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região)

Relator para o acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Banco Safra S A

Advogados: Marcelo Lamego Carpenter - RJ092518
Eric Cerante Pestre - RJ103840
André Luiz Souza da Silveira e outro(s) - DF016379
Gabriel Jose de Orleans e Bragança - SP282419
Marcelo Sobral Pinto Ribeiro Lino - RJ186203

Recorrido: Nitriflex S A Indústria e Comércio

Advogados: Ana Paula Haipek - SP146951
Luiz Felipe de Moura Franco - SP234725

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Portal eletrônico. Diário da Justiça eletrônico. Intimações por ambas as formas. Prevalência da intimação por meio de portal. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Cessão de créditos. Alienação fiduciária. Não sujeição.

1. Controvérsia sobre o termo inicial do prazo recursal em caso de duplicidade de intimações eletrônicas realizadas na forma da Lei Federal n. 11.419/2006, sendo uma delas por meio do Diário da Justiça Eletrônico (art. 4º) e a outra pelo Portal Eletrônico (art. 5º).

2. A intimação efetivada por meio do portal previsto no art. 5º da Lei Federal n. 11.419/2006 prevalece sobre aquela realizada pelo Diário da Justiça eletrônico. Interpretação sistemática dos arts. 4º e 5º da lei de regência, à luz de dispositivos e princípios do CPC/2015.

3. No caso concreto, observado o decêndio previsto no art. 5º, § 3º, da lei de regência, o recurso especial é tempestivo.

4. Os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeitam à recuperação judicial, a teor do que dispõe o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. Precedentes.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira dando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, a

Quarta Turma, por maioria, afastou a intempestividade do recurso especial e, quanto ao mérito, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial.

Lavrará o acórdão o Ministro Antonio Carlos Ferreira. Votou vencido o Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Presidente) os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 08 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 1º.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco Safra S/A*, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Trava bancária. Determinação judicial de liberação de 70% dos créditos sujeitos à cessão fiduciária. Decisão que não merece reforma. Crédito fiduciário que, em regra, é excluído da recuperação judicial. Inteligência do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. Necessidade de equacionamento dos interesses em conflito. Direito do credor fiduciário x princípio da preservação da empresa. Essencialidade dos valores liberados ao funcionamento da empresa. Impacto mínimo para o agravante, correspondendo percentual muito pequeno frente às demais garantias que possui. Devida e justificável a ingerência limitadora da garantia do credor fiduciário, como forma de atender aos princípios basilares da Lei n. 11.101/2005. Precedentes jurisprudenciais. Aplicação do Verbete Sumular de n. 58 do TJERJ. Desprovimento do recurso. (e-STJ, fl. 79)

A Presidência do Superior Tribunal de Justiça, em decisão de fls. 223/224, não conheceu do recurso especial ao observar sua intempestividade. Em decisão da relatoria do em. Ministro Raul Araújo, foi dado provimento ao anterior agravo interno para novo julgamento colegiado do recurso especial (e-STJ, fl. 249), o que se faz nesta oportunidade.

Nas razões do agravo interno interposto contra referido *decisum*, o recorrente, *Banco Safra S/A*, sustenta, em síntese, que seu recurso seria tempestivo, afirmando que, nos termos do § 3º do art. 5º da Lei 11.419/2006

(Lei do Processo Eletrônico), nos casos em que o destinatário da intimação eletrônica não realiza a consulta aos seus termos no portal, a intimação é considerada realizada dez dias após sua disponibilização no sistema, o que torna o recurso especial tempestivo no presente caso. Defende a validade e prevalência da intimação eletrônica em relação à publicação via DJe.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Conforme delineado na decisão monocrática da Presidência desta Corte, verifica-se que a parte recorrente foi intimada do acórdão recorrido em 29/04/2016 (e-STJ, fl. 128), sendo o recurso especial interposto somente em 24/05/2016. Dessa forma, o recurso é manifestamente intempestivo, porquanto interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos do art. 994, VI, c/c os arts. 1.003, § 5º, 1.029 e 219, *caput*, todos do Código de Processo Civil.

O entendimento do STJ se firmou no sentido de que, “ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJERJ, prevalece esta última, uma vez que, nos termos da legislação citada (Lei n. 11.419/2006), a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais”. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Intimação eletrônica e no Diário de Justiça. Prevalência da última. Intempestividade configurada. Prazo recursal de 15 dias úteis escoado. Art. 1.003, § 5º, c/c o art. 219, *caput*, do CPC/2015. Agravo desprovido.

1. “Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação citada a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais” (AgRg no AREsp 726.124/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/6/2016, DJe 1º/7/2016).

2. É intempestivo o recurso, à exceção dos embargos de declaração, interposto fora do prazo de 15 dias úteis, nos termos do art. 1.003, § 3º, c/c o art. 219, *caput*, do CPC/2015.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.101.413/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe de 26/10/2017)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Convolação. Cabimento. Intempestividade do agravo nos próprios autos.

1. É cabível agravo interno contra a decisão que determina a autuação do agravo como recurso especial para discutir a tempestividade do agravo nos próprios autos.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, ocorrendo a duplicidade de intimações, intimação eletrônica e publicação no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais. Precedentes.

3. Logo, certificada a publicação da decisão de inadmissibilidade do apelo nobre em 15/7/2016, deve-se reconhecer a intempestividade do agravo em recurso especial protocolizado em 21/9/2016, pois ultrapassado o prazo previsto no art. 1.003, § 5º, do CPC/2015, contado em dobro, mesmo considerando a suspensão dos prazos entre os dias 5 a 21/8/2016, o feriado local em 22 de agosto e o feriado nacional de 7 de setembro.

4. Se não há discussão quanto à licitude da intimação ocorrida no Diário de Justiça eletrônico, não faz sentido considerar, para fins de contagem do prazo recursal, a intimação eletrônica posterior, porque com a publicação no DJe todas as partes já se deram por intimadas. Vale dizer, não há renovação de prazo.

5. Ainda que ultrapassadas essas considerações, no embate de teses, teria razão a ora agravante no sentido de que a intimação eletrônica do Estado ocorreu em 18/7/2016 ("*Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, intimação realizada, em 18/7/2016 14:39*") - e não no dia 24/7/2015 ("*Francesco Conte (representando Estado do Rio de Janeiro), intimação tácita, em 24/7/2016 13:33*") -, porque tem validade de intimação pessoal aquela dirigida à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (Lei n. 11.419/2006, art. 5º, § 6º).

6. Agravo interno a que se dá provimento. Agravo em recurso especial não conhecido por intempestividade.

(AgInt no AREsp 1.040.421/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe de 17/10/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Intempestividade do agravo em recurso especial porquanto interposto após o prazo previsto no art. 1.003, § 5º do CPC de 2015. Intimação tácita. Impossibilidade. Validade da publicação do Diário de Justiça eletrônico. (...) Decisão mantida. Agravo interno não provido.

1. O prazo para interposição do recurso especial e do agravo em recurso especial (art. 1.003, § 5º do CPC de 2015) é de 15 (quinze) dias úteis, conforme o art. 219 do CPC de 2015. Intempestividade constatada.

2. "Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação citada a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais." Precedentes.

.....

6. Agravo interno não provido (g.n.).

(AgInt no AREsp 1.071.468/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe de 15/09/2017)

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Intempestividade. Prevalência da publicação do Diário da Justiça eletrônico. Embargos rejeitados.

1. Não merecem acolhimento os embargos de declaração opostos sem a indicação de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, arts. 1.022 e 1.023), sendo inadmissível a sua oposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas no aresto embargado, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide.

2. Havendo intimação eletrônica e publicação da decisão no Diário da Justiça Eletrônico, prevalece a última, porquanto a Lei 11.419/2006 dispõe que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 861.128/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe de 03/05/2017)

Dessa forma, não há como afastar a intempestividade do apelo especial na hipótese em comento.

Diante do exposto, nos termos do art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do recurso especial, estando cassada a decisão deferitória da tutela provisória (e-STJ, fls. 278/281), e julgo prejudicado o agravo interno de fls. 299/303 (petição n. 581549/2017).

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco Safra S.A.*, na forma prevista pelo art. 105, III, "a", da CF/1988, contra acórdão do TJRJ assim ementado (e-STJ, fl. 79):

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Trava bancária. Determinação judicial de liberação de 70% dos créditos sujeitos à cessão fiduciária. Decisão que não merece reforma. Crédito fiduciário que, em regra, é excluído da recuperação judicial. Inteligência do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. Necessidade de equacionamento dos interesses em conflito. Direito do credor fiduciário x princípio da preservação da empresa. Essencialidade dos valores liberados ao funcionamento da empresa. Impacto mínimo para o agravante, correspondendo percentual muito pequeno frente às demais garantias que possui. Devida e justificável a ingerência limitadora da garantia do credor fiduciário, como forma de atender aos princípios basilares da Lei n. 11.101/2005. Precedentes jurisprudenciais. Aplicação do Verbete Sumular de n. 58 do TJERJ. Desprovimento do recurso.

Os embargos de declaração opostos ao aresto foram rejeitados (e-STJ, fls. 108/118 e 121/127).

Nas razões recursais, o recorrente alega violação do art. 49, § 3º, da Lei Federal n. 11.101/2005. Defende, em síntese, que o crédito garantido por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, podendo ser cobrado na forma do contrato.

Contrarrazões às fls. 157/163 (e-STJ).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ, fls. 213/214).

A Presidência do STJ, por meio da decisão de fls. 223/224 (e-STJ), não conheceu do recurso, ao fundamento de que intempestivo.

Interposto agravo interno contra a decisão (e-STJ, 228/231), os autos foram distribuídos para a relatoria do em. Ministro *Raul Araujo*, que reconsiderou a decisão agravada, a fim de que o recurso fosse pautado para julgamento colegiado (e-STJ, fls. 249/250).

Formulado, pela ora recorrente, pedido de tutela provisória de urgência (e-STJ, 256/276), a pretensão foi deferida pelo em. Relator (e-STJ, fls. 278/281). Contra a decisão, a aqui recorrida interpôs agravo interno (e-STJ, fls. 299/303), ainda pendente de julgamento.

Na sessão do dia 13/3 passado, o em. Ministro *Lázaro Guimarães* proferiu voto concluindo pela intempestividade do recurso, para tanto invocando precedentes deste Tribunal no sentido de que “ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJERJ, prevalece esta última, uma vez que, nos termos da legislação citada (Lei n. 11.419/2006), a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais” (AgInt no AREsp 1.101.413/RJ, Rel. Ministro *Marco*

Aurélio, Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe de 26/10/2017; AgInt no AREsp 1.040.421/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes, Segunda Turma*, julgado em 10/10/2017, DJe de 17/10/2017; AgInt no AREsp 1.071.468/RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão, Quarta Turma*, julgado em 12/09/2017, DJe de 15/09/2017; EDcl no AgInt no AREsp 861.128/RJ, Rel. Ministro *Raul Araújo, Quarta Turma*, julgado em 06/04/2017, DJe de 03/05/2017).

Isso porque consta dos autos certidão de que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado no DJERJ em 29/04/2016 (e-STJ, fl. 128), enquanto que o especial foi interposto somente em 24/05/2016 (e-STJ, fl. 142), o que sugere, em princípio, a extemporaneidade do recurso.

Entretanto, nas razões de seu agravo interno (e-STJ, fls. 228/231), a recorrente apontou que sua intimação deu-se por meio eletrônico (conforme informação que consta do documento de fls. 129/132 [e-STJ]), na forma prevista pelo art. 5º, § 3º, da Lei n. 11.419/2006, que estipula o prazo de 10 (dez) dias para consulta da intimação eletrônica, considerando-a efetivada somente na data do término do prazo, caso não acessada. Desse modo, acrescido o decêndio, a irresignação revelar-se-ia tempestiva.

Pedi vista dos autos para aprofundar o exame das circunstâncias que envolvem a questão preliminar.

Rogando vênias ao em. Ministro Relator, penso que a jurisprudência sobre o assunto merece ser revisitada, pois a interpretação sistemática das disposições contidas na Lei n. 11.419/2006, que tratam da matéria, indicam a prevalência da intimação realizada por meio de portal (art. 5º) em prejuízo daquela efetivada pelo Diário de Justiça (art. 4º), ambos eletrônicos. Esse entendimento é roborado a partir da vigência do CPC/2015, ao trazer normas que orientam pela prioridade das intimações judiciais realizadas pela via digital.

Vejamus a redação dos dispositivos sob exame, com destaque para os itens que disciplinam a intimação dos atos processuais:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso.

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Como se colhe do texto legal, a intimação realizada por meio do Diário da Justiça Eletrônico “substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”. Essa forma de intimação, sabidamente, veio a substituir a publicação dos atos judiciais no Diário Oficial que circulava em meio físico (papel), procedimento que trouxe agilidade e substancial redução de custos.

Por sua vez, de modo ainda mais específico – e, portanto, preponderante à regra de abrangência geral –, o art. 5º do mesmo diploma preceitua que, aos que se cadastrarem, “[a]s intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio (...), *dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico*”.

Note-se que, feita a intimação por meio do referido “portal”, não se haverá de exigir a publicação do ato judicial no Diário da Justiça (inclusive o eletrônico referido no art. 4º) e, segundo prevê o § 6º do mesmo dispositivo, essa forma de intimação eletrônica é até mesmo suficiente para que se entenda por efetivada a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, condição que não ostenta a publicação no Diário Eletrônico (art. 4º, § 2º, parte final).

Resta inequívoco, dessarte, que o legislador conferiu preponderância à intimação realizada pelo portal eletrônico, prestigiando a prática de atos processuais por meio dessa plataforma.

Sob essa perspectiva, penso que o advogado que se cadastra no portal eletrônico de um determinado Tribunal passa a considerar essa forma de intimação como a “principal”, quiçá exclusiva. Se acaso patrocinar causas apenas naquele Tribunal, decerto que nem sequer reputará necessário acompanhar as intimações de seu respectivo Diário da Justiça Eletrônico, depositando confiança no ato oficial praticado pela Corte de Justiça – a intimação por meio do portal. Do contrário, seria reconhecer a inutilidade da sistemática introduzida pela Lei do Processo Eletrônico, no que diz respeito ao portal de que trata seu art. 5º.

Não me parece, assim, razoável a interpretação que lhe impõe surpresa, após confiar no ato formalmente praticado pelo Judiciário (a intimação via portal), e contar o prazo nos estritos termos de previsão contida em texto expresso de lei.

No âmbito da Segunda Seção do STJ, o mais recente julgado sobre o assunto, proferido pela Terceira Turma, reviu o posicionamento anterior para consagrar o entendimento de que “[n]a hipótese de duplicidade de intimações, prevalece a intimação eletrônica sobre aquela realizada por meio do DJe” (AgInt no AREsp 903.091/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

Ante a percuciência dos fundamentos lançados no voto condutor do referido acórdão, permito-me transcrevê-los, adotando-os como adicional razão de decidir:

O presente agravo interno versa sobre o conflito acerca dos efeitos da intimação efetivada via Diário da Justiça Eletrônico e aquela feita via portal de intimações.

As duas formas de intimação estão previstas na Lei 11.419/06 nos seguintes termos:

(...)

A jurisprudência desta Corte Superior conta com alguns julgados, inclusive da minha relatoria, no sentido de se resolver esse conflito dando prevalência à intimação via Diário da Justiça Eletrônico, uma vez que essa forma de intimação “substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais”, conforme previsto no art. 4º, § 2º, supra.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

(...)

Porém, revendo meu posicionamento anterior, entendo que deve prevalecer a intimação via portal eletrônico, pois essa modalidade de intimação dispensa a publicação via DJe, conforme expressamente previsto no já aludido art. 5º da Lei 11.419/06.

Essa previsão expressa de dispensa de publicação no DJe evidencia que a intimação eletrônica é a que deve ter prevalência.

Essa também foi a opção normativa esposada pelo novo CPC/2015, conforme se verifica nos seguintes dispositivos legais:

Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

.....

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

.....

Consoante lição de DANIEL AMORIM A. NEVES, a preferência pela intimação eletrônica se deve ao fato de se tratar de uma forma de comunicação “simples, rápida e barata” (Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 426).

Nessa esteira, impõe-se reconsiderar a decisão ora agravada para contar o prazo recursal a partir da data da intimação eletrônica, o que torna tempestivo o recurso, como bem demonstrado nas razões do presente agravo.

(...)

No caso concreto, cabe ainda ressaltar que uma primeira decisão que concluiu pela intempestividade do recurso (e-STJ, fls. 223/224) foi oportunamente impugnada por meio de agravo interno (e-STJ, fls. 228/231), que por sua vez veio a ser provido por decisão do em. Ministro *Raul Araujo* (e-STJ, fls. 249/250). Contra essa última decisão não manifestou a ora recorrida qualquer espécie de irresignação. Em que pese tratar-se de matéria de ordem pública, a expressa decisão sobre o assunto, inatacada, impõe-lhe os efeitos da preclusão (CPC/2015, art. 505). No ponto:

Agravo interno no agravo (art. 544 do CPC/73). Ação cautelar de arresto, com fundamento na inadimplência de cédulas de crédito bancário. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Irresignação da parte ré.

(...)

2. Uma vez decidida e não impugnada tempestivamente, a matéria de ordem pública resta atingida pela preclusão consumativa, impedindo seu reexame.

(...)

(AgInt no AREsp 986.399/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 22/03/2018)

Agravo interno no recurso especial. Ação monitória. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 2. FINOR. Legitimidade do Banco do Nordeste. Existência. Súmula 83/STJ. 3. Prescrição. Matéria de ordem pública. Decisão não impugnada oportunamente. Preclusão. 4. Agravo desprovido.

(...)

3. Não obstante a prescrição seja matéria de ordem pública, deve ser impugnada oportunamente, no momento em que é apreciada pelo Magistrado *a quo*, sob pena de preclusão.

(...)

(AgInt no REsp 1.380.664/PB, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 13/03/2018)

Direito Civil e Processual Civil. Agravo interno em recurso especial. Inclusão de empresa sucessora no polo passivo em execução de sentença. Legitimidade passiva. Coisa julgada. Preclusão.

1. Não obstante as matérias de ordem pública possam ser apreciadas a qualquer momento nas instâncias ordinárias, a existência de anterior decisão sobre a mesma questão, quais sejam, as teses afetas à ilegitimidade passiva, impede a sua reapreciação, no caso, por existir o trânsito em julgado da mesma, estando assim preclusa sua revisão. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.424.168/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 19/06/2017)

Isso ponderado, afastado a aventada intempestividade.

Relativamente ao mérito da controvérsia, a jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial. Cito, a propósito:

Direito Falimentar. Recurso especial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária de créditos. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial do devedor-cedente. Registro no cartório de títulos e documentos. Desnecessidade.

(...)

3 - A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos não estão submetidas aos efeitos da recuperação judicial (inteligência do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05). Precedentes.

(...)

(REsp 1.592.647/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 28/11/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária sobre direitos sobre coisa móvel e títulos de crédito. Credor titular de posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. Matéria pacífica no âmbito das Turmas de Direito Privado do STJ. Pretensão de submeter aos efeitos da recuperação judicial, como crédito quirografário, os contratos de cessão fiduciária que, à época do pedido de recuperação judicial, não se encontravam registrados no cartório de títulos e documentos do domicílio do devedor, com esteio no § 1º do art. 1.361-A do Código Civil. Insubsistência. Agravo interno improvido.

1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 884.153/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil e Civil. Recuperação judicial. Ausência de violação ao art. 535 do CPC/73. Acórdão estadual devidamente fundamentado. Crédito garantido por alienação fiduciária. Ausência de violação ao art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005. Discussão quanto à ofensa ao art. 620 do CPC/73. Fundamento da decisão agravada não atacado. Súmula 182/STJ. Agravo regimental conhecido em parte e, na extensão, desprovido.

(...)

2. A jurisprudência uníssona desta eg. Corte firmou-se no sentido de que, em "(...) face da regra do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária" (CC 131.656/PE, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Segunda Seção*, julgado em 08/10/2014, DJe de 20/10/2014).

(...)

(AgRg no REsp 1.379.356/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 01/06/2017)

Recurso especial. Recuperação judicial. Contrato de cessão fiduciária de duplicatas. Incidência da exceção do art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. Art. 66-B, § 3º da Lei 4.728/1965.

1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei n. 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.263.500/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013)

Processual Civil. Direito Empresarial. Embargos de declaração no recurso ordinário em mandado de segurança. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Caráter infringente. Princípio da fungibilidade. Recuperação judicial. Cédula de crédito garantida por cessão fiduciária de direitos creditórios. Natureza jurídica. Propriedade fiduciária. Não sujeição ao processo de recuperação judicial.

(...)

2. Os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeitam à recuperação judicial, a teor do que dispõe o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005.

(...)

(EDcl no RMS 41.646/PA, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 11/10/2013)

Ante o exposto, mais uma vez rogando vênias ao em. Ministro Relator, *conheço e dou provimento* ao recurso especial para reformar em parte a decisão

agravada, dela excluindo, em relação ao recorrente, a disposição que determinou “a liberação de 70% do total dos créditos que se encontram ao abrigo da trava das Instituições Financeiras” (fl. 25 do apenso n. 1 [e-STJ]). Prejudicado o agravo interno de fls. 299/303 (e-STJ).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.713.167-SP (2017/0239804-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: L M B

Advogado: Adriana Cury Marduy Severini e outro(s) - SP106253

Recorrido: V M A

Advogados: Franco Mauro Russo Brugioni - SP173624

Vinicius de Figueiredo Teixeira - DF019680

Advogada: Cristina de Almeida Canêdo - DF026782

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto.

1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica.

3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os *pets*, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um *munus* exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar.

5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.

6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser *senciente* - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado.

7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando

para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.

8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido.

9. Recurso especial não 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 Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial por fundamentação diversa do relator, e o voto do Ministro Lázaro Guimarães no sentido da divergência, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Com ressalvas de fundamentação do Ministro Marco Buzzi. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 9.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. V. M. A. ajuizou ação objetivando regulamentação de visitas a animal de estimação em face de L. M. B., ao fundamento de que conviveram por mais de sete anos em união estável, sob o regime de comunhão universal de bens (desde 2004), tendo em 2008 adquirido uma cadela yorkshire de nome *Kimi*. Afirma que, com o passar do tempo, houve intenso apego ao animal, surgindo “...verdadeiro laço afetivo entre eles”, sendo

o requerente o responsável pela totalidade do valor da compra e dos gastos atinentes ao cão.

Com a dissolução da união em 2011, as partes declararam não existir bens a partilhar, deixando de tratar em específico a respeito do animal de estimação.

Salienta o autor que, inicialmente, ficou com a cadela, mas logo depois ela permaneceu em definitivo com a requerida. Aduz que sempre manteve visitas regulares ao animal na residência da ré, até que, em tempos mais recentes, acabou sendo impedido de ter contatos com o seu “mascote”, o que vem lhe causando intensa angústia.

O magistrado de piso julgou improcedente o pedido ao fundamento de que “...malgrado a inegável relação afetiva, o animal de estimação trata-se de semovente e não pode ser alçado a integrar relações familiares equivalentes entre pais e filhos, sob pena de subversão dos princípios jurídicos inerentes à hipótese”, concluindo que, em sendo o animal objeto de direito, não há falar em visitação. Asseverou que a ré apresentou prova de exclusiva propriedade sobre o cachorro, devendo, portanto, ser tida como sua única proprietária (fls. 122-123).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso, estabelecendo a forma de visitação, nos termos da seguinte ementa:

Regulamentação de visitas de animal de estimação. Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira. Improcedência do pedido. Inconformismo. Acolhimento. Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores. Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Cadela adquirida na constância do relacionamento. Relação afetiva demonstrada. Visitas propostas que são razoáveis. Sentença reformada. Recurso provido.

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 196-200).

Irresignada, L. M. B. interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal; 82, 445, § 2º e 2.022, do CC; 140, 489, § 1º, 669 e 733 do CPC/2015; 1.124-A da Lei n. 11.441/2007.

Aduz que o acórdão foi nulo por ter deixado de enfrentar a tese dos efeitos da coisa julgada sobre a escritura pública de dissolução de união estável.

Salienta que “foi transacionado pelas partes que outorgaram reciprocamente irrevogável quitação para nada mais reclamarem uns dos outros em razão da União Estável que existiu entre eles e ainda declaram que não existem bens móveis ou imóveis a partilhar”, sendo que, como estamos diante de um bem (animal), o recorrido poderia, à época da dissolução, “ter optado por manter o bem em condomínio”.

Afirma que o Tribunal de origem não poderia ter-se valido da analogia, quando a definição de animal vem disposta no art. 82 do CC.

Contrarrazões ao especial às fls. 220-238.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 239-240), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 294).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. De plano, afasto a preliminar de nulidade do acórdão porque teria deixado de enfrentar a tese dos efeitos da coisa julgada sobre a escritura pública de dissolução de união estável, já que as partes teriam transacionado e outorgado reciprocamente irrevogável quitação para nada mais reclamarem uns dos outros, declarando que não existiam bens móveis ou imóveis a partilhar”.

O acórdão recorrido afastou a omissão ao fundamento de “que a relação entre o embargado e o animal de estimação não se equiparava a um mero bem móvel. Tanto que aplicou por analogia os arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, que versam sobre guarda e visitas de menores” (fl. 199).

Realmente, a questão de haver ou não coisa julgada em relação à partilha (que afirmou a inexistência de bens a partilhar) e, conseqüentemente, nulidade por ausência de manifestação, acabou dependendo da análise do mérito da questão, ou seja, em tendo o julgado afastado a qualificação dos animais de estimação como meros bens móveis possíveis de partilha, acabou, por consequência, arredando eventual coisa julgada definindo o tema, tendo em vista que, no acordo transacionado, nada se definiu a respeito da custódia do animal de companhia.

Assim, não há falar em omissão nem em nulidade do acórdão de origem.

3. A controvérsia principal está em definir se é possível haver regulamentação de visitas a animal de estimação, após o fim da união estável entre os conviventes.

O Tribunal de origem, reformando a sentença de piso, reconheceu sua possibilidade, *verbis*:

O recurso merece parcial provimento.

Inicialmente, é importante lembrar que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”, conforme prevê o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Logo, para aplicar a lei é necessário saber anteriormente a finalidade para a qual foi criada.

Pois bem.

No Código Civil de 2002, os animais são tratados como objetos destinados a circular riquezas (art. 445, § 2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936).

Com isso, é possível afirmar que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo referido diploma.

A propósito, tamanha é a notoriedade do referido vínculo atualmente que, com base em pesquisa recente do IBGE, é possível afirmar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros (<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-doibge-16325739>).

Diante disso, pode-se dizer que há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial.

Nesses casos, deve o juiz decidir “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.

Todavia, isso não significa que a saúde do bicho de estimação não é levada em consideração, visto que o art. 32 da Lei n. 9.605/1998 pune com pena privativa de liberdade e multa quem “praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais (...) domésticos ou domesticados”.

Pois bem, diante de tais fundamentos, passa-se a examinar a pretensão do apelante. No caso dos autos, na ausência de impugnação específica na contestação (v. fls. 88/95), restou incontroversa a afirmação de que a cadela foi adquirida na constância da união estável (v. fls. 2, segundo parágrafo).

Além disso, ficou bem demonstrada a relação de afeto entre o apelante e o animal de estimação (v. fls. 16/29).

Com isso, mostra-se possível a fixação de visitas nos termos da inicial, a saber:

a) visitas em finais de semana e feriados prolongados alternados, com retirada na sexta-feira às 20:00 horas, retornando-a no domingo às 20:00 horas;

b) nas festas de final de ano como natal e ano novo, no primeiro ano passará o natal na companhia do Autor e o ano novo na companhia da Ré, invertendo-se tal ordem no ano seguinte e assim por diante, mantendo-se a alternância para os próximos anos;

c) o Autor poderá participar das atividades inerentes à cadela Kimi, bem como levá-la ao veterinário quando necessário (v. fls. 8).

Por fim, caso se demonstre, durante as visitas, que a real intenção da demanda é criar uma forma forçada de manter contato com a recorrida no intuito de tentar reatar o relacionamento (v. fls. 144/151), o fato deve ser levado ao conhecimento do MM. Juízo a quo para as providências que entender cabíveis.

Em suma, impõe-se o provimento do recurso para julgar procedente o pedido, nos termos deste v. acórdão.

Sucumbente, a parte ré arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

(fls. 161-166)

Interessante observar que não há aqui qualquer discussão quanto ao ressarcimento de despesas ou indenização pela compra do animal de estimação; o ponto do recurso é mesmo quanto à possibilidade de se estabelecer a visitação, após o rompimento da união estável.

4. Inicialmente, afasto qualquer alegação de que a questão que ora se aprecia é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte.

Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação

como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

Ademais, em muitos países do mundo, esta questão envolvendo a mesma temática que ora se analisa já foi objeto de regulamentação por lei, o que ainda não ocorreu no Brasil.

Assim, parece mesmo muito relevante que esta Corte se debruce sobre o tema, máxime diante da dispersão da jurisprudência sobre a interpretação do diploma civil, e também em face de forte contróversia doutrinária, como se apresentará neste voto.

Nesse passo, é inegável que a degradação ambiental vem sendo objeto de maior conscientização do ser humano, notadamente no segundo pós-guerra, quanto à natureza e à qualidade do meio ambiente em que vive.

Especificamente em relação à proteção aos animais, diversas legislações, tanto no Brasil como em âmbito internacional, passaram a regular a questão, tendo a Constituição da República de 1988 estabelecido - como visto -, expressamente, tal abrigo dentro do contexto da preservação do meio ambiente, ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523).

Como direito de todos, tendo como contexto a ordem social, impôs-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, § 1º, VII).

Diante desse panorama, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se posicionar em lides de alta relevância. A título de exemplos:

Processo objetivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Atuação do Advogado-Geral da União. [...] **Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade.** A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual

veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

(ADI 4.983, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, Processo Eletrônico DJe-087 divulg 26/04/2017 public 27/04/2017)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei Fluminense n. 2.895/98). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei n. 9.605/98, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta procedente. Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes. Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna. Inconstitucionalidade. - *A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”).*

[...]

(ADI 1.856, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 divulg 13/10/2011 public 14/10/2011 Ement vol-02607-02 pp-00275 RTJ vol-00220-01 pp-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413)

Interessante notar que, recentemente, a Emenda Constitucional n. 96, de 2017, incluiu o § 7º ao art. 225, estabelecendo que, “para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações

culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, denominada de Lei dos Crimes Ambientais, tutela os animais, colocando-os a salvo de qualquer tratamento abusivo, maus-tratos, ferimentos ou mutilações, aliás, desde o Decreto 24.645, de 1934, já se estabelecia medidas de proteção aos animais, colocando-os sob a tutela do Estado e protegendo-os contra abusos e crueldades.

5. Decerto, porém, que coube ao Código Civil o desenho da natureza jurídica dos animais, tendo o referido diploma os tipificado como coisas - não lhes atribuiu a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica, não podendo ser tidos como sujeitos de direitos - e, por conseguinte, objetos de propriedade.

De fato, os animais, via de regra, enquadram-se na categoria de bens semoventes, isto é, “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (art. 82).

Não há dúvidas de que o Código Civil tipificou-os na categoria das coisas e, como tal, são objetos de relações jurídicas, como se depreende da dicção dos arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446.

Nessa perspectiva, resta saber se tais animais de companhia, nos dias atuais, em razão de sua categorização, devem considerados como simples coisas (inanimadas) ou se, ao revés, merecem tratamento peculiar diante da atual conjectura do conceito de família e sua função social.

Isso porque “a nossa legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, embora o não reconhecimento legal. Esta inércia do Poder Legislativo, contudo, tem sido oposta a um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, principalmente para garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares e o alcance da justiça” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica*. In Tratado de Direito das famílias, Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 57).

É notório o crescimento exponencial, em todo o mundo, do número de animais de estimação no âmbito das famílias e, cada vez mais, são tratados como verdadeiros membros destas.

Os Tribunais do país têm-se deparado com situações desse jaez, com divórcios e dissoluções de relações afetivas de casais em que a única divergência está justamente na definição da custódia do animal.

À guisa de exemplo, cito alguns casos, com as mais diversas soluções no âmbito dos Tribunais pátrios:

Direito Civil. Reconhecimento/dissolução de união estável. Partilha de bens de semovente. Sentença de procedência parcial que determina a posse do cão de estimação para a ex-convivente mulher. Recurso que versa exclusivamente sobre a posse do animal. Réu apelante que sustenta ser o real proprietário. Conjunto probatório que evidencia que os cuidados com o cão ficavam a cargo da recorrida. Direito do apelante/varão em ter o animal em sua companhia. Animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador do direito. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família cachorrinho “Dully” que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos. Solução que não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, expressando-se, por outro lado, como mais uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente parcial acolhimento da irresignação para, a despeito da ausência de previsão normativa regente sobre o *thema*, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, das 10:00hs de sábado às 17:00hs do domingo. Sentença que se mantém

1. Cuida-se de apelação contra sentença que, em demanda de dissolução de união estável c/c partilha de bens, movida pela apelada em face do apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer e dissolver a união estável havida entre as partes e determinou, ainda, que a autora ficasse com a posse do cão de estimação da raça Coker Spaniel.

2. Insurge-se o réu unicamente com relação à posse do animal de estimação, sustentando, em síntese, que o cachorro foi adquirido para si, ressaltando que sempre cuidou do cão, levando-o para passear e para consultas ao veterinário, destacando, ainda, que sempre arcou com os seus custos, inclusive com a vacinação.

3. De fato, da análise do conjunto probatório infere-se que a parte autora logrou comprovar que era a responsável pelos cuidados do cão Dully.

4. Contudo, não se pode ignorar o direito do apelante de, ao menos, ter o animal em sua companhia. Questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador.

5. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família.

6. Cachorrinho "Dully" que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial e extremo dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos.

7. Solução que, se não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, traduz, por outro lado, mais uma das variegadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente.

8. Recurso desprovido, fixando-se, porém, a despeito da ausência de previsão normativa regente o *thema*, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo.

Nega-se provimento ao recurso.

(Apelação Cível n. 001 9757-79.201 3.8.19.0208, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, 22ª Câmara Cível, Julgado em 27/01/2015)

Civil. Processo Civil. Indeferimento de produção de prova testemunhal. Questão de direito devidamente comprovada nos autos. Sobrepartilha de animal doado ao casal na constância do casamento. Divórcio. Partilha do bem. Recurso desprovido.

1. Na atualidade, os bichos de estimação têm conseguido cada vez mais espaço no seio da família brasileira e mundial, tornando-se, em muitos casos, membros efetivos, equiparados aos próprios filhos do casal, de modo que, com o fim do casamento, não raro, as pessoas enfrentam problemas tanto em relação a com quem vai ficar o animal querido e até mesmo discussão sobre a propriedade desse ente, como é o caso em análise, pois esses animais, além de ter valor de estimação, que não pode ser quantificado economicamente, ostentam também valor comercial.

2. Importa destacar que em nosso sistema jurídico vige o princípio do livre convencimento motivado, onde o magistrado é livre para fundamentar sua decisão, desde que amparada na lei e nas provas dos autos. Assim, deve-se sopesar inicialmente os elementos de prova contidos nos autos, de acordo com

as circunstâncias de cada caso, para, só então, aferir a viabilidade e/ou a (des) necessidade da produção de outras provas além daquelas que estiverem contidas no processo.

3. O indeferimento de prova testemunhal que tinha como objetivo demonstrar fatos já devidamente comprovados nos autos, não traduz cerceamento de defesa e, por conseguinte, não compromete a validade constitucional da sentença.

4. A doação feita, na constância do casamento, celebrado sob regime de comunhão parcial, apenas em nome de um dos cônjuges, deve ser considerada como feita ao casal. Portanto, o bem doado ainda que somente a um dos integrantes da conjugalidade, deve ser partilhado com o fim do matrimônio.

5. Recurso desprovido

(Acórdão n. 885.178, 20140110611494APC, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, Revisor: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/07/2015, Publicado no DJe: 10/08/2015. Pág.: 240)

Direito Civil. Família. Divórcio. Sentença. Componente pragmático. Partilha de bens. Animal de Estimação. Posse. Abandono. Cônjuge mulher. Caracterização. Partilha. Cônjuge varão. Decisão confirmada. É característica marcante nas decisões proferidas nas varas de família um fortíssimo componente pragmático, que só devem ser reformadas pela instância revisora em casos de ilegalidade evidente, porquanto o Juiz que presidiu a produção da prova e teve contato pessoal com as partes está munido de melhores condições para decidir sobre a pensão de alimentos, guarda de filhos, regulamentação de visita e *a quem deve caber na partilha os animais de estimação. Restando caracterizado o abandono de animal por um dos cônjuges, o outro adquire-lhe a propriedade se sob a sua posse ele ficar, dispensado-lhe tratamento devido.* (TJMG - Apelação Cível 1.0694.02.006976-1/001, Relator(a): Des.(a) Manuel Saramago, 6ª Câmara Cível, julgamento em 13/04/2004, publicação da súmula em 07/05/2004)

União estável. Reconhecimento. Partilha dos bens. Contribuição. Desnecessidade. Mantém-se a partilha igualitária do imóvel porque os elementos coligidos aos autos comprovam, à saciedade, que o bem foi edificado com a participação de ambos os conviventes, na medida de suas possibilidades e em terreno de propriedade dos pais da mulher. *Aluguel pelo uso do imóvel comum. Descabimento.* Não se pode exigir o pagamento de locativos enquanto não perfectibilizada a partilha dos bens. É que inexistente título jurídico que autorize a cobrança de aluguel contra o companheiro que permanece residindo no imóvel comum, posto que os bens ficam em mancomunhão. *Indenização por danos causados a bem pertencente ao varão.* Descabe a indenização quando não constatado o descuido da mulher na preservação do bem. Ademais, tratando-se de móvel usado e desmontado, provavelmente apresentaria alguma avaria decorrente do próprio uso. **Animal de estimação.** Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal

ficavam a cargo da convivente. Apelo desprovido. (Segredo de justiça) (Apelação Cível n. 70007825235, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 24/03/2004)

Aliás, como bem destacado pelo acórdão recorrido, tamanha é a notoriedade do vínculo afetivo entre homem e seu animal de estimação que, segundo recente pesquisa do IBGE, é possível afirmar que existem mais cães e gatos em lares brasileiros do que crianças.

De fato, “em 2015 existem mais lares com cachorros (44%) que com crianças (36%) no Brasil. Além dos motivos demográficos (redução do número de filhos), estariam também os econômicos, haja vista o alto custo de criação de filhos. As projeções de 2013, em 45 milhões de crianças e 52 milhões de cães, apontam para 2020 o aumento dessa diferença: 41 milhões de crianças contra 71 milhões de cães. Há ainda, uma tendência de aumento dos domicílios onde mora uma só pessoa. São denominados arranjos unipessoais, onde, principalmente, pessoas sozinhas com mais de 50 anos, são ‘potenciais pais de um totó’ [...] Essa mudança ocorreu por diversos fatores, dentre eles famílias cada vez menores, maior número de pessoas morando sozinhas e o envelhecimento da população tem favorecido o aumento dos animais de estimação nos lares brasileiros” (SÉGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 82, ano 21, São Paulo: RT, abr./jun. 2016. p. 240).

Nos EUA, “estima-se que as disputas judiciais relativas à guarda de animais domésticos tenham crescido 23% apenas em 2011. Há, inclusive, indicação doutrinária de que recorrentemente o ex-casal consegue entrar em acordo relativamente aos bens, aos filhos menores, mas não se ajustam relativamente a quem ficará com os animais, iniciando sofridos, longos e dispendiosos litígios” (CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: Reconhecimento da família multiespécie?* Artigo Científico, 2015, 33f).

Tamanho são os vínculos psicológico e afetivo em determinadas situações, que se tem notícia de casos, no mínimo, inusitados. Basta lembrar o ocorrido em 2010, onde “uma americana milionária deixou o equivalente a R\$ 21 milhões para sua cachorra em detrimento de seu filho que herdou apenas R\$ 1,7 milhões. O filho briga na Justiça alegando insanidade materna. Guardadas as devidas proporções, há relato de caso semelhante no Brasil, onde uma viúva sem filhos deixou seu apartamento para uma gatinha (Mimi) e sua cadela (Fifi).

Um irmão impugnou o testamento na qualidade de herdeiro. O testamento teria sido interpretado como encargo do herdeiro para que ele tomasse conta dos animais de estimação” (SÉGUIN, Élida; *op. cit.*, p. 244).

Inclusive, é bom destacar que tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.058/2011 (no momento encontra-se arquivado), que tem como objetivo justamente dispor “sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências”.

A necessidade de regulamentação da questão foi destacada em sua justificativa: “[...] Os animais não podem ser mais tratados como objetos em caso de separação conjugal, na medida em que são tutelados pelo Estado. Devem ser estipulados critérios objetivos em que se deve fundamentar o Juiz ao decidir sobre a guarda, tais como cônjuge que costuma levá-lo ao veterinário ou para passear, enfim, aquele que efetivamente assista o *pet* em todas as suas necessidades básicas [...]”.

Entre outras diversas disposições, prevê o Projeto:

Art. 2º. Decretada a separação judicial ou divórcio, ou fim da união estável pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda de animal de estimação, será ela atribuída a quem revelar ser o seu legítimo proprietário, ou, na falta deste, a quem demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável.

Parágrafo único Entende-se como posse responsável os deveres e obrigações atinentes ao direito de possuir animal de estimação.

Art. 5º. Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer:

I – ambiente adequado para a morada do animal;

II – disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento;

III – o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte;

IV – demais condições que o juiz considerar imprescindíveis à manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características.

Outras duas curiosidades do projeto de lei:

Art. 6º Na audiência de conciliação, o juiz informará às partes a importância, a similitude de direitos, deveres e obrigações à estes atribuídos, bem como as sanções nos casos de descumprimento de cláusulas, as quais serão firmadas em documento próprio juntado aos autos.

§ 1º Para estabelecer as atribuições das partes e os períodos de convivência com o animal sob a *guarda compartilhada*, o juiz poderá *basear-se em orientação técnico-profissional para aplicação ao caso concreto*;

§ 2º Na *guarda unilateral*, a parte a que não esteja o animal de estimação poderá *visitá-lo e tê-lo em sua companhia*, podendo, ainda, *fiscalizar o exercício da posse da outra parte*, em atenção às necessidades específicas do animal, e comunicar ao juízo no caso de seu descumprimento;

§ 3º A alteração não autorizada ou o *descumprimento imotivado das cláusulas da guarda, unilateral ou compartilhada*, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, bem como a perda da guarda em favor da outra parte;

§ 4º Se o juiz verificar que o animal de estimação não deverá permanecer sob a guarda de nenhum de seus detentores, deferi-la-á pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, consideradas as relações de afinidade e afetividade dos familiares, bem como o local destinado para manutenção de sua sobrevivência.

Art. 7º *Nenhuma das partes poderá, sem a anuência da outra, realizar cruzamento, alienar o animal de estimação ou seus filhotes advindos do cruzamento*, para fins comerciais, sob pena de reparação de danos.

Como se percebe, pelo Projeto, a guarda de animais de estimação traria disposição muito assemelhada com o instituto da guarda propriamente dita do Código Civil, inclusive podendo ser definida unilateralmente ou de forma compartilhada.

6. A preocupação com a proteção dos animais de companhia não é exclusividade dos brasileiros. Diversos outros ordenamentos, “como da Áustria, da Alemanha e da Suíça indicam expressamente que os animais não são coisas. Outros, como da França e da Nova Zelândia, vão mais além, indicando que os animais são seres sencientes” (CHAVES, Marianna. *op. cit.*).

Em Portugal, por exemplo, houve sensível modificação em seu Código Civil - Lei n. 8, de 2017 - dispondo que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade (art. 201-B) e que, na ausência de lei especial, deverão ser submetidos às disposições relativas às coisas, desde que não se mostrem incompatíveis com a sua natureza (art. 201-D).

O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o conhecido BGB, por sua vez, alterou o título “Coisas” (*Sachen*) para que nele passasse a constar “Coisas. Animais” (*Sachen. Tiere*), prevendo em seu § 90-A, que “os animais não são coisas. Os animais são protegidos por leis especiais. Os animais são regulados pelas regras relativas às coisas, com as necessárias modificações exceto se de outra maneira for previsto”.

Já o Código Civil Francês previu que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Salvo disposição especial que os proteja, os animais são submetidos ao regime dos bens” (art. 515-14).

7. Aqui no Brasil, doutrina e jurisprudência vêm-se dividindo basicamente em três correntes.

Os que pretendem elevar os animais ao *status* de pessoa, haja vista que, biologicamente, o ser humano é animal, ser vivo com capacidade de locomoção e de resposta a estímulos, inclusive em relação aos grandes símios, que, com base no DNA, seriam parentes muito próximos dos humanos. Em razão disso, ao animal deveria ser atribuído direitos da personalidade, o próprio titular do direito vindicado, sob pena de a diferença de tratamento caracterizar odiosa discriminação.

Alguns entendem que o melhor seria separar o conceito de pessoa e o de sujeito de direito, possibilitando a proteção dos animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade, dando-se proteção em razão do próprio animal, e não apenas como objeto (na qualidade de patrimônio do seu proprietário) ou de direito difuso como forma de proteção ao meio ambiente sustentável.

Segundo outros, os animais de companhia devem remanescer dentro de sua natureza jurídica posta, como semoventes, *res*, e, portanto objeto de direito das relações jurídicas titularizadas pelas pessoas.

Não se olvide, a discussão é extremamente sensível, movida, muitas vezes, por paixão, provocando a revisitação de conceitos e dogmas cristalizados e, ao mesmo tempo, o exame das necessidades prementes dos novos tempos, atraindo inúmeros questionamentos, perplexidades e, a depender de seu enquadramento, das mais diversas consequências jurídicas, o que torna ainda mais complexa a adoção de uma única e adequada solução.

De plano, importante trazer à baila algumas indagações suscitadas por César Fiuza, em artigo específico sobre a matéria, e que demonstra a dificuldade do trato com a matéria:

Conferir personalidade aos animais pode parecer muito simpático, a um primeiro olhar. Mas a que animais vamos conferir personalidade? A todos? Entram nesse rol as baratas, os pernilongos, os ratos, os mosquitos da dengue, os vírus, as bactérias nocivas e outros tantos dos quais queremos distância? Se a resposta for não, a pergunta se mantém: a que animais conferir personalidade? Apenas aos que nos forem úteis? Como, então, legitimar um churrasco de picanha? Ou um bife de vitela? Ou seremos todos vegetarianos? Como proteger um animal

selvagem que não faz mal nem bem? Se a resposta ainda aqui for negativa, a pergunta permanece: a que animais conferir personalidade? Àqueles que não nos forem nocivos? Assim estaríamos protegendo não só os animais que nos sejam úteis, mas também os que não nos façam mal. De todo modo, continua o problema incontornável, para nós carnívoros, de comermos outras pessoas, o que culturalmente seria inaceitável. Em outras palavras, como legitimar um churrasco de picanha? Bem, se a resposta não é conferir personalidade aos animais, seria, então, a de conferir-lhes o *status* de sujeitos de direitos? Vimos, ainda há pouco que essa também não é a melhor solução. Um animal não pode ser sujeito de direito por um lado e objeto de propriedade por outro.

Um sujeito de direito não pode estar no cardápio de um restaurante. [...] Se os animais não são pessoas, tampouco sujeitos de direitos, qual seria o fundamento de sua proteção? A resposta é muito simples: o ser humano.

Os animais são objeto de direito, podem ser objeto de propriedade, podem ser caçados e devorados; podem ser, inclusive, extintos, como desejamos o seja o mosquito da dengue. Isso não significa que não devam ser protegidos. Em que situações ocorre a tutela protetiva? Quando protegemos nossa propriedade, quando protegemos o meio ambiente e quando protegemos os animais contra atos de crueldade, ou seja, quando os protegemos aparentemente, por eles mesmos. Na realidade, em todas essas hipóteses, o sujeito do direito é o ser humano, seja o proprietário, seja aquele que deseja um meio ambiente saudável, seja o que se projeta no animal em sofrimento.

(FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. *Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo: Ed. RT, n. 1, v. 1, out.-dez. 2014., p. 200-201).

Realmente, diante da teoria geral do direito civil, o estudo da guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar -, instituto de direito de família por sua essência, não pode ser, a meu juízo, simples e fielmente subvertido para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque “a guarda é um *munus* exercido no interesse tanto do(s) pai(s) quanto (principalmente) do filho”; não se está diante de uma faculdade e sim de “um direito, mas também um *munus* que impõe ao(s) pai(s) a observância dos deveres inerentes ao poder familiar” (LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo dos. *Reflexões sobre a posição jurídica dos animais de estimação perante o direito das famílias: TJRJ*. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, p.170, maio-jun. 2015. p. 175).

É o destaque da doutrina especializada:

Seja como for, o que se pretende destacar é que, ainda que de simples coisas não se tratem e ainda que não estejam submetidos à simples partilha de bens, à guarda também não estarão, sendo necessário, caso se deseje, estipular regime jurídico próprio para este mister. O que não é possível, tampouco desejável, é a subversão de categorias dogmáticas há muito elaboradas e que dizem respeito à própria estrutura do sistema jurídico.

Como visto, o sistema jurídico, como sistema lógico, foi erigido com a função de ordenar os diversos interesses que emergem no seio social, dirimindo eventuais conflitos.

Para cumprir a sua função, o ordenamento jurídico atribui poderes e deveres, respectivamente, ao sujeito do interesse subordinante e ao sujeito do interesse subordinado.

[...]

Nesse sentido, se é verdade que a guarda é uma posição jurídica, necessariamente, por um imperativo lógico e de coerência sistêmica, deve-se atribuir à alguém – e não a algo – a correlata posição jurídica.

Assim, (a) ao considerar-se a guarda como um dever comportamental imposto aos pais (posição jurídica subjetiva passiva elementar, portanto), deve-se buscar aquele que titulariza a correlativa pretensão (posição jurídica subjetiva ativa elementar em enlace correlacional); (b) ao considerar-se a guarda como um dever autônomo com relação ao poder familiar, deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo poder jurídico; (c) ao considerar-se a guarda como um “direito-dever” (um poder funcional composto, portanto, de poderes formativos e deveres comportamentais), deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo dever de obediência ou as correlativas posições jurídicas de sujeição e de pretensão; e assim sucessivamente.

Seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, ela necessariamente estará em enlace correlacional com outra posição jurídica. Não existem poderes ou deveres jurídicos (em sentido genérico) fora de relação jurídica.

Destarte, pergunta-se: (a) se a guarda é um dever comportamental, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer a correlativa pretensão (definida como o poder-exigir subordinação do interesse alheio ao próprio) em face do dono?; (b) se a guarda é um dever autônomo, seria razoável pensar-se que um cachorro pudesse ser titular de um poder jurídico em face do dono?; (c) se a guarda é um “direito-dever” – e aqui a situação é ainda mais peculiar –, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer os direitos e os deveres (!) correlativos? Seria razoável atribuir-se deveres a um animal? A não ser que alguém pretenda responder afirmativamente a qualquer uma dessas perguntas, uma verdade se impõe: o princípio da correspectividade de posições jurídicas ativas e passivas, a coerência e a base do sistema jurídico privado nacional, erigido sob a égide da Teoria da Relação Jurídica, impedem que se considere juridicamente possível animais figurarem como objeto de guarda em sentido técnico.

A relação jurídica, categoria básica do Direito Privado, é sempre entre sujeitos de direito, entre vontade e vontade.

[...]

Cumpre consignar, ademais, que, seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, a sua utilização para regular situações que envolvam animais implicaria, necessariamente, atribuir-lhes a condição de sujeitos de direito.

(LUKASCHECK PRADO, Augusto César. A (im)possibilidade jurídica da guarda de animais. Revista de direito civil contemporâneo, São Paulo: RT, n. 5, v. 14, jan-mar./2018, p. 545-547)

Com efeito, *de lege lata*, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica.

Apesar disso, observada sempre a máxima *venia*, não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

A despeito de animais, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada.

O Judiciário necessita encontrar solução adequada para essa questão, ponderando os princípios em conflito, de modo a encontrar o resguardo aos direitos fundamentais e a uma vida digna.

Nesse passo, penso que a ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de companhia - sobretudo nos tempos em que se vive - e negar o direito dos ex-consortes de visitar ou de ter consigo o seu cão, desfrutando de seu convívio, ao menos por um lapso temporal.

Sociólogos vêm demonstrando “uma série de ocorrências que indicam que os animais de companhia galgaram o *status* de verdadeiros membros da família: existe um crescente número de casamentos e uniões que terminam pelo fato de um dos membros do casal não gostar de como o outro trata o animal de companhia; as pessoas demonstram a cada dia mais disposição em arcar com altos custos financeiros com veterinários e tratamentos com seus *pets*; a prática de pessoas deixarem heranças substanciais para os seus animais de estimação em seus testamentos ou para alguém sob a condição de cuidarem dos animais; a benção de animais por padres e pastores; a prática de enterrar os animais da

família em cemitérios de animais; o crescente número de psicólogos e terapeutas que atendem pacientes em extremo sofrimento, vivenciando o luto pela perda do seu animal de estimação” (BOGDANOSKI, Tony. “Towards an Animal-Friendly Family Law: Recognising the Welfare of Family Law’s Forgotten Family Members”, em *Griffith Law Review*, Vol. 19, n. 2, pp. 197-237, 2010, p. 208 *apud* CHAVES, Marianna. *op. cit.*).

8. Nesse passo, não se pretende aqui humanizar o animal, tratando-o como pessoa ou sujeito de direito.

Também não é o caso de efetivar-se alguma equiparação da posse de animais com a guarda de filhos. Os animais, mesmo com todo afeto merecido, continuarão sendo não humanos e, por conseguinte, portadores de demandas diferentes das nossas.

Deveras, “o problema e que à ideia de pessoa, como hodiernamente concebida, jaz intrínseca a capacidade ampla de direitos e obrigações. Elevar os animais ao *status* de pessoas seria garantir a eles amplos direitos, inclusive patrimoniais, e criar a possibilidade de eles serem responsabilizados por seus atos, solução, a nosso ver, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro” (FIUZA, César; *op. cit.*, p. 196).

Ocorre que não se pode fechar os olhos para a realidade social, para o vínculo afetivo formado.

No ponto, bem assinala José Fernando Simão que:

A propriedade de animais não humanos passa por um filtro óbvio: os animais não humanos são coisas especiais, pois são seres dotados de sensibilidade e passíveis de sofrimento e dor. É por isso que o direito de propriedade sobre os animais, segundo interpretação sistemática do Código Civil, não pode ser exercido de maneira idêntica àquele que se exerce sobre as coisas inanimadas ou não dotadas de sensibilidade.

(SIMÃO, José Fernando. *Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil*. Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 4, ano 3, 2017, p. 899).

Nesse sentido, aliás, parece ter sido o entendimento da Segunda Turma do STJ, quando do julgamento do REsp 1.115.916/MG, Rel. Ministro Humberto Martins.

Na ocasião, discutia-se o uso de procedimentos cruéis para o extermínio de animais, tal como morte por asfixia, e a necessidade de se utilizar métodos amenizadores ou inibidores do sofrimento quando o aniquilamento for

imprescindível à saúde humana, acabando por concluir que o Administrador não pode valer-se da discricionariedade administrativa para justificar a prática de tais atos.

Em seu voto, destacou o Relator que “não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres”.

Assim, segundo o douto Ministro Relator, a proteção que deve ser dispensada aos animais “não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor”.

O acórdão foi assim ementado:

Administrativo e Ambiental. Centro de Controle de Zoonose. Sacrifício de cães e gatos vadios apreendidos pelos agentes de administração. Possibilidade quando indispensável à proteção da saúde humana. Vedada a utilização de meios cruéis.

1. O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento *extra petita*.

2. A decisão nos embargos infringentes não impôs um gravame maior ao recorrente, mas apenas esclareceu e exemplificou métodos pelos quais a obrigação poderia ser cumprida, motivo pelo qual, não houve violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

3. A meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas de animais a seres humanos, tais quais a raiva e a leishmaniose. Por esse motivo, medidas de controle da reprodução dos animais, seja por meio da injeção de hormônios ou de esterilização, devem ser prioritárias, até porque, nos termos do 8º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, são mais eficazes no domínio de zoonoses.

4. Em situações extremas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998.

5. Não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal.

6. *In casu*, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica em violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.115.916/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009)

9. Nessa ordem de ideias, a premissa básica a se adotar é a atual tipificação e correspondente natureza jurídica dos animais de estimação, isto é, trata-se de semoventes, coisas, passíveis de serem objeto de posse e de propriedade, de contratos de compra e venda, de doação, dentre outros.

Realmente, “para tutelar os animais e lhes conferir adequada proteção, não é necessário conferir-lhes personalidade, tampouco subjetividade. *Como objeto de direito podem receber proteção mais que suficiente. A extensão dessa proteção, os valores da sociedade, da cultura é que irá determinar. Repita-se, o homem é a medida de todas as coisas. Não escapamos de Protágoras*” (FIUZA, César; *op. cit.*, p. 203).

No entanto, penso que a solução também deve ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar, em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal.

Portanto, a definição da lide deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.

Isso porque, o ordenamento jurídico pátrio é voltado para “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 326)

Somado a isso, deve ser levado em conta o fato de que tais animais são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser *senciente* - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, o seu bem-estar deve ser considerado. Nessa linha, há uma

série de limitações aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito.

Portanto, buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do *nomen iuris* a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está diante de uma “coisa inanimada”, sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal.

O Enunciado 11 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, possui justamente esta dicção, *verbis*: “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”.

Nesse sentido, também é a conclusão de Simão:

Depois de analisadas todas essas questões, as regras do direito de propriedade dos animais restam limitadas, abrandadas.

Ainda que o animal seja comum, levando-se em conta os três dados contidos no artigo 1.793-A do Código Civil [Português], o juiz pode estipular que o animal seja confiado a apenas um deles que indenizará a metade ao cônjuge preterido. Há uma exclusão do animal da partilha. Nessa hipótese, não se afasta a possibilidade de eventual direito de visitas por parte daquele que não é mais dono do animal.

Se o animal pertencer a apenas um dos cônjuges (bem particular), poderá o juiz estipular a copropriedade em caso de clara relação afetiva e de cuidado de ambos para com o animal. A sua guarda, nesse caso, poderá ser unilateral de um dos cônjuges com visita do outro, ou mesmo compartilhada. A solução depende da situação fáticas e das provas colhidas pelo magistrado.

Questão mais complicada é saber se o animal for bem particular, pertencer a apenas um dos cônjuges, se o juiz pode determinar que ele seja confiado ao outro que não seu proprietário. A resposta deve ser afirmativa. Alguns poderiam afirmar que retirar a propriedade de um dos cônjuges significaria verdadeiro confisco. Aqui há uma sutileza. O juiz confiará a posse, mas não a propriedade, ao outro cônjuge. Há uma restrição de uso e gozo, mas não de reaver o animal de um terceiro quem injustamente o detenha. É mais uma limitação ao direito de propriedade levando-se em conta o bem-estar animal.

(SIMÃO, José Fernando. *Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil*. Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 4, ano 3, 2017, p. 908-909)

Na hipótese ora em julgamento, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela foi adquirida na constância da união estável e que teria ficado bem demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, destacando, ao final, que eventual desvirtuamento da pretensão inicial (caso se volte, por exemplo, apenas para forçar uma reconciliação do casal) deverá ser levada ao magistrado competente para a adoção das providências cabíveis.

Assim, diante do contexto dos autos, penso ser plenamente possível o reconhecimento do direito do recorrente de efetuar visitas à cadela de estimação, tal como determinado pelo acórdão recorrido.

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

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, cumprimento o Eminentíssimo Relator pelo seu minucioso voto que trouxe a doutrina e também elementos de outras legislações, pedindo, todavia, a máxima vênia à Sua Excelência para dele divergir.

Parto da premissa da diferença entre o âmbito do Direito, da Moral e da Psicologia. Penso que não é o afeto, por si só, que gera direitos subjetivos. No âmbito das relações familiares, o afeto é tratado dentro da disciplina de relação jurídica em que todos são sujeitos de direito, tanto os pais como os filhos.

No caso, o Tribunal de origem fez analogia, a meu ver, de todo inadequada, buscando a regulamentação de guardas e visitas de menores para disciplinar relação, que é de domínio. Os animais, nos termos do art. 82 do Código Civil, são bens, submetidos à regência das regras de direito de propriedade.

É certo que o eminentíssimo Relator trata a questão não como um direito dos animais, mas sob a ótica do direito do seu proprietário. Entende que haveria uma limitação do direito de propriedade do ex-cônjuge, que detém a posse e o domínio do animal.

Anoto que, no caso ora em exame, não se cogita mais de partilha de bens. Já houve, quando do rompimento da união, uma escritura declaratória de que nada havia a partilhar. Anos após foi ajuizada a presente ação, com o objetivo de “regulamentação de guarda e visitas” do animal.

Penso, *data maxima venia*, que as limitações ao direito real de propriedade são as previstas em lei. Não há nenhuma limitação de direito de propriedade baseada em afeto. Penso que essa questão demanda atuação concreta do legislador, tal como consta do voto do eminente Relator existir, por exemplo, no Código Português. E aqui houve um projeto de lei também mencionado pelo eminente Relator, mas que não está tramitando, está arquivado, o que demonstra, ao meu sentir, não lacuna, mas silêncio eloqüente do legislador.

Penso que estamos na seara de competência do legislador e não do julgador. Que não há fundamento, *data maxima venia*, seja sob prisma de limitação do direito de propriedade, seja sob o instituto da composesse, porque aqui sequer há composesse, pois é incontroverso que o animal pertence à ré e, após a separação, está sob a sua posse.

Penso que também não se trata da dignidade da pessoa humana e que, compreendidas nas agruras inevitáveis de uma separação, várias circunstâncias causam profundo sofrimento e a elas o Direito não pode dar solução. Esse sofrimento encontra melhor amparo na psicologia, não cabendo, ao meu sentir, regulamentação de visitas do animal. Mesmo que sob o título de “limitação do direito de propriedade”, segundo o entendimento do eminente Relator, na prática, houve regulamentação de visitas, nos mesmos moldes previstos para menores. Lê-se do acórdão recorrido que houve uma regulamentação de visitas:

Visitas em finais de semana e feriados prolongados, alternados, com retirada na sexta-feira, às 8 horas da noite, retornando no domingo às 8 horas. Nas festas de fim de ano como Natal e Ano-Novo, no primeiro ano passará o Natal na companhia do autor e no ano novo na companhia da ré, invertendo-se tal ordem no ano seguinte, assim por diante. O autor poderá participar das atividades inerentes à cadela, bem como levá-la ao veterinário quando necessário; e caso se demonstre, durante as visitas, que a real intenção da demanda é criar uma forma forçada de manter contato com a recorrida, no intuito de reatar o relacionamento, o fato deverá ser levado ao conhecimento do juízo para as providências que entender cabíveis

Ou seja, não só estaria havendo essa regulamentação como sendo antevista a possibilidade de outros incidentes para que fossem arbitrados conflitos, eventualmente, resultantes desse sistema de visitação do animal.

Portanto, *data maxima venia* do eminente Relator, eu penso que não há amparo no ordenamento jurídico atual para tal pretensão, podendo – eventualmente – passar a haver caso seja editada uma lei sobre o assunto.

Registro, por fim, que aqui não se alega que o animal precisa de proteção ou está sendo mal tratado.

Com efeito, embora a legislação trate os animais como bens semoventes, passíveis de propriedade e não como sujeitos de direito, há lei específica, Lei n. 9.605/98 e, também, previsão constitucional que veda a submissão de animais a tratamento cruel e degradante.

É indene de dúvidas que há diferença entre coisas inanimadas e semoventes. As coisas inanimadas, se houver violência contra elas, o tipo penal correspondente será crime de dano. Se houver tratamento degradante contra animal há tipo penal específico. Mas, no caso, não se alega que essa providência esteja sendo tomada para evitar que a ré dê tratamento degradante ao animal, isso não está em questão. O que se pretende é exercer, com base em decisão judicial, um direito de visitas que não é previsto no ordenamento jurídico atual no Brasil. Parece-me que, no caso, não se trata de lacuna legal, mas de consciente opção do legislador de não regulamentar a matéria, tanto que havendo projeto legislativo para tanto, ele não teve andamento.

Penso que escapa, portanto, à atribuição do Poder Judiciário criar direitos e impor obrigações não previstos em lei.

Com a devida vênia, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que deu pela improcedência do pedido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por L. M. B. com amparo no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, V. M. A. ajuizou demanda contra L.M. B. objetivando, em síntese, fosse a ré condenada a permitir a convivência do autor com a cadela “Kimi”, por meio do convívio e da responsabilidade simultânea das partes em relação ao animal de estimação.

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, sob a alegação de que “malgrado a inegável relação afetiva, o animal de estimação trata-se de semovente e não pode ser alçado a integrar relações familiares equivalentes

entre pais e filhos, sob pena de subversão dos princípios jurídicos inerentes à hipótese”, motivo pelo qual não há falar em direito de visitação.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal Paulista deu provimento ao reclamo, aplicando, analogicamente, o disposto no diploma civilista acerca da guarda compartilhada e visita de filhos. O acórdão ficou assim ementado:

Regulamentação de visitas de animal de estimação. Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira. Improcedência do pedido. Inconformismo. Acolhimento. Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores. Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Cadela adquirida na constância do relacionamento. Relação afetiva demonstrada. Visitas propostas que são razoáveis. Sentença reformada. Recurso provido.

Opostos aclaratórios pela ré, foram esses rejeitados pelo acórdão de fls. 196-200.

Nas razões do recurso especial (fls. 202-216), aduz a insurgente, além de dissenso jurisprudencial, violação aos dispositivos normativos que elenca, sobre os quais sustenta: a) ocorrência de nulidade no acórdão em razão de não ter enfrentado a tese afeta à coisa julgada incidente sobre a escritura pública de dissolução de união estável; b) houve transação pelas partes acerca dos bens, com a outorga recíproca e irrevogável de quitação; e, c) inviabilidade de utilização da analogia pelo Tribunal *a quo* para a definição de animal, visto que prevista expressamente no art. 82 do Código Civil.

O reclamo ascendeu a esta Corte Superior, tendo o e. relator Ministro Luis Felipe Salomão, em judicioso voto, proposto negar provimento ao recurso especial ante os seguintes fundamentos:

a) preliminarmente, incorrente a alegada nulidade do acórdão, pois “a questão de haver ou não coisa julgada em relação a partilha (que afirmou a inexistência de bens a partilhar) e, conseqüentemente, nulidade por ausência de manifestação, acabou dependendo da análise do mérito da questão, ou seja, em tendo o julgado afastado a qualificação dos animais de estimação como bens móveis possíveis de partilha, acabou, por consequência, arredando eventual coisa julgada definindo o tema, tendo em vista que no acordo transacionado, nada se definiu a respeito da custódia do animal de companhia”;

b) a natureza jurídica dos animais, segundo o nosso legislador, é de coisa, não sendo a eles atribuída a qualidade de pessoas, motivo pelo qual, por não serem dotados de personalidade jurídica, inviável considera-los sujeitos de direitos;

c) a despeito de inexistir regramento jurídico acerca da guarda de animais, há projeto de lei (hodiernamente arquivado) que aproxima a relação mantida entre os humanos e os animais de estimação com o instituto da guarda propriamente dita, nos moldes do direito alienígena, bem ainda doutrina e jurisprudência que, ante lacuna legislativa, aplicam o instituto de forma analógica;

d) em que pese seja inviável equiparar a posse de animais com a guarda de filhos, inegavelmente não se pode fechar os olhos para a realidade social, para o vínculo afetivo formado, motivo pelo qual “a premissa básica a se aditar é a atual tipificação e correspondente natureza jurídica dos animais de estimação, isto é, trata-se de semoventes, coisas, passíveis de serem objeto de posse e de propriedade, contratos de compra e venda, de doação, dentre outros”, sendo que “a definição da lide deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade”, isso porque “o nosso ordenamento é voltado para a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as formas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e internas do indivíduo no social”, motivo pelo qual, para entender de forma diversa do Tribunal de origem, seja quanto à propriedade, seja quanto ao afeto do ex-consorte em relação ao animal, seria necessário o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

Inaugurando divergência, a e. Ministra Isabel Gallotti dá provimento ao reclamo para restabelecer a sentença de improcedência do pedido, porquanto, no seu entender, o Tribunal *a quo* aplicou a analogia de forma inadequada, buscando a regulamentação de guarda e visitas de menores para disciplinar relação que é de domínio, visto que os animais, nos termos do art. 82 do Código Civil, são bens submetidos à regência das regras de direito de propriedade. Aduz que, na hipótese, inviável cogitar em partilha de bens, pois quando do rompimento da união foi redigida uma escritura declaratória de que nada havia a partilhar, sendo incontroverso dos autos que o animal pertence à ré, motivo pelo qual sequer viável falar em comosse.

Assevera, ainda, inaplicável a temática da dignidade da pessoa humana para a solução da controvérsia, pois acerca das agruras inevitáveis de uma separação, esse sofrimento encontra melhor amparo na psicologia, não cabendo na seara jurídica, face a ausência de amparo legal, a regulamentação de visitas do animal, mesmo que sob o título de limitação ao direito de propriedade, pois escapa “a atribuição do Poder Judiciário criar direitos e impor obrigações não previstos em lei”.

Ante os calorosos debates travados e a disparidade de entendimentos frente à controvérsia posta em julgamento, pedi vista dos autos para melhor análise.

É o relatório.

Voto

Com a devida vênua aos entendimentos manifestados até então pelos eminentes pares, é de se afastar a preliminar de nulidade do julgado e, no mérito, negar-se provimento ao recurso especial por fundamentação diversa daquela preconizada pelo relator.

1. Delimitação da Controvérsia

A controvérsia ora em debate diz respeito ao direito de um dos litigantes compartilhar a convivência com um animal de estimação, na hipótese, a cadela Kimi, com a qual se afeiçoaram os ex-companheiros ao longo do tempo em que mantiveram vida em comum, agora já rompida.

1.1 Da inaplicabilidade da súmula 7/STJ

À sua solução, diversamente do entendimento delineado pelo e. Relator, não se afigura impreterível promover o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, pois as premissas acerca da propriedade do animal e de quando ele foi adquirido (na constância da união estável), e ainda, a demonstração quanto ao afeto do ex-consorte em relação ao *pet*, bem como o convívio para com esse, inclusive após a separação do casal, todas essas matérias e provas alusivas a tais temáticas já estão amplamente delineadas de forma incontroversa na hipótese, motivo pelo qual, inaplicável à espécie o óbice da súmula 7/STJ, haja vista que o exame da questão é eminentemente jurídico.

2. Considerações iniciais

À guisa de considerações preliminares, rememora-se que, em regra, não é cabido ao Judiciário deflagrar as ações que aí estão aguardando julgamento, mas sim decidir/deliberar acerca dos questionamentos surgidos no âmbito da sociedade, ainda que de tal modo elementares, como o ora em tela, acerca do convívio entre os litigantes e um cachorro.

As disputas não voluntariamente solvidas no seio social são levadas ao Estado, que, por meio do Poder Judiciário, é instado a se manifestar, por força do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de grafia similar ao recente *caput* do art. 3º do NCPC, *in verbis*: “não se excluirá da apreciação jurisdicional, ameaça ou lesão a direito”, ambos positivando o princípio da inafastabilidade de jurisdição. É dizer, no Brasil, o monopólio da jurisdição pertence ao Estado.

Portanto, o caso *sub judice*, como milhões de tantos outros, requer, sim, preciosas horas dos operadores do direito para alcançar solução.

Assim, não há como negar jurisdição ao caso em tela, como muito apropriadamente destacou o e. relator, ainda que surjam indagações no que toca à razoabilidade da mobilização de todo aparato judicial, pesado e caro, a fim de se deliberar sobre assunto que, ao menos em tese, é simples.

Partindo-se dessa premissa, o conflito bem poderia ter sido pacificado via os denominados métodos mais adequados de solução de conflitos, como lecionam os professores Kazuo Watanabe e, saudosa, Ada Pellegrini Grinover.

É de se recordar que, ao tempo do ajuizamento da presente demanda, já existia a política pública do Poder Judiciário em prol de soluções consensuais, instaurada no seio do Movimento Nacional pela Conciliação, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, inclusive anteriormente à expedição da conhecida Resolução n. 125 do ano de 2010.

2.1 A tendência de Humanização dos animais

O filósofo grego Protágoras foi quem proferiu a frase “o homem é a medida de todas as coisas”, a qual está gravada em destaque no painel/mural existente no Salão Nobre do Superior Tribunal de Justiça.

E, ao contrário do que apressadamente pode ser deduzido ao cabo da leitura do focado enunciado, o ser humano não é o centro do universo, nem do restrito ambiente da sua convivência. A ideia de humanidade origina-se no

animus que habita cada pessoa, nas noções elaboradas pelo indivíduo, a contar da sua razão e de todo o universo do seu próprio conhecimento, com o qual o humano lida com tudo que existe, razão por que o homem percebe o mundo segundo as medidas, as noções aprendidas com o seu saber.

E nem haveria como ser diferente.

Tudo aquilo que é reconhecido e designado como humanização dos animais merece, sim, os maiores e melhores elogios, jamais reprovação. Retrata, pois, uma conduta admirável do ser humano, o qual, ao adotar essa postura, na verdade, deseja dar o melhor tratamento possível àquilo que ama, tanto que propicia aportes materiais, afetivos e de estima, iguais ou próximos daqueles que ensinaria a um querido semelhante humano.

Na medida em que o humano torna-se mais sensível, mais compreensivo e tem mais apurada a sua percepção em relação ao universo em que está contido, passa a cuidar melhor de todas as coisas (animadas ou inanimadas) que aí estão, no âmbito do complexo, fantástico e delicadíssimo lugar em que habita, o planeta terra e tudo que nele está.

Definido como uma categoria positiva, algo bom, o sentimento que humaniza as coisas, a bem da verdade, deseja dar o melhor tratamento possível àquilo que entende ser relevante.

Nesse contexto, seja por entender omissa o sistema legal vigente no país, seja por concluir que o legislador pátrio deliberadamente não desejou até então disciplinar, especificamente, a matéria pertinente à relação entre o ser humano e os seus animais de estimação, o fato é que alguns admitem ser possível, com fundamento na elogiável tendência denominada como humanização dos animais, a utilização das regras de direito que disciplinam as relações familiares, notadamente no âmbito da guarda dos filhos.

Portanto, destaca-se não se ignorar que a designação “humanização dos animais” refere-se a atribuir ao relacionamento para com esses as regras de direito destinadas ao ser humano. Entretanto, na presente exposição, o que se defende é que, para dirimir o conflito oriundo da relação entre os humanos e os animais, é desnecessária a aplicação de normativo que não aquele já existente nas relações entre os seres humanos e os bens que os cercam, visto que o direito tradicional pátrio, conquanto possa ser aperfeiçoado ou especializado, contém regramento suficiente para resolver a controvérsia deduzida em juízo.

Reitera-se, é louvável a intenção que anima aqueles que buscam tutelar situações como esta ora em debate mediante a aplicação das regras do direito de família, sob o argumento de inexistir normativo capaz de fazê-lo com a plenitude que almejam. Todavia, até mesmo rendendo homenagens a tal atitude, pois voltada para o bem, ao propósito de dar guarida jurisdicional a pretensões como essa contida nestes autos, não é necessário, como adiante será demonstrado, empreender ampliação de interpretação legal diante do sistema normativo vigente no Brasil.

2.2 O normativo

Desde os primórdios, seres humanos e animais possuem uma estreita ligação, porém, originariamente, este relacionamento estava amparado no instinto de sobrevivência do homem, ora evitando ser predado pela fera, ora dela se valendo como recurso primário de subsistência.

A evolução social, o aperfeiçoamento das relações entre as pessoas e os animais - destacadamente aqueles que passaram a ser utilizados nas fainas do campo, na produção de bens, na proteção da moradia e no convívio familiar - ensejaram significativas mudanças no que concerne às qualidades inerentes ao conceito do animal não humano.

A decisão a ser dada na presente hipótese traduz os desafios enfrentados pelos magistrados e Tribunais brasileiros que, ante uma *alegada* ausência de legislação específica à solução dos conflitos envolvendo animais domésticos, no mais das vezes oriundas das relações surgidas em âmbito familiar, ensejam discussões que transcendem as questões patrimoniais propriamente ditas, guarda de filhos, direito de visitas e pensões alimentícias, estando, não raras vezes, o embate do casal, restrito à custódia e destino do animal de estimação, gerando celeuma jurídica, como no caso ora em julgamento.

Inegavelmente, as crises, as dificuldades, enfim, os próprios conflitos são verdadeiras oportunidades para o aperfeiçoamento do *establishment*, e, portanto, senão necessários, ao menos resultam úteis ao progresso das relações individuais e coletivas em uma sociedade, conforme, aliás, aludido desde as décadas de 50 e 60 no âmbito da Teoria dos Jogos.

Tradicionalmente, no Brasil, esses conflitos são resolvidos, em geral, pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, ao qual, como já dito, foi conferido o monopólio jurisdicional. Em virtude disso, não pode o Judiciário, ainda que ante a hipótese de lacuna legislativa decorrente da ausência de regramento específico

para a realidade dos animais de estimação, deixar de cumprir seu ofício, ainda que mediato, de promover a pacificação social.

Com efeito, se para a solução da presente lide não há necessidade de recorrer sequer à analogia, pois existe, sim, normativo suficiente para dirimir o caso *sub judice*, também se acredita oportuno recordar que não é empreendido, aqui, nenhum exercício de ativismo ou protagonismo judicial, uma vez que, ao menos nesta hipótese, reitere-se, o caso sequer comporta atuação no âmbito daquelas searas.

A solução da controvérsia, inclusive, prescinde de interpretação elasticada do texto constitucional, a ensejar postura proativa do Judiciário em interferir nas opções institucionais dos demais poderes, não havendo falar em determinação para que seja redigida essa ou aquela norma, estabelecida essa ou aquela política pública.

Ademais, embora ausente, sim, uma norma específica para lidar com o fato ora submetido a julgamento, é suficiente utilizar as diretrizes atinentes ao Direito das Coisas, ao qual pertence a categoria de animais de estimação (bens semoventes infungíveis e indivisíveis), pois, ainda que haja forte tendência por parte da sociedade contemporânea ao tratamento diferenciado e carinhoso para com esses, tal atitude não obriga, tampouco exige equipará-los ao ser humano.

Ou seja, não há sequer necessidade da “humanização dos animais”, desde que a mesma sociedade se proponha, verdadeira e honestamente, a dar-lhes cuidado, proteção, zelo e atenção adequado, sejam eles domésticos ou selvagens.

3. O Direito das Coisas e a solução jurídica do caso

Voltando-se à hipótese concreta dos autos, é incontroversa entre as partes e reconhecida pelo Tribunal *a quo* a circunstância de que, por ocasião da dissolução da união estável, a mulher permaneceu com o animal, nada tendo sido decidido sobre a propriedade dele, conforme a escritura pública de fls. 30-31, no bojo da qual constou inexistirem bens móveis ou imóveis a partilhar, pretendendo agora o homem, por razões que alega ditadas pelo afeto, obter provimento judicial que garanta a sua possibilidade de compartilhar convivência com o *pet*.

A lide se instaurou, pois, em razão da benquerença que os litigantes têm para com o animal que em comum possuíam no recesso do lar.

Diante da resistência da mulher à pretensão do homem, o autor da ação almeja em sua petição inicial seja dado ao *pet* tratamento similar ao dispensado

ao ser humano, tanto que na fundamentação do pedido inicial aduz como premissa o seguinte:

considerando o espaço que os animais de estimação têm ocupado no ambiente familiar, na medida em que são efetivamente abrangidos no conceito de família das pessoas e que possuem sensibilidade e afeto significativos e cientificamente provados, é possível conferir-lhes status de pessoa, ou seja, membro da família, para fins pessoas, de guarda e visitas.

O juiz de primeiro grau indeferiu de plano a pretensão sendo que o Tribunal *a quo*, ao invocar a aplicação analógica, ao caso, dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, aduziu existir na disputa por animal de estimação uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de criança ou adolescente.

Como se vê, o entendimento preconizado pela Corte de origem trouxe para o âmbito do Direito de Família o enfrentamento de um tema que dogmaticamente diz respeito à seara do Direito das Coisas, daí a necessidade de perquirir sobre a classificação ou o enquadramento dado pelo sistema à natureza jurídica dos animais de estimação.

Comumente, frente ao próprio termo “estimação”, a relação que se forma entre pessoa e o animal (de estimação) é baseada na afetividade, no apreço, no amor, na ternura, na afeição, no carinho, na benquerença.

Juridicamente, contudo, conforme o conjunto normativo vigente no país, o laço de afeto para com um animal de estimação não tem o condão de transformar a afetividade para com o *pet* em uma relação pessoal/familiar, tampouco de equipará-lo a membro da família a fim de aproximá-lo da categoria sujeito de direito/pessoa.

No sistema jurídico vigente no Brasil, o animal de estimação, por mais afeto que possa merecer e receber, não equivale ao ser humano, sujeito de direitos, com personalidade, estando enquadrado na categoria de *bem*.

Enquanto os animais silvestres são definidos como bens de uso comum do povo e bens públicos (art. 225 da Constituição Federal e arts. 98 e 99 do Código Civil), os domésticos são considerados bens móveis/coisas, conforme está no do art. 82 do Código Civil: “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

É precisamente nesse contexto que o ordenamento jurídico pátrio insere os animais de estimação, não havendo em relação a esses omissão legislativa no que

concerne à sua natureza jurídica, tampouco necessidade de se valer de normativo diverso, seja por analogia ou qualquer outro recurso integrativo.

Em que pese os estudiosos do direito civil levantem distinções entre *coisas* e *bens*, a grande maioria alarga a classificação do Código Civil para considerar os animais como bens *semoventes*, porém não ousam afastá-los/retirá-los da classificação de *bens*, motivo pelo qual recebem, na prática, o mesmo tratamento jurídico dos bens móveis propriamente ditos, ainda que o *pet* se enquadre também na classificação de *bem semovente infungível e indivisível*, que pela sua qualidade individual, têm um valor especial, não podendo ser substituído por outro sem que isso acarrete uma alteração substancial no seu conteúdo.

Não se pode ignorar haver uma evidente distinção entre os animais de estimação e os demais bens, pois a relação de afeto faz dos animais com os quais o ser humano mantém relacionamento próximo - como, por exemplo, no recesso do recinto da residência - *bens especiais que desafiam um tratamento jurídico diferenciado*. Entretanto, não se pode negar que tais bens se submetam às regras do direito de propriedade, sempre interpretadas à luz do sujeito do direito, o homem, sendo o animal o objeto da relação.

E isso é assim - não porque o carinho para com um deles, o ser humano ou o animal de estimação, seja ou deva ser considerado um superior ao outro, mais qualificado, ou inferior, menos sofisticado - mas, sim, em razão da configuração essencial da categoria a que cada qual pertence, da inegável diferença que há na própria e singela classificação dos entes, da concreta distinção entre as espécies, afinal, o ser humano nessa relação é o único, juridicamente, sujeito de direito, sendo que o animal, embora *bem semovente infungível* não assume o papel de sujeito da relação jurídica, mas de objeto.

Tal não significa, todavia, que a sociedade ou o legislador neguem importância ou deixem de dar o devido valor aos animais, inclusive aos de estimação.

Longe disso.

Nessa senda, é necessário estar sensível à evidência de que, diante da intensidade que determinados interesses foram adquirindo nas últimas décadas, no seio das sociedades em geral, também no Brasil o tratamento legal acerca dos animais de estimação tende a receber enfoque mais específico do legislador, tanto é que se constata o trâmite, perante o Legislativo Nacional, de projetos de lei versando sobre as relações com os animais domésticos.

Essa atenção mais específica e pontual, por parte da sociedade brasileira, já aconteceu em relação a diversos outros temas, tendo sido editados normativos inerentes à proteção ao meio ambiente, à infância e juventude, ao consumidor, ao idoso, à tutela da mulher, das cidades, do patrimônio histórico, à regulação dos períodos de pesca (defeso), entre outros.

Ocorre que, mesmo anteriormente à edição de regramentos específicos, inerentes às peculiaridades e singularidades de muitos dos temas antes referidos, os conflitos então submetidos ao Judiciário não ficaram sem solução, pois, via de regra, outros normativos, ainda que gerais, conferiam amparo à adequada deliberação judicial.

Dessa forma, independentemente de considerações, sempre oportunas e bem-vindas acerca do direito comparado, trazidas pelo e. relator, e, ainda que ausente uma legislação especial para lidar com os fatos ora submetidos ao juízo, inviável dizer exista lacuna no sistema jurídico interno, de tal modo a exigir, para equiparação a modelos alienígenas, o emprego da analogia de sorte a solucionar a presente lide, pois existem regras gerais no direito interno que disciplinam a temática.

Nesse ponto, portanto, diverge-se do e. relator no que afirma não se mostrar “*suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente a posse e propriedade*”.

De outro lado, também não se comunga do respeitável entendimento lançado pelo alicerçado voto divergente da Ministra Isabel Gallotti, porquanto, como já afirmado, a pretensão deduzida em juízo encontra respaldo no âmbito do Direito das Coisas.

Aqui, repisa-se uma vez mais, embora se trate de conflito no qual ambos os contendores, ex-companheiros, desejam manter o vínculo com o animal de estimação, cuidando-o, alimentando-o, perfectibilizando o afeto que por ele nutrem, não há como integrar essa lide ao Direito de Família, isto é, dispender em relação ao *pet* idêntico tratamento dado à “guarda compartilhada de filhos”.

Também não basta para a solução do conflito seja simplesmente determinada a venda do bem e a consequente partilha do *quantum* apurado, de modo a solucionar a problemática, tal como ocorre em diversas lides submetidas ao Judiciário, quando em jogo pendências sobre bens móveis em geral, mesmo porque, no presente caso, sequer é esse o pedido da inicial.

Assim, a tutela jurisdicional deve considerar o afeto que as partes nutrem pelo *pet*, e bem assim, os necessários cuidados que esse requer, de modo a concretizar o intento dos litigantes, que se lançam em juízo em busca daquilo que compreendem seja o ideal para o cachorro de estimação. Daí por que tanto o seu bem-estar, bem como o dos litigantes devem ser sopesados.

Nessa esteira, para a efetiva distinção, atribuindo-se tratamento jurídico diverso daquele que se dá aos objetos inanimados, não é necessário retirar os animais das categorias dos bens e situá-los em outra, intermediária, ou mesmo na categoria jurídica das pessoas, como pretendem alguns. (LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo. “Decisão comentada – Reflexões sobre a posição jurídica dos animais de estimação perante o direito das famílias: TJRJ”, em Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, Vol. 9 (maio/jun.), pp. 159-177, 2015.)

Portanto, levando em consideração as ponderações acima declinadas, afirma-se que é exatamente na disciplina que rege a relação entre o sujeito humano e os bens que o cercam, as coisas com as quais lida, que está situado o tratamento jurídico a ser dispensado ao tema.

Dito isso, repita-se, *é incontroverso dos autos o afeto do ex-consorte para com a cadela Kimi*, e ainda que tenha constado na escritura pública de dissolução de união estável inexistirem bens a partilhar, *foi ela adquirida na constância da sociedade conjugal*. Confira-se, por oportuno, o trecho do acórdão recorrido no ponto:

Pois bem, diante de tais fundamentos, passa-se a examinar a pretensão do apelante. No caso dos autos, na ausência de impugnação específica na contestação (v. fls. 88/95), restou incontroversa a afirmação de que a cadela foi adquirida na constância da união estável (v. fls. 2, segundo parágrafo).

Além disso, ficou bem demonstrada a relação de afeto entre o apelante e o animal de estimação (v. fls. 16/29).

Consoante estabelecido no art. 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Na hipótese, conforme consta na escritura de união estável (fls. 14-15), elegeram as partes para reger as relações patrimoniais da união estável as normas similares ao *regime da comunhão universal de bens*, motivo pelo qual desnecessário perquirir acerca de quem efetivamente adquiriu o animal ou quem consta como proprietário no certificado do *pedigree*, haja vista que a cadela Kimi, bem semovente infungível e

indivisível, é de propriedade de ambos os demandantes, por força do regime de bens estabelecido entre as partes.

Também *restou incontroverso nos autos* - consoante se depreende da própria contestação ofertada pela ré (trecho a fl. 93), mesmo após a dissolução da união estável ocorrida em 27/07/2011 -, *que foi preservado o contato do autor com o animal de estimação*, mantido por meio de visitas até o momento no qual a ex-consorte impediu a preservação da convivência, vindo daí o ingresso da ação.

Confira-se o seguinte trecho da contestação:

(...) os e-mails enviados demonstram sem sombra de dúvida que a cadela Kimi era o único elo entre o *autor* e a *ré*, cujo contato ocorrida através das visitas concedidas por mera liberalidade pela *requerida* e isto ocorreu até os idos de 2012. (...)

Assim, ainda que desfeita a sociedade conjugal, o autor continuou a realizar visitas periódicas ao animal de estimação, embora esse permanecesse, por maior tempo, com a ex-companheira, tendo havido, portanto, inegável conduta por parte da ré a denotar que o animal permanecera em mancomunhão, como bem indiviso que é, *mantendo-se a copropriedade* e na prática uma posse conjunta, exercendo ambos os ex-consortes o uso, o gozo e fruição sobre o bem, com vistas à manutenção não só vínculo afetivo para com o animal, mas também, o dever de cuidar, guardar e conservar, deveres esses que são inerentes à propriedade, ainda que de bens semoventes.

A copropriedade ocorre quando o mesmo bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes, sendo obrigado a concorrer com as despesas para a sua conservação e preservação, inclusive suportando os ônus a que estiver sujeito.

Em se tratando de coisas indivisas, pertinente a lição doutrinária de Maria Helena Diniz:

Concede-se a cada consorte uma cota ideal *qualitativamente igual da coisa e não uma parcela material desta*; por conseguinte, *todos os condôminos têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade da coisa*, sofrendo limitação na proporção quantitativa em que concorrem com os outros comunheiros na titularidade sobre o conjunto. Deveras, as cotas-partes são qualitativa e não quantitativamente iguais, pois, sob esse prisma, a titularidade dos consortes é suscetível de variação. *Só dessa forma é que se poderia justificar a coexistência de vários direitos sobre um mesmo bem.* (Dicionário Jurídico, 2ª edição, 2005, Editora Saraiva) – grifos nossos.

Como visto, nos termos dos artigos 1.314 e 1.315 do Código Civil, a copropriedade exercida sobre o bem semovente não necessita ser quantitativamente proporcional, ou seja, mediante o estabelecimento de quantidade de dias precisos sobre os quais terá cada qual dos sujeitos o direito de exercer a posse/guarda, mas sim que sejam os direitos qualitativamente proporcionais sobre a totalidade do bem, viabilizando que a posse/guarda e estabelecimento do vínculo afetivo sejam exercidos por ambos os ex-consortes.

Nessa medida, sendo desnecessária a aplicação por analogia do instituto da guarda compartilhada no caso concreto, em virtude de existir no ordenamento jurídico pátrio ditame legal atinente ao Direito das Coisas - aplicação do instituto da copropriedade - para a solução da contenda, deve ser mantido o entendimento do Tribunal *a quo* que estabeleceu as diretrizes para esse exercício, bem delineando a distribuição - *qualitativa* - dos comunheiros sobre o animal, conforme deliberado às fls. 164-165 do acórdão recorrido.

Deve ser afastado, contudo, o tratamento dado por aquela Corte, alusivo ao instituto da guarda e do direito de visita no âmbito familiar, aplicando-se ao caso concreto o ditame da copropriedade e terminologia pertinente (uso, gozo, fruição e reivindicação).

Portanto, em que pese lastrado em fundamentação diversa daquela adotada pelo Tribunal de origem, o comando da deliberação por ele adotada fica preservado, com as ressalvas acima declinadas.

4. Dispositivo

Por essa razão, com a devida vênia da divergência e por fundamentação diversa da estabelecida pelo e. relator, nego provimento ao recurso especial, mantendo a solução conferida pela Corte local acerca da divisão qualitativa da copropriedade sobre o bem semovente.

Em virtude do ditame contido no art. 85, § 11, do NCPC, majoro a verba honorária sucumbencial fixada pelo Tribunal de origem (R\$ 2.500,00), em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Senhor Presidente, ouvi com atenção desde a sessão em que o recurso

foi colocado em julgamento as posições dos eminentes Ministros Relator, Luis Felipe Salomão, e dos não menos eminentes Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, que têm posições diferentes em relação à questão, dando soluções com fundamentação diferente.

O Ministro Salomão aplica analogia para preservar a solução dada pelo Tribunal local, a de destinar ao animal uma espécie de guarda compartilhada. O Ministro Marco Buzzi já adota fundamentação diferente, que por sinal não é aquela constante do debate da causa, mas é uma solução que é buscada a partir da compreensão dessa disputa do animal pela existência de copropriedade. A Ministra Maria Isabel Gallotti vai na esteira da sentença de primeiro grau para julgar improcedente a demanda, entendendo que é incabível a aplicação do direito invocado pela parte, que busca a visita, a guarda compartilhada desse animal.

Em primeiro lugar me parece que realmente não há possibilidade, embora o Ministro Salomão tenha ido buscar em algumas legislações estrangeiras, que chegam a dispor sobre relação do homem com o animal, mas no nosso ordenamento não há essa disposição, não há qualquer regramento que assim autorize, que se determine direito de visita e guarda de um animal no momento da dissolução ou para eleger o comportamento das pessoas que se unem no caso de união estável. Parece-me que realmente não há. E não seria possível a analogia. Inclusive, valho-me de uma constatação do fenômeno da alienação no homem, na sociedade em função do fetiche da coisa.

Mas o que me parece é que essa solução do direito de visita, da guarda compartilhada, além de não encontrar respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, parece-me, é resultado de uma visão, repito, *data maxima venia*, sem querer refutar qualquer argumento no plano filosófico que Vossa Excelência tenha, qualquer base filosófica ou ideológica que Vossa Excelência pretenda dar, parece-me que há um sentido alienante, algo que decorre não de uma evolução, mas de uma involução, como eu disse, no fetiche em relação à coisa, seja coisa inanimada, sejam os animais, que se percebe em nossa sociedade. Os exageros que se constatarem em relação ao trato com animais e inclusive com coisa inanimadas também na nossa sociedade. Isso ocorre. E mais: ainda um outro aspecto que eu gostaria de destacar é que vemos que, na nossa sociedade, sociedade globalizada que tem abrangência mundial, há uma interpenetração muito forte entre o público e o privado que termina descaracterizando um e outro, uma invasão do privado pelo público, e do público pelo privado. Hannah

Arendt analisa essa situação com muita propriedade, partindo da concepção de público e privado no direito romano e mostrando como hoje realmente há essa invasão desses campos.

Neste caso concreto, parece-me que a relação, o afeto de uma pessoa com um animal tem que estar e deve estar no âmbito estritamente privado, é algo que tem que se resumir à família, às pessoas, como elas se comportam.

Agora, passando à fundamentação dada pelo Ministro Marco Buzzi de copropriedade, o que me parece é que, no momento em que se desfez a união estável e que se disse que não havia bens a compartilhar, o animal que estava com a mulher é de propriedade única da mulher.

Ele poderia visitá-la. Se a casa que ficou com a mulher é a casa da mulher, o fato de o ex-marido visitar a casa não importa em copropriedade. Do mesmo modo, com tudo que estiver na casa, todos os móveis e também os seres moventes. O animal, Kimi, é da mulher. Se há essa afetividade do homem em relação a esse animal, ele tem que se conformar em visitá-lo e estar com o animal na casa da mulher e não se valer do ordenamento quanto às relações de pais e filhos e relação à guarda e visitas.

Gostaria só de dizer isso, pedindo a máxima vênua aos eminentes Ministros que discordaram da Ministra Gallotti, mas me parece que a solução acertada é essa, que foi dada inicialmente pelo Juiz de primeiro grau e aqui no Tribunal pela Ministra Gallotti.

RECURSO ESPECIAL N. 1.733.685-SP (2018/0076990-4)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda

Advogados: Humberto Gordilho dos Santos Neto e outro(s) - SP156392

Juan Rodrigo Longo Ferreira Gómez - RJ152939

Recorrido: Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada

Advogados: Gabriel Battagin Martins e outro(s) - SP174874

Marcos Pelozato Henrique - SP273163

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Pedido de falência. Inadimplemento de títulos de crédito. Contrato com cláusula compromissória. Instauração prévia do juízo arbitral. Desnecessidade. Depósito elisivo. Extinção do feito. Descabimento.

1. Não se verifica a alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, a questão que lhe foi submetida, não sendo possível confundir julgamento desfavorável com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

2. A pactuação de convenção de arbitragem possui força vinculante, mas não afasta, em definitivo, a jurisdição estatal, pois é perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes.

3. A existência de cláusula compromissória não afeta a executividade do título de crédito inadimplido e não impede a deflagração do procedimento falimentar, fundamentado no art. 94, I, da Lei 11.101/2005. Logo, é de se reconhecer o direito do credor que só pode ser exercitado mediante provocação estatal, já que o árbitro não possui poderes de natureza executiva.

4. O depósito elisivo da falência, nos moldes do art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, não é fato que autoriza o fim do processo de falência, uma vez que, a partir de então, o processo se converte em ação de cobrança e segue pela via executiva comum, o que seria inviável no juízo arbitral.

5. O processo deve, portanto, prosseguir perante a jurisdição estatal, porque, aparelhado o pedido de falência em impontualidade injustificada de títulos que superam o piso previsto na lei (art. 94, I, da Lei 11.101/2005), por absoluta presunção legal, fica afastada a alegação de atalhamento do processo de execução/cobrança pela via falimentar.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Juan Rodrigo Longo Ferreira Gómez, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 12.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda*, fundamentado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fl. 250):

Pedido de falência. Ré que realizou depósito elisivo e alegou que o contrato celebrado contém cláusula compromissória. Sentença que extinguiu a ação sem resolução de mérito, reconhecendo a competência de juízo arbitral para a solução da controvérsia. Apelação da autora. Pedido falimentar fundamentado em duplicatas protestadas. Objeto da demanda que afasta a competência do juízo arbitral. Necessidade de ato judicial decretando ou afastando a quebra, nos termos da Lei 11.101/2005. Precedentes do TJSP e do STJ. Anulação da sentença recorrida. Apelação provida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta violação aos arts. 1.022, I e II, do CPC, 1º da Lei 9.307/96 e 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005. Além de negativa de prestação jurisdicional, sustenta que, ao efetuar o depósito elisivo, a recorrente afastou a possibilidade de ter decretada sua falência e, por consectário lógico, restringiu a controvérsia a questões de direitos patrimoniais disponíveis, atraindo a jurisdição arbitral como única e correta ao caso, nos exatos termos convencionados pelas partes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Preliminarmente, não prospera a alegada ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que o v. acórdão recorrido, embora não tenha examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte, adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

É indevido conjecturar-se a existência de omissão, obscuridade ou contradição no julgado apenas porque decidido em desconformidade com os interesses da parte. No mesmo sentido, podem ser mencionados os seguintes julgados: AgRg no REsp 1.170.313/RS, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJe de 12/4/2010; REsp 494.372/MG, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 29/3/2010; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 996.222/RS, Rel. Min. *Celso Limongi* (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe de 3/11/2009.

Na hipótese, *Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada* apresentou pedido de falência em relação à *Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda*, aduzindo ser credora da importância de R\$ 617.075,56 (seiscentos e dezessete mil, setenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos), representada por várias duplicatas protestadas, sem que a requerida tivesse efetuado sua quitação.

Citada, a ré alegou que houve eleição de foro arbitral e, no mérito, sustentou ter quitado R\$ 425.800,45 (quatrocentos e vinte e cinco mil, oitocentos reais e quarenta e cinco centavos) por compensação. A requerida efetuou depósito elisivo nos autos.

A Juíza de Direito, entendendo ausente o interesse de agir na propositura da demanda, sem o prévio exaurimento da matéria no juízo arbitral, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

Seguiu-se apelação, a que o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento, determinando o retorno dos autos ao Juízo *a quo*, a fim de que fosse analisado o pedido de decretação da falência, nos termos da seguinte fundamentação:

Em que pese ter a ré suscitado a competência do juízo arbitral em sua contestação (fls. 72/81) e a existência de cláusula compromissória no contrato (fls. 88/100) celebrado, o pedido de falência por impontualidade encontra-se fundamentado em duplicatas protestadas e acompanhadas de documentos que comprovariam a prestação efetiva dos serviços (fls. 15/38 e 48/55).

Considerando-se que o objeto da demanda é a decretação ou não da falência da devedora e, ainda, a definição de a quem compete o levantamento de depósito elisivo já efetuado, não se discutem na presente lide direitos patrimoniais disponíveis, afastando a aplicação da cláusula compromissória nos termos do art. 1º da Lei 9.307/96.

Em pedido falimentar que também se baseava em duplicatas protestadas e emitidas em razão de contrato em que havia cláusula compromissória, a antiga Câmara Reservada à Falência e Recuperação deste Tribunal reafirmou a competência do Poder Judiciário para análise da questão. (e-STJ, fl. 253, grifou-se)

A controvérsia consiste, então, em saber se o pedido de falência, fundamentado no inadimplemento de títulos de crédito, prescinde de anterior instauração do juízo arbitral na hipótese de o contrato que os originou conter cláusula compromissória.

A essência da arbitragem, como se sabe, consiste na renúncia à jurisdição estatal, motivada pela autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, elegem um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A convenção de arbitragem, tanto na modalidade do compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, é suficiente e vinculante, afastando a jurisdição estatal.

Nesse sentido: “A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro. Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*). (...) Pela cláusula compromissória entabulada, as partes expressamente elegeram Juízo Arbitral para dirimir qualquer pendência decorrente do instrumento contratual, motivo pela qual inviável que o presente processo prossiga sob a jurisdição estatal” (REsp 1.694.826/GO, Rel. Ministra *Nancy Andriighi*, *Terceira Turma*, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017)

É certo que a pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao juízo arbitral, com preponderância sobre o juízo estatal.

Todavia, no caso concreto, a despeito da previsão contratual de cláusula compromissória, existem títulos executivos inadimplidos, consistentes em duplicatas protestadas e acompanhadas de documentos para comprovar a prestação efetiva dos serviços, o que dá ensejo à execução forçada ou ao pedido de falência, com fundamento no art. 94, I, da Lei 11.101/2005, que ostenta natureza de execução coletiva.

É perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes. Com a celebração da convenção de arbitragem, os contratantes optam por submeter suas controvérsias a um juízo arbitral, mas essa opção não é absoluta e não tem o alcance de impedir ou de afastar, em definitivo, a participação da jurisdição estatal, sobretudo quando a pretensão de uma das partes está aparelhada em título de natureza executiva.

Na hipótese de pretensão amparada em título de natureza executiva, o direito que assiste ao credor somente pode ser exercido mediante provocação do Judiciário, tendo em vista que o árbitro não possui poderes de natureza executiva, logo todos os atos de natureza expropriatória dependeriam do juízo estatal para serem efetivados.

A respeito do tema, colhem-se da doutrina os ensinamentos de LEONARDO DE FARIA BERALDO:

É possível a execução de título executivo extrajudicial via arbitragem?

A resposta para a pergunta acima só pode ser negativa, e a justificativa para tanto seria a incompatibilidade e falta de harmonia e de sentido para se tomar tal medida.

Vejam bem. O objetivo do processo de conhecimento é desvendar qual das partes tem o direito, para que seja satisfeito espontaneamente ou por meio do processo de execução (cumprimento de sentença) e, caso a sua efetividade possa ser comprometida, usa-se do processo cautelar. A execução de título executivo extrajudicial é apenas um meio de se encurtar o caminho acima. Isso porque quem tem um título executivo goza de presunção de ser o detentor do direito, logo, não precisa de passar, aprioristicamente, pelo processo de cognição.

A arbitragem foi criada, a nosso ver, para julgar os conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida que, caso fossem julgados pelo Poder

Judiciário, seriam certamente taxados de processo de conhecimento. As medidas cautelares, por sua vez, caso sejam necessárias, devem ser requeridas ao juízo arbitral (caso já esteja constituído e, apenas em caso de necessidade de se efetivar a medida de urgência deferida, é que se precisaria do auxílio da jurisdição estatal.

Com relação ao processo de execução lastreado em título executivo extrajudicial, tem-se que somente poderia tramitar perante o Judiciário. Essa é a lição que se tira dos arts. 29 e 31 da LA. Ora, o árbitro não possui poderes de natureza executiva, logo, todos os seus atos de natureza expropriatória dependeriam do juiz togado para serem efetivados.

Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, 'a convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada'.

Assim, não há incongruência alguma entre a existência de um título executivo e a possibilidade de arbitragem, mas a correlação entre os temas devem ser bem compreendida: se houver alguma dúvida sobre o título (ou sobre as obrigações ali consignadas), tal crise de certeza deve ser dirimida pela via arbitral; mas se houver inadimplemento, o credor socorrer-se-á desde logo da via judicial, propondo demanda de execução, sem que haja espaço para a arbitragem. (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 141-143)

Desse modo, deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma dívida que, no seu entender, já consta do título executivo extrajudicial, bastando realmente iniciar a execução forçada.

Nesse sentido:

Processo Civil. Possibilidade de execução de título que contém cláusula compromissória. Exceção de pré-executividade afastada. Condenação em honorários devida.

- Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do

devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens.

- São devidos honorários tanto na procedência quanto na improcedência da exceção de pré-executividade, desde que nesta última hipótese tenha se formado contraditório sobre a questão levantada.

Recurso Especial improvido.

(REsp 944.917/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/09/2008, DJe de 03/10/2008, grifou-se)

Com efeito, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, de modo que não pode impor restrições ao patrimônio do devedor, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. Essa é a conclusão que se extrai da interpretação conjunta dos arts. 22, § 4º, e 31 da Lei 9.307/96 e 475-N, IV, do CPC/73 (atual art. 515, VII, do CPC/2015), que exigem procedimento judicial para a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral, bem como para a efetivação de outras medidas semelhantes.

No caso em debate, verifica-se que as partes celebraram um contrato de prestação de serviços que deu ensejo à emissão de diversas duplicatas, as quais, segundo alega a recorrida, não foram adimplidas.

Como já foi dito, o inadimplemento pode ensejar tanto um processo de execução por quantia certa quanto fundamentar um pedido de falência, de modo que a executividade de um título de crédito não é afetada pela convenção de arbitragem.

Por se tratar, na hipótese, de pedido de falência, basta a demonstração, pelo autor, de provável insolvência da ré para a configuração do seu interesse processual. Nessa linha, concluiu com acerto o Tribunal *a quo*, ao entender que a convenção de arbitragem não constitui causa impeditiva da deflagração do procedimento falimentar perante o Poder Judiciário.

Em situação semelhante, esta Corte se manifestou no sentido de que a existência de cláusula compromissória não afeta a executividade do título de crédito inadimplido e não impede a deflagração do procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei 11.101/2005; logo, é de se reconhecer o direito do credor que só pode ser exercitado mediante provocação estatal. Confira-se:

Direito Processual Civil e Falimentar. Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Pedido de falência.

Inadimplemento de títulos de crédito. Contrato com cláusula compromissória. Instauração prévia do juízo arbitral. Desnecessidade.

1- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2- A convenção de arbitragem prevista em contrato não impede a deflagração do procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei n. 11.101/05.

3- A existência de cláusula compromissória, de um lado, não afeta a executividade do título de crédito inadimplido. De outro lado, a falência, instituto que ostenta natureza de execução coletiva, não pode ser decretada por sentença arbitral. Logo, o direito do credor somente pode ser exercitado mediante provocação da jurisdição estatal.

4- Admite-se a convivência harmônica das duas jurisdições - arbitral e estatal -, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta. Precedente.

5- Recurso especial não provido.

(REsp 1.277.725/AM, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/03/2013, DJe de 18/03/2013)

Cabe destacar que o fato de a recorrente, no curso da presente ação, ter efetuado depósito elisivo, nos moldes do art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, o que inviabiliza a decretação da falência, é irrelevante para remover a competência do Poder Judiciário, uma vez que, a partir do depósito elisivo, o processo se transforma em ação de cobrança e segue pela via executiva comum, o que de todo modo seria inviável no juízo arbitral. Isso, porque, como já se disse, a execução forçada do patrimônio do devedor não poderia ser satisfeita por meio do procedimento arbitral.

O processo, portanto, deve prosseguir perante a jurisdição estatal, porque, aparelhado o pedido de falência em impontualidade injustificada de títulos que superam o piso previsto na lei (art. 94, I, da Lei 11.101/2005), por absoluta presunção legal, fica afastada a alegação de atalhamento do processo de execução/cobrança pela via falimentar. Nesse sentido:

Direito Empresarial. Falência. Impontualidade injustificada. Art. 94, inciso I, da Lei n. 11.101/2005. Insolvência econômica. Demonstração. Desnecessidade. Parâmetro: insolvência jurídica. Depósito elisivo. Extinção do feito. Descabimento. Atalhamento das vias ordinárias pelo processo de falência. Não ocorrência.

1. Os dois sistemas de execução por concurso universal existentes no direito

pátrio - insolvência civil e falência -, entre outras diferenças, distanciam-se um do outro no tocante à concepção do que seja estado de insolvência, necessário em ambos. O sistema falimentar, ao contrário da insolvência civil (art. 748 do CPC), não tem alicerce na insolvência econômica.

2. O pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III).

3. Com efeito, para o propósito buscado no presente recurso - que é a extinção do feito sem resolução de mérito -, é de todo irrelevante a argumentação da recorrente, no sentido de ser uma das maiores empresas do ramo e de ter notória solidez financeira. Há uma presunção legal de insolvência que beneficia o credor, cabendo ao devedor elidir tal presunção no curso da ação, e não ao devedor fazer prova do estado de insolvência, que é caracterizado *ex lege*.

4. *O depósito elisivo da falência (art. 98, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005), por óbvio, não é fato que autoriza o fim do processo. Elide-se o estado de insolvência presumida, de modo que a decretação da falência fica afastada, mas o processo converte-se em verdadeiro rito de cobrança, pois remanescem as questões alusivas à existência e exigibilidade da dívida cobrada.*

5. *No sistema inaugurado pela Lei n. 11.101/2005, os pedidos de falência por impontualidade de dívidas aquém do piso de 40 (quarenta) salários mínimos são legalmente considerados abusivos, e a própria lei encarrega-se de embaraçar o atalhamento processual, pois elevou tal requisito à condição de procedibilidade da falência (art. 94, inciso I). Porém, superando-se esse valor, a ponderação legal já foi realizada segundo a ótica e prudência do legislador.*

6. *Assim, tendo o pedido de falência sido aparelhado em impontualidade injustificada de títulos que superam o piso previsto na lei (art. 94, I, Lei n. 11.101/2005), por absoluta presunção legal, fica afastada a alegação de atalhamento do processo de execução/cobrança pela via falimentar. Não cabe ao Judiciário, nesses casos, obstar pedidos de falência que observaram os critérios estabelecidos pela lei, a partir dos quais o legislador separou as situações já de longa data conhecidas, de uso controlado e abusivo da via falimentar.*

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1.433.652/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/09/2014, DJe de 29/10/2014, grifou-se)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.774.987-SP (2018/0228605-4)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Carla Alessandra Fernandes

Advogado: Josias Wellington Silveira - SP293832

Recorrido: Banco Bradesco S/A

Advogados: Gisaldo do Nascimento Pereira - DF008971

Marina Emilia Baruffi Valente - SP109631

Izabel Cristina Ramos de Oliveira - SP107931

Advogados: Paula de Paiva Santos - DF027275

Tatiana Miguel Ribeiro - SP209396

Ian dos Santos Oliveira Milhomem - DF045993

Aline Elias Lasneaux Diniz Reis - DF041568

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Exibição de documento. Ação autônoma. Procedimento comum. Ação de produção antecipada de prova. Interesse e adequação.

1. Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC. Entendimento apoiado nos enunciados n. 119 e 129 da II Jornada de Direito Processual Civil.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr. Ian dos Santos Oliveira Milhomen, pela parte recorrida: Banco Bradesco S/A

Brasília (DF), 08 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 13.11.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: *Carla Alessandra Fernandes* propôs “Ação Autônoma Exibitória” em face do *Banco Bradesco S.A.*, aduzindo que teve seu nome lançado em rol de inadimplentes por conta de suposta dívida contraída com a instituição financeira. Não obteve, todavia, acesso ao contrato que gerou o débito questionado, apesar de ter efetuado solicitação realizada por via extrajudicial. Pede, assim, a exibição desse documento. Afirma que a solicitação encontra guarida nas regras dos arts. 399 e 497 do Código de Processo Civil de 2015.

A sentença (fls. 40/46 e-STJ) extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por carência de ação, pela falta de interesse-adequação. O juízo singular entendeu que, com a entrada em vigor do novo CPC, a exibição de documentos ou coisas passou a ser prevista expressamente apenas em caráter incidental, no curso do processo em andamento (arts. 396 a 404 do CPC). Afirmou também que não foi comprovado que houve pedido prévio à instituição financeira para que esta exibisse o documento, nem do pagamento do custo desse serviço.

A autora apelou, sustentando que não se trata de ação cautelar, mas de obrigação de fazer (fornecer documento), com fundamento no art. 497 do CPC. Argumentou que a providência jurisdicional requerida também encontra fundamento no art. 381, III, do CPC, que admite a produção antecipada de prova como ação autônoma, para prévio conhecimento dos fatos para justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Aduz que teve o nome negativado sem que lhe fosse fornecido documento algum, mesmo quando solicitado na esfera administrativa. Afirma que tal solicitação foi comprovada, não havendo de se falar em pagamento de taxas administrativas para obtenção de segunda via porque a primeira via nunca lhe foi fornecida.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Apelação. Obrigação de fazer. Pretensão a exibição de documentos. Medida inadequada ante a orientação processual estabelecida na legislação de 2015. Interesse de agir ausente. Extinção do processo mantida. Recurso desprovido.

A parte, assim, interpôs o presente recurso especial, no qual alega ofensa aos arts. 397, 399 e 497 do Código de Processo Civil. Sustenta que não há de se falar em ausência de interesse de agir, sendo viável o pedido de exibição de documento em ação autônoma, com natureza satisfativa, para verificação da possibilidade/viabilidade do ajuizamento de futura demanda. Argumenta que a instituição financeira tem o dever de apresentar os documentos relativos a negócios jurídicos ajustados com seus clientes. Suscita dissídio jurisprudencial com o REsp n. 1.349.453/MS. Aduz que realizou o pedido extrajudicial, e que não se trata de emissão de segunda via, mas da via do cliente, que lhe deveria ser entregue no ato de assinatura do contrato. Argumenta que a existência de taxa para fornecimento da via do cliente não lhe foi comunicada, ao contrário, a instituição financeira somente ignorou o pedido administrativo.

Contrarrrazões às fls. 100-106, em que a parte recorrida sustenta a incidência das Súmulas 5 e 7 e falta de prequestionamento.

Em juízo prévio de admissibilidade, a Corte de origem negou seguimento ao recurso especial, decisão que foi objeto de agravo, provido este para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Ao julgar a apelação, a Corte de origem assim manifestou seu entendimento:

Impõe-se desde já esclarecer que confirmada a falta de interesse processual da apelante.

Conforme se observa da mera leitura da inicial, ratificada na petição de emenda, a pretensão da recorrente encerra verdadeira medida de caráter cautelar, cujo tratamento de processo autônomo foi extirpado da novel legislação processual.

Ganhou atualmente a tutela de urgência o *status* de decisão com natureza cautelar, de tal sorte que pode ser requerida no corpo da ação principal ou em caráter antecedente.

Assim sendo, a presente medida carece de adequação e também da própria necessidade posto que poderia ser pleiteada nas hipóteses acima mencionadas.

Diante da inadequação e desnecessidade de provimento resta evidente a falta de interesse processual da apelante de agir pela via eleita.

Vale observar que exibir documento não constitui obrigação de fazer, daí o acerto da sentença em julgar extinta a ação por falta de interesse processual.

Assim, tem-se que a extinção da ação era mesmo medida de rigor, pelo que mantida a r. sentença.

Anoto que instrui a petição inicial carta dirigida à instituição financeira ré, com o respectivo aviso de recebimento (e-STJ fls. 15-16), solicitando “o documento(s) número(s) 17788989800000FI” e também a via do contrato que nunca lhe foi fornecida e “não uma nova via (segunda)”. O recebimento de tal documento não foi especificamente impugnado na genérica contestação.

Os temas relativos à necessidade de pedido extrajudicial e de pagamento de taxa bancária não integram, todavia, os fundamentos da Corte de origem para firmar a carência de ação, motivo por que essas questões não serão examinadas.

A questão federal a ser analisada pelo STJ, portanto, diz respeito à adequação e interesse de se ingressar com ação autônoma, tendo como pedido a obtenção de documento que se encontra na posse do réu.

Esse tema foi examinado no âmbito da II Jornada de Direito Processual Civil, evento realizado nos dias 13 e 14 de setembro de 2018 em Brasília, ocasião em que foram aprovados os seguintes enunciados:

Enunciado 119: É admissível o ajuizamento de ação de exibição de documentos, de forma autônoma, inclusive pelo procedimento comum do CPC (art. 318 e seguintes).

Enunciado 129: É admitida a exibição de documentos como objeto de produção antecipada de prova, nos termos do art. 381 do CPC.

Com efeito, o entendimento expresso nesses verbetes infirma a tese adotada pelo acórdão recorrido, para o qual o novo Código de Processo Civil só admitiria a exibição de documentos como incidente de uma demanda principal. A doutrina destoa de tal juízo, afirmando que a parte que necessita obter documento em posse de outrem pode se servir de ação autônoma para satisfazer sua pretensão:

Existem situações de fato nas quais o autor necessita ter contato com determinado documento ou coisa que não está em seu poder, para saber qual é o seu exato conteúdo ou estado e, assim, avaliar se é ou não o caso da utilização de uma medida judicial. Para viabilizar esse contato do autor a lei lhe permite a utilização da via processual denominada exibição de documento, que pode seguir o procedimento previsto para a tutela cautelar requerida em caráter antecedente ou o procedimento previsto nos art. 396 e seguintes, do CPC, variando se o pedido é feito em face da própria parte ou em face de terceiro. Há ainda, em tese, a possibilidade do autor pleitear a exibição mediante ação que siga o procedimento comum, embora possa obter a mesma eficácia com a utilização dos outros ritos, que são mais simples e por isso, mais indicados.

[Oliveira Neto, Olavo de, Curso de direito processual civil: volume 2: tutela de conhecimento (Lei n. 13.105/15 Novo CPC)/Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira - 1. ed. - São Paulo: Editora Verbatim, 2016, p. 262.]

Na vigência do CPC/1973, a medida aqui estudada era qualificada como uma “cautelar”, ajuizada em processo autônomo, mas que impunha à parte interessada: a) a demonstração do interesse na obtenção de determinada prova para uso em outro processo (dito “principal”); e b) a indicação precisa desse outro interesse (a ser objeto do processo seguinte) que seria protegido pela medida de obtenção de prova.

O modelo atual não contém tais requisitos. Por isso, habilita-se a postular a obtenção antecipada de prova qualquer pessoa que tenha simples interesse jurídico na colheita dessa prova, seja para emprega-la em processo futuro, seja para fins de precaver-se de um eventual processo judicial, seja para subsidiá-lo na decisão de ajuizar ou não uma demanda, seja ainda para tentar, com base nessa prova, obter uma solução extrajudicial de seu conflito. Note-se, por isso, que sequer é necessário que o interessado indique para qual “eventual demanda futura” essa prova se destina. Basta que apresente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova. Por isso, qualquer pessoa que possa apontar uma das causas do art. 381, tem legitimidade para postular a medida em estudo, seja ou não parte em outra demanda judicial futura.

[Marinoni, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 317-318.]

A depender da circunstância de o documento ou coisa estar em mãos da parte adversária ou de terceiro particular, o procedimento a ser seguido será distinto, porque distinta será a natureza jurídica do instituto em cada caso: contra a parte adversária, tem-se um *incidente processual*; contra o terceiro particular, um verdadeiro *processo incidente*.

(...) Uma ressalva há de ser feita.

A exibição de coisa ou documento contra a parte adversária poderá ocorrer por ação autônoma. Seria uma ação probatória autônoma, nos termos em que autorizada pelos arts. 381-383, CPC).

[Didier Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveria - 12. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 2. pp. 257-258].

O art. 381 do novo CPC elenca, em rol exaustivo, as situações nas quais é possível a produção antecipada da prova. Será possível nas circunstâncias em que: "I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

(...)

No inciso III, ao contrário do que acabamos de afirmar, as partes não estão tão certas quanto aos fatos, e a prova será útil para saber se a ação principal poderá ou deverá ser proposta. O exemplo que nos vem à mente mais rapidamente é o da exibição de documento ou coisa. Dependendo do que for apresentado, e do teor do documento, pode ser que a parte promovente não tenha o interesse em manejar a ação posteriormente.

(...)

Conforme já informamos anteriormente, o requerimento pode ser feito antes de iniciada a fase instrutória do processo e, dependendo do caso, antes mesmo de se ingressar com a ação principal. Essa conclusão é tirada da interpretação dos três incisos do art. 381 do novo CPC, também do seu § 3º.

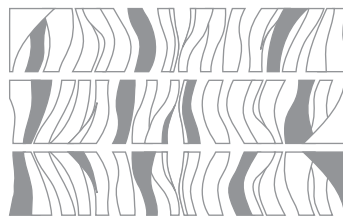
[Beraldo, Leonardo de Faria. Comentários às Inovações do Código de Processo Civil Novo CPC: Lei 13.105/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, pp. 163-164.]

No caso dos autos, como já relatado, a parte ingressou com o pedido de exibição por meio da presente ação, em razão da negativação de seu nome em órgão de proteção ao crédito. Afirma que desconhece a dívida, e necessita do teor do contrato que deu origem ao débito para tomar as providências cabíveis. Tal providência, a teor dos enunciados da II Jornada de Processo Civil e da doutrina autorizada, pode ser buscada por meio de ação autônoma, não havendo de se falar em falta de adequação ou interesse.

Apresentado o documento - especificamente indicado na inicial pelo número constante do cadastro negativo - o autor definirá se ajuizará ou não ação de conhecimento. Adequada, portanto, a ação autônoma de exibição para o fim proposto (CPC, arts. 381 e 396).

Em face do exposto, conheço do recurso especial e a ele dou provimento, para anular a sentença e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao juízo singular de origem, ensejando o prosseguimento do processo, superada a questão acima tratada.

É como voto.



Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 160.902-RJ (2018/0238712-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Suscitante: Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro

Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro

Interes.: Eduardo Xavier Ferreira Glaser Migon

Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Conflito negativo de competência. Penal e Processual Penal. Crime contra a Lei de Licitações praticado por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar. Superveniência da Lei n. 13.491/2017. Ampliação da competência da Justiça Castrense. Aplicação da lei no tempo. Princípio do *tempus regit actum*. Sentença de mérito não proferida. Não aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Suscitante.

1. Hipótese em que a controvérsia apresentada cinge-se à definição do Juízo competente para processar e julgar crime praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei n. 13.491/2017.

2. A Lei n. 13.491/2017 promoveu alteração na própria definição de crime militar, o que permite identificar a natureza material do regramento, mas também ampliou, por via reflexa, de modo substancial, a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual. É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2º, § 1º, do Código Penal Militar e no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

3. Tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora Suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitante, Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 18.12.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo *Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro* em face do *Juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*.

Consta dos autos que Eduardo Xavier Ferreira Glaser Migon foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela suposta prática do delito

tipificado no art. 89, *caput*, c.c. o art. 84, § 2º, por 11 (onze) vezes, ambos da Lei n. 8.666/1993, porque, segundo a inicial acusatória (fl. 122):

[...] na qualidade de comandante da Escola de Equitação do Exército (EsEqEx), contratou, sem prévio procedimento licitatório ou de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a empreiteira *LMPN Manutenção Naval e Predial Ltda - EPP*, CNPJ 04.554.837/0001-33, representada por *João Batista da Silva*, para obras de demolição, construção e reforma naquela unidade militar, bem como outras 10 (dez) pessoas jurídicas, abaixo discriminadas, para fornecimento de material de construção e prestação de serviços relacionados às mesmas obras, as quais tinham por finalidade principal, mas não exclusiva, a criação de um centro cultural no local.

O Juízo da 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro recebeu a denúncia, e o feito tramitou regularmente até o advento da Lei n. 13.491, de 16/10/2017, que conferiu nova redação ao art. 9º, inciso II, alínea *e*, do Código Penal Militar, segundo o qual são considerados crimes militares, em tempo de paz, aqueles previstos na legislação penal quando praticados “por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar”. Assim, acolhendo requerimento ministerial, o Juízo Federal declinou da competência em favor da Justiça Militar (fls. 259-260).

Distribuídos os autos à 1ª Circunscrição Judiciária Militar, o Juízo Auditor, acolhendo manifestação do Ministério Público Militar (fls. 305-324), suscitou o presente conflito negativo de competência, aduzindo que, “pelo princípio da irretroatividade da lei penal (CF/88, art. 5º, inciso XL), em havendo modificação em regra própria do direito material, *a aplicação a fatos anteriores à sua vigência somente é possível quando a novel lei introduz mudanças favoráveis à situação do réu (retroação benéfica)*” (fl. 338; sem grifos no original), o que não se verifica na hipótese dos autos.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1.468-1.473, opinando pela declaração da competência do Juízo Suscitante.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, considerando que figuram na relação processual em exame Juízos vinculados a Tribunais diversos,

deve ser conhecido o presente conflito, conforme o disposto no art. 105, inciso I, alínea *d*, da Constituição da República.

No caso, a controvérsia apresentada cinge-se à definição do Juízo competente para processar e julgar crime praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei n. 13.491/2017.

A Lei n. 13.491, de 16 de outubro de 2017, conferiu nova redação ao art. 9º do Código Penal Militar, alterando o conceito de crime militar e, por conseguinte, ampliando a competência da Justiça Castrense.

Veja-se, por oportuno, a nova redação do mencionado dispositivo legal:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei n. 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei n. 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei n. 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei n. 13.491, de 2017)

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei n. 13.491, de 2017)

I - do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei n. 13.491, de 2017)

II - de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei n. 13.491, de 2017)

III - de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei n. 13.491, de 2017)

a) Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei n. 13.491, de 2017)

b) Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei n. 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei n. 13.491, de 2017)

d) Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei n. 13.491, de 2017) (sem grifos no original)

Como se percebe, a Lei n. 13.491/2017 promoveu alteração na própria definição de crime militar, o que permite identificar a natureza material do regramento, mas também ampliou, por via reflexa, de modo substancial, a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual.

É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2º, § 1º, do Código Penal Militar e no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

Confrimam-se, por oportuno, as seguintes ponderações doutrinárias:

A lei em comento tem dupla natureza jurídica, pois, de um lado, trata de aspecto penal ao ampliar o rol de crimes militares com os tipos penais da lei penal comum (crimes militares por extensão); e, de outro, cuida de aspecto processual ao conferir à JMU a competência para conhecer dos crimes dolosos contra civil, bem como ampliando a competência da JMU e da JME para conhecer os ditos crimes militares por extensão. [...]

Dessa forma, vários efeitos daí decorrem. Assim, por exemplo, em relação ao aspecto penal haverá incidência do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, CF) e, em relação ao aspecto processual, haverá a aplicação imediata da lei (pelo princípio *tempus regit actum*), independentemente de ser ou não mais benéfica ao réu, devendo os atuais inquéritos e processos da justiça comum serem remetidos para a justiça militar, como ocorreu inversamente à época da edição da Lei 9.299/96, cujos processos da justiça militar foram remetidos para a Vara do Júri. (ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17), in Revista Direito Militar n. 126, Florianópolis: AMAJME, 2017, p. 34.

Esta Corte Superior de Justiça, ao examinar a alteração da competência promovida pela Lei n. 9.299/1996, também entendeu pela aplicabilidade imediata do regramento, hipótese que guarda semelhança com a situação ora apreciada.

Por oportuno, confrimam-se os seguintes julgados:

Criminal. Conflito de competência. Crime doloso praticado por militar contra civil. Lei n. 9.299/96. Aplicabilidade imediata. Competência da Justiça Comum Estadual.

I. Em função da aplicabilidade imediata da Lei n. 9.299/96 às ações penais em curso, *ex vi* do art. 2º do CPP, afasta-se a competência da justiça militar para a apuração de crime doloso contra a vida praticado, em tese, por militar contra civil, ainda que ocorrido em data anterior à vigência da novel legislação.

II. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Rebouças/PR, o Suscitante. (CC 29.026/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 09/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 64.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil. Delito anterior à vigência da Lei 9.299/1996. Declinação da competência pelo Juiz Auditor Militar no curso da ação penal. Superveniência de sentença condenatória proferida pela Auditoria Militar Estadual. Incompetência absoluta. Aplicação imediata da Lei 9.299/1996 aos processos em curso. Nulidade do feito.

1. A Lei 9.299/1996 incluiu o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar, consignando que os crimes nele tratados, quando dolosos contra a vida e praticados contra civil, são da competência da Justiça Comum.

2. O mesmo diploma legal acrescentou, ainda, um parágrafo no artigo 82 no Código de Processo Penal Militar, determinando que a Justiça Militar encaminhe os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum, nos casos de crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil.

3. *Diante de tais modificações, esta Corte Superior de Justiça adotou o entendimento de que, diante da incidência instantânea das normas processuais penais disposta no artigo 2º do Código de Processo Penal, a Lei 9.299/1996 possui aplicabilidade a partir da sua vigência, de modo que todas as investigações criminais e processos em curso relativos à crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil devem ser encaminhados à Justiça Comum.*

4. No caso dos autos, embora o suposto homicídio praticado pelo recorrente, policial militar, contra vítima civil, remonte ao ano de 1994, quando ainda não vigia a Lei 9.299/1996, o certo é que antes mesmo do início da instrução processual, e diante do advento do citado diploma legal, o Juiz Auditor Militar declinou da competência para a Justiça Comum, determinação que foi ignorada pela Auditoria Militar, que proferiu sentença condenatória no feito.

5. Assim, como à época em que julgado o delito em tese praticado pelo recorrente já competia ao Tribunal do Júri apreciar o feito, uma vez que a Lei 9.299/1996 já estava em vigor, a sentença proferida pela Auditoria da Justiça Militar do Estado do Espírito Santo é nula, já que oriunda de Juízo absolutamente incompetente.

Representação da Procuradoria-Geral de Justiça para aplicar a pena acessória de perda da patente. Descabimento de habeas corpus para discutir a imposição de perda da graduação. Súmula 694 do Supremo Tribunal Federal. Não conhecimento do recurso quanto ao ponto.

1. O *habeas corpus* não constitui meio idôneo para se discutir a ilegalidade da decretação da perda de cargo público em decorrência de sentença condenatória, uma vez que ausente qualquer violação ou ameaça à garantia do direito à liberdade de locomoção.

2. A matéria já foi, inclusive, sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo verbete 694 preceitua que “não cabe ‘habeas corpus’ contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública”.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para anular o processo desde descumprimento do despacho do Juiz Auditor Militar que declinou da competência para a Justiça Comum, devendo o feito ser remetido a uma das Varas Criminais de Guarapari/ES. (RHC 25.384/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/12/2010, DJe 14/02/2011; sem grifos no original.)

Ademais, considerando que a Lei n. 13.491/2017 promoveu alteração da competência em razão da matéria, não tem aplicação a regra da *perpetuatio jurisdictionis*, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal. Por conseguinte, os inquéritos e processos que tramitam na Justiça Comum devem ser imediatamente remetidos à Justiça Militar, salvo se, à época da vigência da nova Lei, já houver sido proferida sentença de mérito.

Nesse sentido é a lição de Renato Brasileiro de Lima, *in verbis*:

[...] Afinal, como preceitua o art. 43 do novo CPC, subsidiariamente aplicável ao processo penal comum e militar, “determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”. Por consequência, se o crime praticado por militar em serviço previsto na legislação penal, outrora considerado crime comum, estava em tramitação perante a Justiça Comum (Estadual ou Federal), a entrada em vigor da Lei n. 13.491/17 deverá provocar a imediata remessa do feito à Justiça Militar da União (ou dos Estados).

A ressalva a esse deslocamento imediato da competência fica por conta dos feitos nos quais, à época da vigência da Lei n. 13.491/17 (16/10/2017), já havia sentença relativa ao mérito. Nesses casos, o processo deverá continuar tramitando na Justiça de origem, sob pena de violação à competência recursal. [...]

Esse deslocamento imediato de competência à Justiça Militar (da União ou dos Estados) haverá de ser feito sem prejuízo da observância do princípio da irretroatividade da *lex gravior* (ou ultratividade da lei penal mais benéfica) pelo Juiz de Direito do Juízo Militar Estadual ou pelos respectivos Conselhos de Justiça. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. -- 6. ed. rev., ampl. e atual. -- Salvador: JusPodium, 2018, p. 367-368)

Na situação dos autos, tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se

aplica a regra da perpetuação da jurisdição, devendo ser remetidos os autos para a Justiça Militar, a quem caberá o processo e julgamento do feito.

Mutatis mutandis, confira-se:

Conflito negativo de competência. Furto de bens da Rede Ferroviária Federal S/A. Advento da Medida Provisória n. 353, convertida na Lei n. 11.483/2007. Finalização da liquidação incorporação dos bens à União. Aplicação do artigo 87 do Código de Processo Civil. Alteração da competência. Não aplicação do *perpetuatio jurisdictionis*. Precedentes.

1. Com o advento da Medida Provisória n. 353, convertida na Lei n. 11.483/2007, foi encerrada a liquidação da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, transferindo-se à União (Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT) seus bens operacionais.

2. Com a inovação legislativa, a União passou a ter interesse nos feitos criminais em que se apura a prática de furto de bens operacionais anteriormente pertencentes à RFFSA.

3. *Aplica-se ao processo penal o artigo 87 do Código de Processo Civil, determinando-se a remessa dos processos não sentenciados ao juízo superveniente competente quando a competência for alterada em razão da matéria, por não se aplicar a perpetuatio jurisdictionis em nulidade absoluta. Precedentes.*

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de São João do Meriti, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, suscitante. (CC 61.588/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 22/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 205; sem grifos no original.)

Ante o exposto, *conheço* do conflito para *declarar* competente o *Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro*, ora *Suscitante*.

É como voto.

**INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA N. 10-DF
(2016/0177605-6)**

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Suscitante: Procurador Geral da República

Suscitado: Ministério Público do Estado da Bahia

Suscitado: Polícia Civil do Estado da Bahia

Interes.: Julio Cesar Lopes Pitta

Interes.: Robemar Campos de Oliveira

Interes.: Antonio Correia Mendes

Interes.: Sandoval Soares Silva

Interes.: Marcelo Pereira dos Santos

Interes.: Lazaro Alexandre Pereira de Andrade

Interes.: Dick Rocha de Jesus

Interes.: Isac Eber Costa Carvalho de Jesus

Interes.: Lucio Ferreira de Jesus

Advogado: Dinoermeson Tiago dos Santos Nascimento - BA036408

EMENTA

Incidente de Deslocamento de Competência. Chacina do Cabula. Operação policial conduzida em Salvador/BA que resultou na morte de 12 pessoas entre 15 e 28 anos e em 6 feridos, em fev/2015. Denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual, acusando os policiais envolvidos na operação do cometimento do crime descrito no art. 121, § 2º, I (segunda figura – torpe), III (última figura – perigo comum) e IV (segunda figura – emboscada), do Código Penal. Sentença de absolvição sumária. IDC suscitado pelo Ministério Público em conjunto com apelação dirigida ao Tribunal de Justiça. Inexistência de evidência de que os órgãos do Sistema Justiça (Estadual) careçam de isenção ou das condições necessárias para desempenhar as funções de apuração, processamento e julgamento do caso.

1. O Incidente de Deslocamento de Competência foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu um § 5º no art. 109 da Constituição Federal, atribuindo a esta Corte a competência para o seu julgamento.

Na esteira do comando constitucional, a Resolução STJ n. 6, de 16/02/2005, promoveu a inserção de tal incidente no rol dos feitos submetidos a este Tribunal Superior, sem contudo, à míngua de norma legal que regulamente devidamente a previsão constitucional, dispor sobre regras que orientem o modo como deve ele tramitar e ser processado.

2. A jurisprudência consagrou três pressupostos principais que devem ser atendidos simultaneamente para o acolhimento do Incidente de Deslocamento de Competência: (i) a constatação de grave violação efetiva e real de direitos humanos; (ii) a possibilidade de responsabilização internacional, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais; e (iii) a evidência de que os órgãos do sistema estadual não mostram condições de seguir no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso com a devida isenção.

3. No julgamento dos IDCs n. 3/GO e 5/PE, a Terceira Seção desta Corte ressaltou que o deslocamento de competência efetuado no incidente constitucional, por se tratar de exceção à regra geral da competência absoluta, somente deve ser efetuado em *situações excepcionálíssimas*, mediante a demonstração de sua necessidade e imprescindibilidade “ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das instituições - ou de uma ou outra delas - responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal” (IDC 5/PE, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Terceira Seção*, julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014). Desse raciocínio, revela-se o caráter de *excepcionalidade* da providência determinada no incidente.

4. *In casu*, o quadro descrito na inicial denota a existência de indícios de uma possível violação concreta de direitos humanos que pode, pelo menos em tese, vir a gerar responsabilização internacional do País, o que preencheria os dois primeiros requisitos para o acolhimento do incidente.

Isso porque há dúvidas sobre um possível excesso na conduta policial que levou à lamentável morte de 12 pessoas e à lesão de outras 6 no episódio conhecido como “Chacina do Cabula”. Tais dúvidas decorrem tanto de testemunhos que afirmaram ter visto policiais atirando em pessoas vivas no chão, quanto de registros constantes em alguns laudos de exames cadavéricos, indicando a existência de ferimentos causados por disparos deflagrados de trás

para frente - ou seja, com as vítimas de costas - e de cima para baixo (vítimas possivelmente ajoelhadas), além de nos braços e mãos, com características de posição de defesa.

5. À época do recebimento do IDC, existiam, também, sinais de que poderia não haver isenção/neutralidade de órgãos estaduais no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso. Tais sinais decorriam tanto da forma como vinha sendo apurado o caso pela autoridade policial e de manifestações de autoridades do Poder Executivo estadual sobre a forma como deve ser reprimido o crime, como também da atuação do Judiciário estadual de 1º grau que, a despeito da complexidade e quantidade de provas juntadas aos autos, sentenciou absolvendo sumariamente os policiais militares, mesmo sem ter a defesa apresentado resposta à acusação.

6. No entanto, após a devida instrução do incidente de deslocamento de competência, foi possível verificar que os percalços do processo penal em exame não chegaram a comprometer as funções de apuração, processamento e julgamento do caso (não se trata mais sequer de investigação policial; a questão já está judicializada).

Isso porque, mesmo que as investigações conduzidas pela autoridade policial civil baiana tivessem, eventualmente, negligenciado, em alguma medida, a coleta de provas que pudessem incriminar os policiais envolvidos no trágico evento em questão, tal conduta não chegou a causar prejuízo para a formação da convicção do órgão ministerial que não só promoveu a sua própria apuração (conduta legítima, na dicção do STF - RE 593.727-MG - e do STJ - REsp 1.697.146-MA), como também obteve provas suficientes para embasar sua convicção e para oferecer uma denúncia.

Na mesma esteira, o superveniente provimento de apelação pelo Tribunal de Justiça estadual, anulando a prematura sentença absolutória, demonstra que não há nem deficiência de funcionamento nem tampouco comprometimento ideológico ou subjetivo do Judiciário estadual que dificulte a análise isenta dos fatos, deixando claro que eventual erro de julgamento poderá, na forma regular do processo, ser corrigido, seja no tribunal de justiça, seja nas instâncias extraordinárias.

Durante a instrução processual, a Justiça Estadual baiana poderá solicitar até mesmo o auxílio técnico e/ou operacional, se necessário, da Polícia Federal.

7. Incidente de Deslocamento de Competência julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente o incidente, após o indeferimento do pedido de adiamento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz, Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

O Dr. Alcides Martins (Subprocurador Geral da República) sustentou pela parte suscitante.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 19.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Cuida-se de Incidente de Deslocamento de Competência suscitado pelo Procurador-Geral da República, com amparo no § 5º do art. 109 da CF/88, pleiteando seja reconhecida a competência da Justiça Federal para julgar a ação penal n. 0314066-69.2015.8.05.0001, originada do Procedimento Investigatório Criminal n. PIC 003.0.21314/2015 instaurado por iniciativa do Ministério Público do Estado da Bahia, com o fito de apurar eventuais excessos cometidos por 9 (nove) policiais militares integrantes da Rondesp – Rondas Especiais da PM/BA, em operação realizada na noite do dia 5 e na madrugada do dia 06/02/2015, conhecida como *Chacina do Cabula*, que resultou na morte de 12 pessoas entre 15 e 28 anos e em 6 feridos.

A operação é objeto de representação formulada pela ONG Justiça Global à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo narra o suscitante, haveria fundados indícios de violência policial a despeito de ter ganhado força, já na fase inicial da investigação, a versão de que o lamentável evento corresponderia a mera resposta a injusta agressão sofrida pela Polícia Militar, em reação a disparos de arma de fogo iniciados pelas vítimas, descritas como possíveis usuários ou traficantes de drogas. Alguns desses indícios de violência seriam:

Foram 143 disparos, 88 deles certos, o que resulta em média de quase 10 tiros certos por acusado. Há registro de inúmeros ferimentos causados por disparos deflagrados de trás para frente - ou seja, com as vítimas de costas - e de cima para baixo, além de vários nos braços e mãos (uma das vítimas com ferimentos em ambas as mãos), com características de posição de defesa, tudo segundo os laudos cadavéricos acostados ao inquérito.

(e-STJ fl. 3)

Há nos autos, ainda, relato de fatos que subsidiariam a versão de execução por vingança, como a morte de um policial militar (Hamilton) na região em 23 de junho de 2014 e o ferimento de outro, com um tiro no pé, duas semanas antes da operação.

Selma dos Santos Martins, genitora da vítima Rodrigo Martins de Oliveira, disse que no mês anterior houve um confronto com policiais da Rondesp, ocasião em que dois indivíduos foram mortos, e que “os policiais disseram que voltariam, mas da próxima não haveria um sobrevivente” (IPM - fl. 2.501).

(e-STJ fl. 18)

Para o suscitante, a ausência da necessária neutralidade/isenção na condução das investigações evidenciou-se por meio de um “ambiente que propiciou, desde o início, conclusão desfavorável às vítimas” (e-STJ fl. 19). No intuito de demonstrar um ambiente parcial capaz de influenciar no resultado das investigações, salienta:

Veja-se que, antes do início de qualquer apuração, o Secretário de Segurança Pública da Bahia, Maurício Barbosa, já defendia a ação dos policiais, segundo noticiado pelo site G1 **no dia do ocorrido**: “tudo está sendo apurado, o Departamento de Homicídio com a Corregedoria de Polícia. Agora prefiro acreditar na versão dos meus policiais até que algum outro fato apareça. A resposta da polícia tem que ser dura e energética [energética] no combate ao crime organizado”.

É fato conhecido, também, que o Governador do Estado aplaudiu a atuação dos policiais militares no caso, a quem chamou de artilheiros, pouquíssimo tempo após as mortes, quando ainda em sua fase inicial as apurações. Disse ele: “um PM de arma em punho é como um artilheiro em frente ao gol”. (e-STJ fl. 19 – negrito do original)

Defende que “a tentativa de justificar a atuação dos policiais militares com a desqualificação das vítimas, buscando construir a ideia de heroísmo policial na defesa de ‘pessoas de bem’ contra bandidos, com o envolvimento da mídia, é altamente censurável, por impedir que os fatos sejam apurados em sua real dimensão, atribuindo a responsabilidade a quem competir, sejam eles policiais, sejam as vítimas.” (e-STJ fls. 21/22).

Além disso, em decorrência das ameaças sofridas pelo Promotor de Justiça atuante no caso, supostamente por integrantes da Polícia Militar da Bahia, foi instaurado procedimento autônomo para apurar eventuais tentativas de obstaculização das investigações e da atuação da Justiça.

Oferecida denúncia pelo Ministério Público do Estado da Bahia em desfavor dos 9 (nove) policiais envolvidos no caso, sobreveio, em 24/7/2015, em julgamento antecipado do feito, sentença absolutória fundada em reprodução simulada dos fatos que teria ocorrido sem a participação do Ministério Público Estadual, no suposto envolvimento das vítimas com tráfico de drogas, mesmo não tendo elas antecedentes criminais, e no relatório final do Inquérito conduzido pela autoridade policial (IP n. 005/2015), sem que fosse concedido o tempo necessário para oitiva de testemunhas e instrução adequada do processo, a despeito da complexidade do caso.

Interpostas apelações pelo Ministério Público e pelo assistente de acusação, o processo pendia, à época, de exame pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

Sustenta, assim, o suscitante que “o caso ora examinado traz indícios fortes - que merecem apuração adequada - de que agentes do Estado promoveram verdadeira execução, sem chance de defesa das vítimas, o que configura hipótese de grave violação de direitos humanos, a exigir pronta atuação dos poderes constituídos do Estado brasileiro, especialmente no âmbito da União, no sentido de restaurar o Estado de Direito na região.” (e-STJ fl. 29).

Com base nesse contexto, afirma que “a manutenção das investigações e da ação penal na esfera estadual, do modo como vem transcorrendo, implica sério e fundado risco de condenação da República Federativa do Brasil nos sistemas internacionais.” (e-STJ fl. 49), tanto mais que o caso já conta com representação

da ONG Justiça Global tanto perante a ONU quanto perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (e-STJ fl. 36). Lembra, como exemplo, que “a reverberação de ações policiais truculentas, ocorridas em 1994 e 1995, no Complexo do Alemão, Zona Norte do Rio de Janeiro, levou a República Federativa do Brasil a responder por violação dos direitos humanos, perante a Corte Interamericana.” (e-STJ fl. 30), daí decorrendo recomendações ao País de realização de investigação completa, imparcial e efetiva das violações descritas no relatório da Comissão, por autoridades judiciais independentes da polícia. Tal foi o caso do Relatório 141/11 em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu ser o Estado brasileiro internacionalmente responsável pela morte de 26 vítimas como resultado do uso excessivo de força letal pela polícia, assim como pela violação sexual e estupro de 3 outras vítimas, resultante da impunidade duradoura de que gozam os perpetradores das violações (caso Favela Nova Brasília).

Indica, como possíveis violações aos direitos humanos ocorridas no caso concreto, a afronta aos arts. 1º (obrigação de respeitar os direitos humanos), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (garantias judiciais), 11 (proteção da honra e da dignidade) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico interno por meio do Decreto n. 678, de 06/11/1992.

Diante de tal quadro, requer “seja o Incidente de Deslocamento de Competência conhecido e deferido, transferindo-se a investigação, o processamento e o julgamento do crime de que tratam os autos, que vitimou 18 pessoas no dia 6 de fevereiro de 2015, no bairro do Cabula, para a esfera federal, bem como seus eventuais feitos conexos.” (e-STJ fls. 53/54).

Às fls. 655/661, recebi o Incidente e solicitei informações às seguintes autoridades:

- I. Desembargador Relator da Apelação Criminal n. 0314066-69.2015.8.05.0001;
- II. 1º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Salvador/BA; e
- III. Secretário de Segurança Pública do Governo do Estado da Bahia.

Na mesma ocasião, solicitei ao autor do Incidente de Deslocamento de Competência que complementasse informações e juntasse documentos relacionados aos fatos narrados na inicial.

Em ofício de 5/9/2016 (e-STJ fls. 672/675), o Relator da Apelação Criminal esclareceu que os recursos do Ministério Público Estadual (e-STJ fls. 691/894) e do Assistente de Acusação (Defensoria Pública Estadual – cópia às e-STJ fls. 677/690) lhe foram distribuídos em 19/04/2016 e que, em ambos, era pleiteada a nulidade da sentença absolutória, por cerceamento de defesa e por ter decidido em sentido contrário à prova dos autos, além de solicitada a manifestação da Corte Estadual sobre diversos dispositivos legais e constitucionais, a título de prequestionamento. Informa ter promovido diligência, em 12/05/2016, no sentido de determinar a intimação dos patronos dos réus para apresentar contrarrazões ao apelo interposto pela Defensoria Pública Estadual, o que foi atendido em 15/06/2016. Além disso, foi colhido o parecer da Procuradoria de Justiça, favorável ao provimento dos recursos (e-STJ fls. 936/969).

Por sua vez, o 2º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Justiça Estadual baiana limitou-se a informar que “os autos aportaram a este Juízo em virtude de declaração de suspeição do magistrado titular do 1º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri, uma vez que a julgadora titular subscritora foi designada como primeira substituta. No entanto, tendo em vista que o processo aguarda julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça Estadual, ainda não houve qualquer pronunciamento deste Juízo relativamente ao feito em tela.” (e-STJ fl. 1.013).

Já o Secretário de Segurança Pública da Bahia, em ofício de 13/09/2016 (e-STJ fls. 1.022/1.027), defende o laudo pericial produzido pela Polícia Civil baiana que efetuou a reprodução simulada dos fatos – para a qual reforça que o *Parquet* teria sido convidado, mas não compareceu – e que concluiu não ter havido indícios de execução, tais como tiros a curta distância ou relatos de disparos isolados, tendo sido apreendidos com os integrantes do grupo 15 (quinze) armas de fogo, artefatos explosivos, munições de diversos calibres e considerável quantidade de maconha e cocaína.

Afirma que a atuação da Polícia Militar, no dia do evento, faria parte de iniciativa prevista dentro da “Operação Impacto IV”, que visava prevenir ataques a agências bancárias e a combater o tráfico de drogas, e se justificava pelo fato de que o grupo que teria trocado tiros com os policiais comandava um ponto de venda de entorpecentes na Estrada das Barreiras.

Acusa o Ministério Público estadual de açodamento ao instaurar investigação criminal paralela à da Polícia Civil baiana e oferecer denúncia antes da conclusão do inquérito em curso na Polícia.

Sobre suas manifestações à imprensa, à época dos fatos, esclareceu que, “diante da ocorrência de inegável repercussão midiática, não poderia deixar de se pronunciar, do mesmo modo que assim decidiu o Exmo. Sr. Governador do Estado. E isso foi feito levando em consideração a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública, da qual fazem parte a Polícia Militar e a Polícia Civil. Isso em nada tem a ver com o direcionamento na instrução e na conclusão do inquérito policial.” (e-STJ fl. 1.025)

Salienta que “o presidente do ‘Grupo Reaja ou será morto, reaja ou será morta’ divulgou pela imprensa que tinha recebido ameaças, no entanto, ao ser instado a comparecer na sede do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa – DHPP para formalizar a notícia, ele assim não o fez” (e-STJ fl. 1.025).

Refuta a alegação do Procurador Geral da República de que não teria havido preocupação da Polícia Civil em seguir outra linha de investigação que não a da existência de confronto, argumentando que, “se efetivamente houve essa trama, parece pertinente indagar por que a Procuradoria Geral da República não buscou a responsabilização de quem nela atuou e de quem foi omissa na sua fiscalização, porque, como já apontado, a instrução do inquérito policial contou com o acompanhamento de 06 (seis) Promotores de Justiça e de 02 (dois) Defensores Públicos.” (e-STJ fl. 1.026)

Nega que haja desídia por parte da Polícia Civil na instauração de inquéritos envolvendo mortes em confronto com a Polícia Militar e Civil baiana. Afirma que, dos 82 inquéritos do gênero instaurados em 2015, o *Parquet* teria analisado apenas 37 e pleiteado o arquivamento de todos. Já no ano de 2016, dos 32 inquéritos concluídos, 16 teriam sido apreciados pelo Ministério Público que ofertou apenas uma denúncia e pediu o arquivamento de 15.

Na sequência, em 16/12/2016, solicitei também informações ao Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia sobre as supostas ameaças sofridas por promotores de justiça ligados às investigações dos fatos em questão neste Incidente, assim como à Organização não Governamental denominada Justiça Global e aos representantes da Campanha Reaja ou Será Morta, Reaja ou Será Morto (e-STJ fl. 11.975).

A ONG Justiça Global limitou-se a afirmar não possuir outras informações além daquelas já remetidas à Procuradoria Geral da República e constantes nos autos (e-STJ fl. 11.985).

O Ministério Público do Estado da Bahia juntou aos autos cópia do Relatório Analítico elaborado pela Coordenadoria de Segurança Institucional

e Inteligência do próprio Ministério Público, datado de 26/01/2017 (e-STJ fls. 11.994/11.997), no qual se concluiu que “não foram encontradas situações de risco real ou ameaças idôneas efetivamente perpetradas contra o Dr. *Davi Gallo*”, mas apenas declarações ofensivas identificadas nas redes sociais, algumas delas realizadas por policiais, que o responsabilizariam pela morte de policiais e o taxariam de “defensor de vagabundos”, que apontaria “para uma *média probabilidade* de ocorrência do risco, diante das tantas situações de antagonismo a que o Promotor de Justiça esteve exposto em sua atividade profissional, concluindo-se a análise da ameaça como de *risco importante*”. Em suas considerações finais, o mesmo relatório afirma que “o risco avaliado como importante resultou da postura pessoal do membro e das tantas situações de exposição de sua pessoa na mídia, em aparições públicas, e nas designações em Promotorias de Justiça no interior do Estado, que demandam necessidades de viagens” e sugere, como medidas que mitiguem ou eliminem os aspectos de vulnerabilidade apontados, que o membro do *Parquet* não conceda entrevistas ou participe de evento que exponha sua pessoa na mídia, assim como a cessação de designações que demandem viagens e aparições públicas.

Em resposta, a ONG “Reaja ou Seja Morta, Reaja ou Seja Morto” informou que, “no mesmo março de 2015, em um esforço conjunto entre a Justiça Global e Anistia Internacional, fui até a Corte Interamericana numa audiência na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), onde relatamos os detalhes da Chacina do Cabula, apresentando fatos e documentos que foram devidamente acolhidos pela presidência da CIDH. Naquela oportunidade, exigimos da CIDH providências diante do alto grau de letalidade da polícia, sobretudo no nordeste do Brasil. Em nosso retorno, sofremos uma série de ameaças por redes sociais e até mesmo presencialmente, como se pode comprovar com os ofícios anexos, todos protocolados em organismos internacionais visando à proteção dos membros da Reaja Organização Política” (e-STJ fl. 12.019).

Às fls. 12.030/12.035, a referida ONG junta ofício datado de 11/08/2016 e encaminhado ao Procurador Geral da República no qual narra suposta ameaça ao promotor Davi Gallo, por meio de mensagem no *WhatsApp*, na qual, no bojo de homenagens a soldado da Polícia Militar, morto em ação no dia 17/07/2016, acusa-se o promotor de atuar contra a polícia e a ONG Anistia Internacional de somente atuar em favor de criminosos locais, não estendendo os direitos humanos a policiais. Relata-se, ainda, no mesmo ofício, uma suposta operação de revide pela morte do policial Eder:

Levantamentos feitos pela Reaja no Instituto Médico Legal logo após a ação policial “dão conta que mais de 30 pessoas entraram ali no período da operação de revide em Cajazeiras. Dessas, 16 são comprovadamente de Cajazeiras, cinco aparecem oficialmente como envolvidas na morte do policial militar, uma pessoa ferida e dezenas de desaparecidos”. Na nota, a Reaja afirma ainda que o soldado Eder é o “9º Policial Militar morto em 2016, e ninguém fala da responsabilidade dessa política de segurança pública do Governo do Estado da Bahia, que deixa um rastro de morte em nossas comunidades.” Assim como na Chacina do Cabula, é prática recorrente da polícia baiana o revide, vingar-se de ações contra seus agentes, matando civis nas comunidades. Dias após a operação, que culminou na execução sumária de mais de uma dezena de pessoas, militares do Pelotão de Emprego Tático Operacional (PETO) abordaram um jovem negro, que é apenas apoiador da Reaja, quando saía de sua casa em direção ao trabalho. A abordagem sugere que a página e seguidores da Reaja estão sendo monitorados pela PM baiana. Na abordagem, fica explícito que não só o coordenador da Reaja, Hamilton Borges, como outros militantes estão “marcados” para morrer.

Atendendo a pedido formulado em petição datada de 13/10/2016 (e-STJ fls. 11.966/11.967), foi concedida oportunidade para que os policiais militares denunciados na ação penal n. 0314066-69.2015.8.05.0001 falassem nos autos, o que fizeram por meio da petição de fls. 12.057/12.076, de 02/06/2017, na qual defendem, em síntese, o acerto da sentença que os absolveu sumariamente, ante a ausência de violação de direitos humanos na sua atuação na operação policial que teve lugar entre a noite do dia 5 e a madrugada do dia 06/02/2015, na Vila Moisés, bairro Tancredo Neves, em Salvador/BA.

Ressaltam que as investigações foram conduzidas de maneira imparcial pela Polícia Civil e acompanhadas pela Defensora Pública Diretora do Departamento de Direitos Humanos da Bahia.

Alegam que os disparos de arma de fogo efetuados na ocasião constituíram meio necessário para salvaguardar a integridade física própria e de terceiros.

Questionam se caso o objeto deste IDC fosse a morte violenta de Policiais Militares após uma atuação, se tais mortes também seriam consideradas uma violação de Direitos Humanos.

Afirmam que o Ministério Público estadual foi convidado por diversas vezes a participar da colheita de todas as provas no inquérito policial, dentre elas a reprodução simulada, para a qual teria sido intimado por duas vezes e optou por não comparecer.

Pedem, assim, o desprovemento do incidente.

Posteriormente, em 09/06/2017, juntaram aos autos os seguintes documentos:

1. Laudo da Reprodução Simulada/ICPA n. 201501604501 (e-STJ fls. 12.088/12.125), ocorrida em 15/05/2015;

2. Relatório do Inquérito Policial militar tombado sob o n. CORREG 012UPJM/476-15/15 (e-STJ fls. 12.131/12.143);

3. Relatório do Inquérito Policial n. 005/2015/DHM-DHPP;

4. Ofícios requisitando as autoridades para participar da reprodução simulada (e-STJ fl. 12.153);

5. Oitiva de testemunhas (Alexandre Macedo Pereira, Elias Pereira Borges e Osvaldo Jefferson de Assis Soares – Obs.: falam de câmeras no condomínio ver se tem referência a elas em algum outro lugar + Djalma Capistrano dos Santos – fala em 15 a 20 min de disparos e depois disparos descontinuados, o que contradiz o laudo da reprodução simulada que diz que toda a ação levou 8 minutos) realizada pela Polícia Civil na presença da Defensoria Pública do Estado da Bahia (e-STJ fls. 12.158/12.168 + fls. 12.206/12.208)

Instado a se manifestar no feito na qualidade de *custos legis*, o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte opinou (e-STJ fls. 12.276/12.302) pela procedência do incidente, em parecer assim ementado:

Incidente de Deslocamento de Competência. Chacina do Cabula. Operação da Polícia Militar do Estado da Bahia. Doze mortos e seis feridos. Enquadramento do caso como resposta a injusta agressão. Elementos que contradizem a conclusão, em contexto que demandaria aprofundamento investigatório. Índícios de excesso na atuação policial. Evidências de apuração complacente. Julgamento de absolvição sumária. Instrução deficitária. Responsabilização das vítimas. Grave violação de direitos humanos, verificada no contexto de violência policial e na ausência de isenção necessária à busca da verdade real dos fatos. Elevado risco de responsabilização internacional. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Como já havia salientado, na decisão em que recebi o presente Incidente de Deslocamento de Competência (e-STJ fls. 655/661), dito incidente constitui criação da Emenda

Constitucional n. 45/2004, que inseriu um § 5º no art. 109 da Constituição Federal, atribuindo a esta Corte a competência para o seu julgamento.

Confira-se o exato teor da previsão constitucional:

Art. 109. (...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

Como reflexo de tal comando constitucional, a Resolução STJ n. 6, de 16/02/2005, promoveu a inserção de tal incidente no rol dos feitos submetidos a este Tribunal Superior, sem contudo, à míngua de norma legal que regulamente devidamente a previsão constitucional, dispor sobre regras que orientem o modo como deve ele tramitar e ser processado.

Da leitura do dispositivo constitucional, a jurisprudência depreendeu e consagrou três pressupostos principais que devem ser atendidos simultaneamente para o acolhimento do Incidente de Deslocamento de Competência:

1. A constatação de grave violação de direitos humanos;
2. A possibilidade de responsabilização internacional, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais; e
3. A evidência de que os órgãos do sistema estadual não mostram condições de seguir no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso com a devida isenção.

De se ressaltar que, em seu voto no IDC n. 1/PA (julgado em 8.6.2005, DJ 10.10.2005), o eminente Ministro *Arnaldo Esteves Lima* ponderou que somente a violação *concreta* aos direitos humanos pode justificar a necessidade de federalização da controvérsia.

O entendimento foi referendado no julgamento do IDC n. 5/PE (julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014), de Relatoria do não menos eminente Min. *Rogério Schietti Cruz*, quando a Terceira Seção explicitou que, “Para o deslocamento da competência, deve haver demonstração inequívoca de que, no caso concreto, existe *ameaça efetiva e real* ao cumprimento de obrigações assumidas por meio de tratados internacionais de direitos humanos firmados

pelo Brasil, *resultante de inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, proceder à devida persecução penal*” (grifei).

Além disso, no julgamento dos IDCs n. 3/GO e 5/PE, a Terceira Seção desta Corte ressaltou que o deslocamento de competência efetuado no incidente constitucional, por se tratar de exceção à regra geral da competência absoluta, somente deve ser efetuado em *situações excepcionalíssimas*, mediante a demonstração de sua necessidade e imprescindibilidade “ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das instituições - ou de uma ou outra delas - responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal” (IDC 5/PE, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Terceira Seção*, julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014). Desse raciocínio, revela-se o caráter de *excepcionalidade* da providência determinada no incidente.

De outro lado, interpretando o terceiro dos pressupostos mencionados, a Terceira Seção desta Corte, tem entendido que a evidência de que os órgãos do sistema estadual não mostram condições de seguir no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso com a devida isenção se caracteriza quando se constata “**inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, proceder à devida persecução penal**” (IDC 5/PE, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Terceira Seção*, julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014) – negritei.

Tais situações foram constatadas, por exemplo, nos seguintes casos:

- *Omissão do Estado ao não dar início a investigação criminal*: Constatação efetuada em situação na qual, após o desaparecimento de pessoas, decorrente de supostos crimes de tortura e homicídios atribuídos a autoridades policiais locais, os órgãos estatais somente instauraram inquérito policial 6 (seis) anos após a ocorrência dos fatos e, mesmo assim, impulsionados pela instauração de incidente de deslocamento de competência perante o STJ, o que denota “a total ineficácia da atuação das autoridades locais no caso específico, desnudando *situação de grave omissão dos deveres do Estado*, ainda mais quando os órgãos competentes, mesmo formalmente cientes de que um cidadão havia desaparecido, fato indicador de um delito contra a vida, nada fizeram a respeito

de imediato” (IDC 3/GO, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Terceira Seção*, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015) – grifei;

- *Existência de conflito institucional entre a polícia civil e o Ministério Público estadual que prejudica a investigação*: Em investigação da morte de promotor de justiça por grupos de extermínio, “A falta de entendimento operacional entre a Polícia Civil e o Ministério Público estadual ensejou um conjunto de falhas na investigação criminal que arrisca comprometer o resultado final da persecução penal, com possibilidade, inclusive, de gerar a impunidade dos mandantes e dos executores do citado crime de homicídio” (IDC 5/PE, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Terceira Seção*, julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014).

- *Precariedade de meios locais para efetuar investigação e persecução penal*: Em investigação de homicídio de vereador que denunciava a atuação de grupos de extermínio na fronteira entre os Estados da Paraíba e de Pernambuco, verificou-se ser “notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias. Há quase um pronunciamento uníssono em favor do deslocamento da competência para a Justiça Federal, dentre eles, com especial relevo: o Ministro da Justiça; o Governador do Estado da Paraíba; o Governador de Pernambuco; a Secretaria Executiva de Justiça de Direitos Humanos; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba”, acrescido esse fator do fato de que “a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados” (IDC 2/DF, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Terceira Seção*, julgado em 27/10/2010, DJe 22/11/2010).

Ora, no caso concreto, como já havia afirmado na decisão em que recebi o incidente, o quadro descrito pela Procuradoria Geral da República aponta indícios de uma possível violação de direitos humanos que pode, pelo menos em tese, vir a gerar responsabilização internacional do País, o que preencheria os dois primeiros requisitos para o acolhimento do incidente.

Isso porque, com efeito, há dúvidas sobre um possível excesso na conduta policial que levou à lamentável morte de 12 pessoas e à lesão de outras 6 no episódio conhecido como “Chacina do Cabula”. Tais dúvidas decorrem, dentre outros motivos, de registros de inúmeros ferimentos causados por disparos deflagrados de trás para frente - ou seja, com as vítimas de costas - e de cima para baixo (vítimas possivelmente ajoelhadas), além de vários nos braços e mãos (uma das vítimas com ferimentos em ambas as mãos), com características de posição de defesa, tudo segundo os laudos de exames cadavéricos.

Veja-se que, no ponto, a instrução deste incidente revelou informações contraditórias nos autos. Enquanto o laudo da reprodução simulada dos fatos elaborado pela Polícia Civil ICAP n. 2015 016045 01 (e-STJ fls. 2.515/2.555) afirma que, nos Laudos de Exames Cadavéricos das doze vítimas emitidos pelo IML, não foram constatados tiros de encosto, disparos a curta distância, nem lesões típicas de defesa nos corpos das vítimas (e-STJ fl. 2.551), a leitura dos laudos de exames cadavéricos revela que, na realidade, os peritos responderam ao quesito “Houve emprego, pelo agente, de algum recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima”, afirmando que “o perito não tem elementos de convicção médico-legal para afirmar ou negar” (e-STJ fl. 2.508 – Laudo de *Tiago Gomes das Virgens*).

No entanto, há mapas de lesões que indicam trajetórias de balas claramente numa trajetória de cima para baixo, dando a impressão de que o tiro foi desferido em pessoa ajoelhada.

Exemplo disso se tem no Mapa de Lesões de *Eyson Pereira dos Santos* (Laudo de Exame Cadavérico às e-STJ fls. 2.983/2.996), no qual se vê indicação de bala entrando na lateral da cabeça, na altura da sobrancelha esquerda, e saindo na lateral direita, na altura da boca (e-STJ fl. 2.996). Também há indicativo de tiro entrando pelas costas na altura do ombro direito e saindo pela frente logo abaixo do mamilo direito (e-STJ fl. 2.995). Situação semelhante se vê nos Mapas de Lesões de *Rodrigo Martins de Oliveira* (e-STJ fls. 3.017 e 3.018), de *Natanael de Jesus Costa* (e-STJ fl. 3.020) e de *Tiago Gomes das Virgens* (e-STJ fl. 3.024).

Possível, portanto, inferir, pelo menos num exame superficial e preliminar de tais provas, que há dúvidas que devem ser esclarecidas a respeito da trajetória de tais balas.

Além disso, o Relatório Final do Inquérito Policial n. 005/2015/DMH-DHPP narra que, durante a entrevista realizada pelos peritos responsáveis pelo procedimento de reprodução simulada dos fatos, a testemunha e sobrevivente do tiroteio *Luiz Alberto de Jesus Filho* afirmou ter visto policiais atirando em pessoas vivas no chão (e-STJ fl. 1.374). Confira-se o trecho de seu depoimento:

(...) que foi comprar drogas com *Jota* (Segundo informes do Delegado Odaír Carneiro *Jota* é o vulgo de *João Luís Pereira Rodrigues* - Laudo de Exame Cadavérico 0614/15); que *Jota* estava com uma mochila e estava com roupa do exército de cor verde; que de repente viu pessoas correndo e ele acompanhou; que enquanto corria ouviu dois disparos vindos do lado direito; que as pessoas

gritavam vamos correr para o mato; que quando chegou ao campo foi atingido; que foi atingido no meio do campo, que foram umas 20 pessoas correndo; que eram muitas pessoas correndo; que não viu ninguém descendo a rua correndo; que enquanto corria as pessoas começaram a cair no campo; que havia umas 10 a 12 pessoas no chão; que correu para o lado e se escondeu no mato; que ficou no mato escondido: que viu quando os policiais chegaram e que os policiais falaram que tinha gente viva; que não viu ninguém receber tiro no asfalto; que viu pessoas no chão caído e que quando tomou o tiro virou e foi para o lado do mato; que os tiros estavam vindo de frente e que viu corpos caindo na sua frente; que viu lanternas saindo do mato; que saíram do mato com lanternas e que colocaram os corpos no carro e levaram para o hospital; que tinham umas seis ou sete pessoas armadas mas não viu elas dando tiros; **que viu policiais procurando pessoas vivas e atirando nelas.** Neste momento **o depoente foi questionado sobre a certeza de ter visto policiais atirando em pessoas, o que respondeu afirmativamente. Perguntado se essas pessoas estavam deitadas no chão respondeu afirmativamente. (...) Questionado se viu em quantas pessoas os policiais atiraram respondeu que foram em três ou quatro;**

(e-STJ fls. 1.374/1.375 - negritei)

Esse depoimento foi corroborado pela testemunha quando ouvida no Ministério Público da Bahia, ocasião em que afirmou:

(...) que o declarante foi atingido pelos tiros assim que chegou no campinho (Terreno Baldio); que os tiros saíram do matagal; que quando foi baleado, o declarante ainda correu para o mato, se jogou e ficou ouvindo “eles matando os amigos”, esclarecendo que os amigos são os que estavam na compra e venda de drogas já referida; que o declarante ficou escondido, consciente, no matagal, e viu Policiais Militares saírem do mato, já atirando contra os meninos que estavam correndo para o mato; que, inclusive, viu quando Policiais Militares atiraram contra feridos, caídos no chão, acabando de matá-los; (...)

(e-STJ fl. 2.289)

Essa mesma testemunha, no entanto, ouvida na sede do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa – DHPP, em 10/06/2015, insistia em dizer não ter visto nada por estar o local muito escuro:

(...) *Que* quando ouviu uma quantidade grande de tiros o declarante se jogou no mato existente logo à direita do “campinho” e lá permaneceu aguardando; *Que* não foi possível visualizar ou perceber de onde partiam os tiros; *Que* não tinha percebido até então que havia sido atingido, pois não sentia dores; ***Que estava muito escuro e não conseguia visualizar as pessoas, bem como não foi possível perceber se pessoas caíram no chão;*** *Que* depois de ter caído no

matagal, depois de alguns momentos, possivelmente minutos, continuou a ouvir estampidos de tiros, que em seguida pararam; *Que* sabe informar que foram muitos tiros, mas não sabe dizer quantos foram; **Que estava muito escuro e não tinha como ver o que se passava**, além visualizar que algumas lanternas se acenderam no final do “campinho”, depois de alguns momentos de encerrados os tiros;

(e-STJ fl. 1.376 – negritei).

A contradição pode assinalar o medo da testemunha ao depor perante a autoridade policial – o que não teria acontecido durante a narrativa feita aos peritos responsáveis pelo procedimento de reprodução simulada dos fatos –, mas, com certeza, gera dúvida que merece ser sanada em Juízo.

Outro sobrevivente do tiroteio, ouvido na DHPP, no dia 20/02/2015 (transcrição vista no Relatório do Promotor Davi Gallo no Procedimento Administrativo PGR 1.00.000.008003/2015-1 – e-STJ fls. 2.165/2.411), o Sr. *Arão de Paula Santos* afirmou ter sido ameaçado por policiais da RONDESP no interior do Hospital no qual recebeu socorro, logo após o tiroteio:

*Perg: Se no momento do auto de prisão em flagrante por tráfico de drogas em desfavor do interrogado se o interrogado disse para o delegado e o promotor que quem começou a atirar foram os traficantes dizendo: “lá vem as putas”? Resp: Que no seu termo de interrogatório fez tal afirmação, em razão de ter sido ameaçado no interior do HRS por dois policiais da RONDESP, **que os mesmos disseram para o interrogado que se ele não disse que foi os traficantes que começaram a atirar ele ia matar o seu pai e a sua família, que teme pela sua família e pede as autoridades presentes segurança para seus familiares.** Perg: Se o interrogado sabe o nome ou os dados inficativos dos policiais que o ameaçaram? Resp: Negativamente.*

(e-STJ fl. 2.221)

Ouvido novamente no dia 19/03/2015, no Ministério Público da Bahia, o Sr. *Arão de Paula Santos* detalhou ainda mais as supostas ameaças recebidas dos policiais envolvidos na operação, enquanto recebia socorro médico no hospital:

(...) que o declarante foi atendido e após colocado em uma maca no corredor do hospital; que enquanto estava no corredor, surgiram dois Policiais Militares da Rondesp e arrastaram a maca até uma sala onde já existia um cadáver dentro de um saco preto; que os dois Policiais mandaram o declarante ficar de cabeça baixa, e em seguida fizeram com que o declarante olhasse para o cadáver que ali se encontrava e passaram a dizer para o declarante o seguinte: “eles perguntaram se eu queria ir para o mesmo lugar que aquele ali estava, momento em que disse

que não queria ir para o mesmo lugar porque era trabalhador, então eles disseram que deveria dizer que foi uma troca de tiros com traficantes, se não iriam matar seu pai e sua família"; que em seguida os Policiais levaram o declarante para fora da sala e lhe largaram lá; que quando foi ouvido pela primeira vez na delegacia, disse que havia ocorrido uma troca de tiros com traficantes porque a Polícia mandou que falasse e o fez porque se sentiu muito ameaçado e temia que matassem sua família; (...)

(e-STJ fl. 2.285)

Também o Sr. *Vinicius Pires do Nascimento*, irmão de *Bruno Pires do Nascimento*, uma das vítimas falecidas no trágico evento, ouvida perante o Ministério Público no dia 06/04/2015, narra ter recebido ameaças de Policiais Militares da RONDESP, no dia 24/02/2015 (e-STJ fl. 2.332).

À época do recebimento do IDC, constatei, também, a existência de sinais de que poderia não haver isenção/neutralidade de órgãos estaduais no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso.

Tais sinais vinham tanto da forma como vinha sendo apurado o caso pela autoridade policial e de manifestações do Poder Executivo estadual sobre a forma como deve ser reprimido o crime, como também da atuação do Judiciário estadual de 1º grau, como se verá a seguir.

Impressionou-me, inicialmente, a estatística mencionada na inicial e corroborada por números apresentados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia (e-STJ fls. 480/483), de que, “em dois anos e meio, entre janeiro de 2013 e 30 de junho de 2015, foram 616 mortes em confronto com a Polícia Militar baiana, sendo que muitos desses casos nem sequer contam com inquérito policial instaurado” (e-STJ fl. 52), sendo que, dos 460 inquéritos instaurados no período (106 deles decorrentes de mortes em confrontos com a Polícia Civil), apenas 245 foram remetidos ao Judiciário.

O Procurador Geral da República narrava, ainda, na petição inicial que as manifestações feitas a jornais pelo Secretário de Segurança Pública e pelo Governador do Estado foram no sentido de defender a atuação da Polícia no evento. Confira-se:

Veja-se que, antes do início de qualquer apuração, o Secretário de Segurança Pública da Bahia, Maurício Barbosa, já defendia a ação dos policiais, segundo noticiado pelo site G1 **no dia do ocorrido**: “tudo está sendo apurado, o Departamento de Homicídio com a Corregedoria de Polícia. Agora prefiro acreditar na versão dos meus policiais até que algum outro fato apareça. A

resposta da polícia tem que ser dura e energética [enérgica] no combate ao crime organizado”.

É fato conhecido, também, que o **Governador do Estado** aplaudiu a atuação dos policiais militares no caso, a quem chamou de artilheiros, pouquíssimo tempo após as mortes, quando ainda em sua fase inicial as apurações. Disse ele: “**um PM de arma em punho é como um artilheiro em frente ao gol**”. (e-STJ fl. 19 – negritei)

Apontou-se, também, situação no mínimo curiosa envolvendo a realização da reprodução simulada dos fatos, efetuada um dia após o recebimento da denúncia (em 27 de maio de 2015), no mesmo dia em que o juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri oficiava ao diretor-geral do Departamento de Polícia Técnica autorizando a sua realização, “sob a presidência [daquele] Magistrado, com efetiva participação e fiscalização do Ministério Público” e com solicitação para que fosse comunicada ao juízo “com bastante antecedência, a data agendada para a realização da referida Reprodução Simulada, para que sejam adotadas as providências cabíveis, considerando que devam ser realizadas com toda cautela e atenção que o caso requer” (fl. 2.526 do IP), reprodução essa que acabou tendo lugar sem a presença do Ministério Público, posto que não foi ele intimado pelo Juízo para comparecer.

Além disso, o promotor David Gallo prestou declarações perante a Procuradoria da República na Bahia, no dia 1º/06/2015 (e-STJ fls. 2.420/2.424), nas quais afirmou ter percebido que as investigações em sede policial não avançavam devidamente, o que o motivou a instaurar um PIC (ver e-STJ fl. 2.421), narrando, na mesma ocasião, preocupações com sua segurança pessoal.

Quanto à atuação do Judiciário estadual, causou espécie, num primeiro exame da questão, o fato de que outros magistrados titulares de Vara do Júri em Salvador se reputaram suspeitos para o julgamento da ação (cf. informações à e-STJ fl. 1.013), o que poderia decorrer de temor de represálias ou de parcialidade dos magistrados com relação ao evento. Como se isso não bastasse, a despeito da complexidade e quantidade de provas juntadas aos autos, que à época já contavam com mais de 2.500 (duas mil e quinhentas) páginas, a magistrada substituta que finalmente se deu por competente havia sido especialmente designada para exercício no 1º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Salvador por apenas uma semana (de 21 a 25/07/2015) e, em 24/07/2015, sentenciou absolvendo sumariamente os policiais militares, mesmo sem ter a defesa apresentado resposta à acusação.

Isso não obstante, em relação a esse último quesito, a impressão inicial que levou ao recebimento do presente IDC foi modificada.

É que, melhor meditando sobre o caso, cheguei à conclusão de que, mesmo que as investigações conduzidas pela autoridade policial civil baiana tenham, eventualmente, negligenciado, em alguma medida, a coleta de provas que pudessem incriminar os policiais envolvidos no trágico evento em questão, o fato é que tal conduta não chegou a causar prejuízo para a formação da convicção do órgão ministerial que não só promoveu a sua própria apuração (conduta legítima, na dicção do STF - RE 593.727-MG - e do STJ - REsp 1.697.146-MA), como também obteve provas suficientes para embasar sua convicção e para oferecer uma denúncia de 16 (dezesesseis) páginas (e-STJ fls. 1.042/1.057) devidamente estruturada, acusando os policiais envolvidos na operação de cometer o delito descrito no art. 121, § 2º, I (segunda figura – torpe), III (última figura – perigo comum) e IV (segunda figura – emboscada), do Código Penal.

A propósito:

Recurso especial. Processo Penal. Inquérito policial. Instauração. Atribuição concorrente entre Ministério Público e Polícia Judiciária. Deputados estaduais. Foro por prerrogativa de função. Instauração do procedimento. Autorização judicial. Desnecessidade. Recurso provido.

1. Hipótese em que a instância de origem determinou o arquivamento da investigação criminal em relação a deputados estaduais, sob o fundamento de que a autoridade policial não possui atribuição para iniciar o procedimento investigatório, que seria exclusiva do *Parquet*, mediante requerimento ao Tribunal, em se tratando de autoridades com foro por prerrogativa de função.

2. O Código de Processo Penal prevê, como primeira hipótese, a instauração de inquérito policial *ex officio* pela Polícia Judiciária, em cumprimento de seu dever constitucional, sem necessidade de requerimento ou provocação de qualquer órgão externo.

3. O *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento do *Recurso Extraordinário n. 593.727/MG*, assentou a *concorrência de atribuição entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária para realizar investigações criminais*, inexistindo norma constitucional ou federal que estabeleça exceção à regra enunciada no referido julgamento em relação aos deputados estaduais.

4. Sendo assim, a mesma sistemática é válida tanto para procedimentos investigatórios ordinários quanto para investigações que envolvam autoridades com prerrogativa de função.

5. Por constituírem limitações ao poder de investigação conferido pela Constituição Federal à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, as hipóteses em

que a atividade investigatória é condicionada à prévia autorização judicial exigem previsão legal expressa.

6. Recurso provido.

(REsp 1.697.146/MA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação Carcinoma. Desvio de verbas do Fundo de Saúde da Polícia Militar/RJ. Peculato e corrupção passiva. Crimes militares. Pretensão ao reconhecimento da nulidade da denúncia. Alegação de impedimento dos Promotores de Justiça. Poder de investigação do Ministério Público. Súmula 234/STJ. Denúncia apresentada por membros do GAECO. Infração ao princípio do promotor natural. Inexistência de ilegalidade.

1. O Ministério Público dispõe de atribuição para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, o que não acarreta, por si só, seu impedimento ou suspeição. Precedentes STF e STJ.

2. Consoante a Súmula 234/STJ, a participação de membro do *Parquet*, na fase investigatória criminal, não acarreta o seu impedimento ou a sua suspeição para o oferecimento da denúncia.

3. É consolidado nos Tribunais Superiores o entendimento de que a atuação de promotores auxiliares ou de grupos especializados (GAECO) não ofende o princípio do promotor natural, uma vez que, nessa hipótese, amplia-se a capacidade de investigação, de modo a otimizar os procedimentos necessários à formação da *opinio delicti* do *Parquet*.

4. No caso, o oferecimento da denúncia por promotores do GAECO não ofende o princípio do promotor natural, tampouco nulifica a ação penal em curso.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

(RHC 77.422/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 26/10/2018).

Ora, se no entender do Ministério Público estadual ele dispunha de provas suficientes para embasar uma denúncia, não há como se negar que eventual falta de isenção na coleta de provas efetuada pela polícia civil estadual não chegou a impedir o bom funcionamento da acusação.

De outro lado, mesmo que pudesse parecer questionável, num primeiro momento, a rapidez com a qual a justiça de 1º grau absolveu sumariamente os denunciados, chegou ao conhecimento deste Relator que as Apelações Criminais interpostas pela Defensoria Pública (como assistente da acusação) e pelo Ministério Público estadual na ação penal n. 0314066-69.2015.8.05.0001 foram providas pelo Tribunal de Justiça da Bahia, anulando a sentença

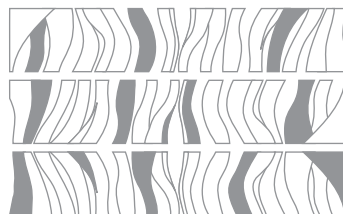
absolutória. Tal provimento, por si só, demonstra que não há nem deficiência de funcionamento tampouco comprometimento ideológico ou subjetivo do Judiciário estadual que dificulte a análise isenta dos fatos, deixando claro que eventual erro de julgamento poderá, na forma regular do processo, ser corrigido, seja no tribunal de justiça, seja nas instâncias extraordinárias.

Assim sendo, não vislumbro, no caso concreto, o preenchimento do terceiro requisito autorizador do deslocamento de competência, já que não há evidência de que os órgãos do sistema de justiça estadual careçam de isenção ou das condições necessárias para desempenhar, até o momento, as funções de apuração, processamento e julgamento do caso.

Durante a instrução processual, a Justiça Estadual baiana poderá solicitar até mesmo o auxílio técnico e/ou operacional, se necessário, da Polícia Federal.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido.

É como voto.



Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.601.127-SP
(2016/0134760-3)**

Relator: Ministro Ribeiro Dantas
Relator para o acórdão: Ministro Felix Fischer
Agravante: Ministério Público Federal
Agravado: Ricardo de Faria
Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Compartilhamento de dados bancários obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público, para fins da persecução criminal. Esgotamento da via administrativa fiscalizatória e constatação de possível crime. Legalidade da prova. Comunicação que decorre de obrigação legal. Ausência e ofensa à reserva de jurisdição. Agravo provido.

I - É lícito o compartilhamento promovido pela Receita Federal, dos dados bancários por ela obtidos a partir de permissivo legal, com a Polícia e com o Ministério Público, ao término do procedimento administrativo fiscal, quando verificada a prática, em tese, de infração penal. Precedentes.

II - Não ofende a reserva de jurisdição a comunicação promovida pela Receita Federal nas condições supra descritas, por decorrer de obrigação legal expressa.

Agravo 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, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Reynaldo Soares da Fonseca.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer Relator p/ Acórdão

DJe 26.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Ministério Público Federal* contra a decisão de minha Relatoria de fls. 987-988 (e-STJ), que negou provimento ao recurso especial ministerial.

O agravante alega, em suma, que “se a Constituição não impede que a Receita Federal, à luz dos dispositivos da Lei Complementar 105/2001, possa, *motu proprio*, determinar a quebra do sigilo fiscal, não há porque impedir que o mesmo possa o Ministério Público quando se trata de matéria criminal” (e-STJ, fl. 996).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do presente agravo regimental ao órgão colegiado.

O eminente Ministro Felix Fischer pediu vista dos autos e proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Assim, pedi vista regimental para melhor analisar a questão.

É o relatório.

VOTO

Ementa: Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Quebra de sigilo bancário pela Receita Federal. Repasse de dados ao Ministério Público para uso em ação penal. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido.

1. Apesar de possível a quebra de sigilo bancário e fiscal, sem autorização judicial, pelo fisco, não se admite que os dados sigilosos obtidos sejam repassados ao Ministério Público ou à autoridade

policial, para uso em ação penal, pois a sua obtenção é desprovida de autorização judicial.

2. Agravo regimental não provido.

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): A questão cinge-se a saber se é possível realizar o compartilhamento de dados obtidos pelo Fisco com o órgão ministerial.

Colhe-se da decisão impugnada:

No caso, o acórdão impugnado apresentou a seguinte fundamentação:

Na mesma linha de raciocínio, o C. Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, nos termos do art. 105, III, 'a', da Constituição Federal, apreciar, em grau de recurso, decisões que contrariem lei federal, adotou posição no sentido de que, para utilização em processo criminal, os dados bancários devem ser obtidos com autorização judicial.

Assim, as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ reputam ilegal o compartilhamento, pela Receita Federal, de dados sigilosos obtidos sem autorização judicial, e reconhecem a nulidade de tal prova no âmbito penal e, por conseguinte, da ação penal fundada em tais dados.

[...]

Dessa forma, adotando a *ratio decidendi* dos precedentes transcritos, curvo-me ao posicionamento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça para reconhecer a ilegalidade da prova obtida mediante quebra de sigilo bancário pela autoridade fazendária sem autorização judicial. (e-STJ, fls. 861-866.)

Malgrado esta Corte admita o intercâmbio de informações entre as instituições financeiras e a autoridade fiscal para fins de constituição do crédito tributário, isso não significa que o *dominus litis* possa utilizar-se de tais dados para que seja deflagrada ação penal, porquanto representa verdadeira quebra de sigilo constitucional, inserida em reserva de jurisdição, e não mero compartilhamento de informações. Como cediço, o sigilo bancário, garantido no art. 5º da Constituição da República, somente pode ser suprimido por ordem judicial devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal, que firmou o entendimento de que é imprescindível prévia autorização judicial da representação fiscal para fins penais, caso contenha dados bancários sigilosos, devidamente compartilhados com a autoridade fiscal para consecução do lançamento fiscal, razão pela qual o entendimento exposto no acórdão recorrido não diverge da orientação desta Corte Superior. Confira-se:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Representação fiscal. Quebra de sigilo bancário pela Receita Federal. Repasse de dados ao *Parquet* ou autoridade policial para uso em ação penal. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. O citado entendimento da Suprema Corte de legitimidade da Receita Federal para obter, diretamente das instituições financeiras, informações bancárias dos contribuintes, foi firmado para fins de constituição de crédito tributário, não sendo aplicável em matéria penal, prevalecendo a compreensão adotada por esta Corte de que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil não podem ser por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, sem que precedida de autorização judicial a sua obtenção.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.586.796/ES, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28/04/2017);

Agravo regimental em recurso especial. Penal. Sonegação fiscal. Quebra do sigilo bancário pela Receita Federal sem autorização judicial. Utilização dos dados para fins penais. Ilegalidade.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento firmado no sentido de que, nos termos da Lei n. 8.021/1990, é possível a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial para fins de constituição do crédito tributário, no entanto, essa possibilidade não se estende ao processo penal, sendo vedada a utilização desses dados colhidos em âmbito de processo administrativo, sobretudo para subsidiar a ação penal.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.491.423/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 01/09/2016).

Ante o exposto, nos termos do art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do STJ, *nego provimento* ao recurso especial. (e-STJ, fls. 987-988).

O acórdão recorrido apresentou a seguinte fundamentação:

Na mesma linha de raciocínio, o C. Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, nos termos do art. 105, III, 'a', da Constituição Federal, apreciar, em grau de recurso, decisões que contrariem lei federal, adotou posição no sentido de que, para utilização em processo criminal, os dados bancários devem ser obtidos com autorização judicial.

Assim, as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ reputam ilegal o compartilhamento, pela Receita Federal, de dados sigilosos obtidos sem autorização judicial, e reconhecem a nulidade de tal prova no âmbito penal e, por conseguinte, da ação penal fundada em tais dados.

[...]

Dessa forma, adotando a *ratio decidendi* dos precedentes transcritos, curvo-me ao posicionamento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça para reconhecer a ilegalidade da prova obtida mediante quebra de sigilo bancário pela autoridade fazendária sem autorização judicial.

No caso concreto, a denúncia de fls. 484/487 cuida dos fatos apurados no bojo do procedimento fiscal (MPF-F 0819000 2006 00171 7) que, em tese, configuram o crime do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90.

Consoante se verifica das cópias do processo administrativo fiscal em apenso, o contribuinte *Ricardo de Faria* foi intimado por via postal (AR de fl. 13 assinado por Maria Cristina da Silva) para esclarecer a origem da movimentação financeira em contas bancárias de sua titularidade no ano - calendário de 2002, considerando as discrepâncias entre os rendimentos declarados na DIRPF 2003 (fls. 08/10) e os valores que transitaram nas contas do contribuinte, informadas pelas instituições financeiras nas correspondentes DCPMF (dossiê integrado de fls. 03/09).

Transcorrido *in albis* o prazo de vinte dias assinalado pela fiscalização (fl. 12), a autoridade fazendária requisitou as informações diretamente às instituições financeiras, nos termos do art. 6º, da Lei Complementar n. 105/2001, regulamentada pelo Decreto n. 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (fls. 14/19).

Com a vinda de tais informações, o processo administrativo fiscal teve seu curso, até a constituição definitiva do crédito tributário.

O compulsar dos autos revela que a denúncia vem lastreada exclusivamente nos dados bancários obtidos junto a instituições financeiras, sem a competente autorização judicial, e cuja invalidade contamina com o mesmo vício os elementos de convicção derivados dos primeiros, em razão da aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada.

A exclusão das provas ilícitas (originariamente ou por derivação) e a ausência de elementos de prova produzidos a partir de fontes independentes esvaziam a justa causa para a instauração da presente ação penal. (e-STJ, fls. 861-866.)

Inicialmente, destaca-se que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que “o citado entendimento da Suprema Corte de legitimidade da Receita Federal para obter, diretamente das instituições financeiras, informações bancárias dos contribuintes, foi firmado para fins de constituição de crédito tributário, não sendo aplicável em matéria penal, prevalecendo a compreensão adotada por esta Corte de que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil não podem ser por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, sem que precedida de autorização judicial a sua obtenção” (AgRg no REsp 1.586.796/ES, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, *Quinta Turma*, DJe 28/4/2017). No mesmo

sentido: AgRg no REsp 1.491.423/PR, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, DJe 1/9/2016.

Especificamente, nesta Quinta Turma, trago à colação o recentíssimo precedente:

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Trancamento da ação penal. Ilícitude das provas que embasam a denúncia. 2. Quebra do sigilo bancário pela administração tributária. Ausência de autorização judicial. Possibilidade. Art. 6º da LC n. 105/2001. 3. Reflexos no âmbito penal. Compartilhamento. Impossibilidade. Reserva de jurisdição. Precedentes do STJ e do STF. 4. Crime tributário. Materialidade embasada em prova ilícita. Nulidade da denúncia. 5. Recurso em *habeas corpus* provido.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Como é de conhecimento, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, consignou-se que o "art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

3. *Acontece que, para fins penais, as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior, na esteira também de orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento o Habeas Corpus n. 125.218/RS, não admitem que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou à autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção, o que viola o princípio constitucional da reserva de jurisdição.*

4. Verificando-se que a materialidade do crime tributário tem por base a utilização, para fins penais, de dados sigilosos obtidos diretamente pela Receita Federal, sem a imprescindível autorização judicial prévia, tem-se a nulidade da prova que embasa a acusação. Assim, a nulidade da prova inicial, obtida por meio da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, a qual deu ensejo à denúncia, acaba por contaminar a toda ação penal.

5. Recurso em *habeas corpus* provido, para declarar a nulidade da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e, conseqüentemente, anular a Ação Penal n. 0117080-34.2014.4.02.5001, desde o início, garantida a possibilidade de nova demanda ser proposta com esteio em prova lícita.

(RHC 61.367/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018)

Verifica-se que, atualmente, existem alguns precedentes, nas duas Turmas que compõem a Terceira Seção, em sentido oposto ao entendimento anteriormente citado. Ilustrativamente:

Habeas corpus. Trâmite concomitante com recurso em *habeas corpus*. Conhecimento do *writ*. Estágio processual mais avançado. Liminar deferida. Crime contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Ilicitude da prova embasadora da denúncia. Compartilhamento dos dados bancários obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público.

[...]

3. O entendimento de que é incabível o uso da chamada prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal, tendo em vista que a obtenção da prova (a quebra do sigilo bancário) não conta com autorização judicial contrária a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal de que é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.

4. *No caso, não há falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia contra os pacientes, porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia-Geral da União, para cobrança do crédito tributário, também o é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária* (Precedentes do STF).

5. Ordem denegada. Liminar cassada.

(HC 422.473/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias. Possibilidade. Constituição de crédito tributário. Remessa dos dados para fins de instauração de persecução penal. Imposição legal decorrente de constituição definitiva de crédito tributário. Ilegalidade do conjunto probatório não verificada. Análise que demanda incursão no acervo probatório colhido durante a investigação criminal. Competência do juízo da causa. Impossibilidade na via eleita. Ausência de flagrante ilegalidade. Recurso desprovido.

1. A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, reconhecida a repercussão geral da matéria, firmou entendimento no sentido de que a requisição de informações pela Receita Federal às instituições financeiras prescinde de autorização judicial. Dessa forma, para fins de constituição de crédito tributário, não há que se falar em ilegalidade no compartilhamento de informações entre instituição bancária e fisco.

2. Por outro lado, permanece incólume o entendimento segundo o qual, uma vez obtidas as informações pela Receita Federal, seu encaminhamento ao Ministério Público ou autoridade policial para fins de instauração de ação penal ou inquérito constitui violação do princípio da reserva de jurisdição. In casu, o envio das informações pela Receita Federal à Autoridade Policial decorreu exclusivamente de obrigação legal, tendo em vista o esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, constatada a existência de ilícito penal. Precedentes.

3. 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.

Desse modo, ao menos em tese, não se vislumbra ilegalidade nas provas indicadas pela exordial acusatória. Diante dos estreitos limites do rito, afigurar-se-ia prematuro determinar o trancamento da ação penal.

Considerando a demonstração da existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias até o presente momento acerca da legalidade das provas produzidas somente poderão ser afastadas após profunda incursão fático-probatória, a ser efetuada no bojo da instrução criminal, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

(RHC 75.532/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 17/05/2017)

No Supremo Tribunal Federal há precedentes também neste último sentido. Ilustrativamente:

Ementa: Direito Penal. Agravo interno em recurso extraordinário. Art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001. Constitucionalidade. Utilização de dados obtidos pela Receita Federal para instrução penal. Possibilidade.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, que permitiu o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial.

2. Da mesma forma, esta Corte entende ser possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal para fins de instrução penal. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(RE 1.041.285 AgR-AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, acórdão eletrônico DJe-258 divulg 13/11/2017 public 14/11/2017)

Ou seja: a jurisprudência sobre o tópico em questão é vacilante, aqui e no Supremo.

Ressalte-se, por fim, que, sobre o presente tema, foi reconhecida repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, na apreciação do RE 1.055.941/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 12/4/2018.

Em razão de o tema estar sobre apreciação em repercussão geral, mantenho o meu entendimento até aqui manifestado.

Com efeito, não obstante os argumentos trazidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos inseridos na decisão agravada.

Malgrado esta Corte admita o intercâmbio de informações entre as instituições financeiras e a autoridade fiscal para fins de constituição do crédito tributário, isso não significa que o *dominus litis* possa utilizar-se de tais dados para que seja deflagrada ação penal, porquanto representa verdadeira quebra de sigilo constitucional, inserida em reserva de jurisdição, e não mero compartilhamento de informações. Como cediço, o sigilo bancário, garantido no art. 5º da Constituição da República, somente pode ser suprimido por ordem judicial devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Repise-se, dessarte, que, apesar de reconhecida, em repercussão geral, a desnecessidade de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo bancário para fins de constituição de crédito tributário, penso que não se pode admitir que os dados obtidos, de forma sigilosa, pelo Fisco sejam repassados ao Ministério Público ou à autoridade policial, para uso em ação penal.

Assim sendo, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de Agravo Interno interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão monocrática proferida pelo douto Relator às fls. 987-988, que negou provimento ao apelo extremo, aduzindo, para

tanto, que o Ministério Público não pode se valer dos dados bancários lhe remetidos pela autoridade fiscal para propor ação penal, sem autorização judicial de quebra do sigilo bancário.

Depreende-se dos autos que Ricardo de Faria foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela prática, em tese, do delito capitulado no art. 1º, da Lei n. 8.137/90 (crime contra a ordem tributária), em razão de possível omissão, junto a autoridade fazendária, de rendimentos referentes a depósitos efetuados em contas bancárias de sua titularidade, em valores de origem injustificada.

Rejeitada a denúncia (fls. 796-800), sob o fundamento da ilegalidade da quebra do sigilo bancário promovida diretamente pela Receita Federal, foi apresentado Recurso em Sentido Estrito pelo *parquet*, tendo a Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negado-lhe provimento, conforme ementa (fls. 868-869):

Penal e Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Quebra de sigilo bancário diretamente pela Receita Federal do Brasil. Necessidade de prévia autorização judicial para fins de instrução criminal. Posição do Superior Tribunal de Justiça. Recurso desprovido.

1 - O Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental de constitucionalidade, no julgamento do RE n. 389.808, proferiu decisão no sentido de que conflita com a Constituição Federal qualquer interpretação do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 “que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário.”

2 - O C. Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, nos termos do art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, apreciar, em grau de recurso, decisões que contrariem lei federal, adotou posição no sentido de que, para utilização em processo criminal, os dados bancários devem ser obtidos com autorização judicial.

3 - As Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ reputam ilegal o compartilhamento, pela Receita Federal, de dados sigilosos obtidos sem autorização judicial, e reconhecem a nulidade de tal prova no âmbito penal e, por conseguinte, da ação penal fundada em tais dados.

4 - Caso concreto em que a denúncia vem lastreada exclusivamente nos dados bancários obtidos junto a instituições financeiras, sem a competente autorização judicial, e cuja invalidade contamina com o mesmo vício os elementos de convicção derivados dos primeiros, em razão da aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada.

5 - A exclusão das provas ilícitas (originariamente ou por derivação) e a ausência de elementos de prova produzidos a partir de fontes independentes esvaziam a justa causa para a instauração da presente ação penal.

6 - Ausência de justa causa para a ação penal. Manutenção da decisão que rejeitou a denúncia.

7 - Recurso desprovido.

Irresignado, o Ministério Público Federal aviou Recurso Especial, o qual foi desprovido monocraticamente pelo em. Relator, motivando a propositura do presente Agravo Interno.

Sustenta o agravante, em resenha, a licitude da prova obtida pela Receita Federal no curso de ações fiscais, e, posteriormente compartilhada com o Ministério Público quando da conclusão do procedimento fiscalizatório, independentemente de autorização judicial, pois decorrente da obrigação fazendária de comunicar crimes, e fornecer a documentação necessária, aos órgãos de controle, nos termos do art. 8º, da Lei n. 8.021/90, e art. 1º, § 3º, inc. IV, da Lei Complementar n. 105/2001.

Aduz que a obtenção de dados bancários pela Receita Federal não representa quebra de sigilo, mas sim mera transferência de informações, e que o posterior compartilhamento com as autoridades competentes, advém do dever de comunicar possíveis ilícitos penais e administrativos às autoridades competentes.

Desse modo, defende a legalidade da prova colhida, e a possibilidade de seu emprego na seara penal.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, a fim de '*reconhecer a licitude das provas que instruíram a denúncia, recebendo-a*' (fls. 899 e-STJ).

O digno Ministro Relator, Ribeiro Dantas, por sua vez, votou pelo não provimento do Agravo, mantendo a decisão monocrática anterior, cuja ementa ora transcrevo:

Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Quebra de sigilo bancário pela Receita Federal. Repasse de dados ao Ministério Público para uso em ação penal. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido.

1. Apesar de possível a quebra de sigilo bancário e fiscal, sem autorização judicial, pelo fisco, as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, na esteira de orientação do STF (HC 125.218, Relator Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, julgado em 24/05/2016, Processo Eletrônico SJe-116 divulg 6/6/2016 public 7/6/2016), não admitem que os dados sigilosos obtidos sejam repassados ao Ministério Público ou à autoridade policial, para uso em ação penal, pois a sua obtenção é desprovida de autorização judicial. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

É o relatório.

Pois bem. Compulsando as premissas que edificaram o voto do e. Ministro Relator, ressaltou que *‘malgrado esta Corte admita o intercâmbio de informações entre as instituições financeiras e a autoridade fiscal para fins de constituição do crédito tributário, isso não significa que o dominus litis possa utilizar-se de tais dados para que seja deflagrada ação penal, porquanto representa verdadeira quebra de sigilo constitucional, inserida em reserva de jurisdição, e não mero compartilhamento de informações.’*

Destaca a imprescindibilidade da prévia autorização judicial de quebra do sigilo bancário para uso em ação penal, na hipótese da representação fiscal conter dados bancários sigilosos, sob pena de invalidade da prova.

Assim, diante da não observância da reserva de jurisdição, concluiu pela ilegalidade da prova obtida pelo *dominus litis*.

Não obstante concordar com o Senhor Relator quanto a prescindibilidade de autorização judicial para a requisição de informações bancárias pela Receita Federal, como meio de concretizar seus mecanismos fiscalizatórios na seara tributária, ante a constitucionalidade da disciplina contida no art. 6º, da Lei Complementar n. 105/2001, reconhecida pela Suprema Corte no julgamento do RE n. 601.314/SP, sob a sistemática da repercussão geral, *venho, respeitosamente, divergir com relação ao segundo tópico abordado*, alusivo ao compartilhamento de tais informações sigilosas com o Ministério Público ou autoridade policial, independentemente de intervenção judicial, ao término do procedimento administrativo fiscal, quando vislumbrada a prática de possível ilícito penal.

Nada obstante o entendimento já consagrado neste Tribunal, ao qual me filio, no sentido de que a quebra do sigilo bancário, para fins penais, exige autorização judicial mediante decisão devidamente fundamentada, diante da excepcionalidade da medida, como corolário do princípio da reserva de jurisdição, *a hipótese tratada nos autos detém certa particularidade que impõe conclusão diversa.*

Em que pese as brilhantes razões destacadas pelo eminente Relator, ousou dissentir, amparando-me, para tanto, na recente orientação firmada pela Quinta Turma deste Tribunal, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 75.532/SP, de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik. Por ocasião do mencionado julgamento, assentou-se, de forma unânime, que o envio dos dados sigilosos pela Receita Federal à Polícia ou ao Ministério Público, quando do esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, decorre de mera

obrigação legal de comunicar as autoridades competentes acerca de possível ilícito cometido, não representando assim ofensa ao princípio da reserva de jurisdição o uso de tais elementos compartilhados para fins penais. Segue ementa:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias. Possibilidade. Constituição de crédito tributário. Remessa dos dados para fins de instauração de persecução penal. Imposição legal decorrente de constituição definitiva de crédito tributário. Ilegalidade do conjunto probatório não verificada. Análise que demanda incursão no acervo probatório colhido durante a investigação criminal. Competência do juízo da causa. Impossibilidade na via eleita. Ausência de flagrante ilegalidade. Recurso desprovido.

1. A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, reconhecida a repercussão geral da matéria, firmou entendimento no sentido de que a requisição de informações pela Receita Federal às instituições financeiras prescinde de autorização judicial. Dessa forma, para fins de constituição de crédito tributário, não há que se falar em ilegalidade no compartilhamento de informações entre instituição bancária e fisco.

2. Por outro lado, permanece incólume o entendimento segundo o qual, uma vez obtidas as informações pela Receita Federal, seu encaminhamento ao Ministério Público ou autoridade policial para fins de instauração de ação penal ou inquérito constitui violação do princípio da reserva de jurisdição. In casu, o envio das informações pela Receita Federal à Autoridade Policial decorreu exclusivamente de obrigação legal, tendo em vista o esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, constatada a existência de ilícito penal. Precedentes.

3. 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. Desse modo, ao menos em tese, não se vislumbra ilegalidade nas provas indicadas pela exordial acusatória. Diante dos estreitos limites do rito, afigurar-se-ia prematuro determinar o trancamento da ação penal. Considerando a demonstração da existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias até o presente momento acerca da legalidade das provas produzidas somente poderão ser afastadas após profunda incursão fático-probatória, a ser efetuada no bojo da instrução criminal, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (RHC 75.532/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 17/05/2017, grifei).

Extrai-se do acórdão o seguinte excerto, que bem pondera a singularidade ora ressaltada:

Conclui-se, portanto, que o envio das informações pela Receita Federal à Autoridade Policial decorreu exclusivamente de obrigação legal, tendo em vista o esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, constatada a existência de ilícito penal.

Tal procedimento atende ao disposto na Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, a qual afirma que o tipo penal descrito no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90 somente se configura após lançamento definitivo do crédito tributário, justamente o que ocorreu no caso concreto.

Com efeito, como bem destacado no voto condutor, constitui obrigação dos órgãos de fiscalização tributária, prevista no art. 83, da Lei n. 9.430/96 (redação dada pela Lei n. 12.350/2010) comunicar o Ministério Público, quando do encerramento do procedimento administrativo sobre exigência de crédito tributário, eventual prática de crime. E mais, não configura quebra do dever de sigilo ‘a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa’ (inc. IV, do § 3º, do art. 1º, da Lei Complementar n. 105/2001).

Como se vê, os citados dispositivos expressamente albergam o dever de remessa de dados bancários indicativos de eventual ilícito penal ao Ministério Público, a partir do término do procedimento administrativo tributário, como forma de permitir a investigação e persecução penal. Desse modo, a ação penal fundada em tais elementos não pode ser tomada como ofensiva à reserva de jurisdição, pois amparada em exceção categórica da legislação. Vale dizer, sendo legítimo os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se igualmente lícita sua utilização para fins da persecução criminal, a partir da comunicação obrigatória promovida pela Receita Federal no cumprimento de seu dever legal, quando do término da fase administrativa.

Sobre o assunto, lapidar o julgado da Sexta Turma deste Tribunal:

Habeas corpus. Trâmite concomitante com recurso em habeas corpus. Conhecimento do writ. Estágio processual mais avançado. Liminar deferida. Crime contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Ilicitude da prova embasadora da denúncia. Compartilhamento dos dados bancários obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público.

1. Embora tenha chegado ao Superior Tribunal de Justiça o RHC n. 93.868, interposto pelos ora pacientes contra o mesmo acórdão atacado neste *habeas corpus*, o recurso, meio adequado para impugnar o julgado do Tribunal Regional Federal, estava em estágio processual menos avançado que o *writ*, o qual foi processado com medida liminar deferida.

2. É imperiosa a necessidade de alinhamento da jurisprudência dos tribunais nacionais a fim de preservar a segurança jurídica, bem como afastar a excessiva litigiosidade na sociedade e a morosidade da Justiça.

3. O entendimento de que é incabível o uso da chamada prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal, tendo em vista que a obtenção da prova (a quebra do sigilo bancário) não conta com autorização judicial contraria a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal de que é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.

4. *No caso, não há falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia contra os pacientes, porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia-Geral da União, para cobrança do crédito tributário, também o é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária (Precedentes do STF).*

5. Ordem denegada. Liminar cassada. (HC 422.473/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 27/03/2018, grifei).

Recentemente, a Suprema Corte também teve a oportunidade de se manifestar acerca do tópico em exame, assentando a legitimidade da prova material obtida no procedimento administrativo tributário, nos termos do art. 6º, da Lei Complementar n. 105/2001, e licitude de seu compartilhamento com o Ministério Público para fins da persecução criminal, independentemente de autorização judicial:

Direito Penal. Agravo interno em recurso extraordinário. Art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001. Constitucionalidade. Utilização de dados obtidos pela Receita Federal para instrução penal. Possibilidade.

1. *O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, que permitiu o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial.*

2. *Da mesma forma, esta Corte entende ser possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal para fins de instrução penal. Precedentes.*

3. Agravo interno a que se nega provimento. (RE 1.041.285 AgR-AgR/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, DJe 14/11/2017, grifei).

No mesmo sentido, tem-se os seguintes julgados, todos do Supremo Tribunal Federal: ARE n. 929.356, de relatoria do Senhor Ministro Roberto Barroso; ARE n. 998.818, de relatoria do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski; e ARE n. 953.058, de relatoria do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Deste último precedente colhe-se relevante passagem, que bem enfrenta a questão:

“Nessa esteira, frisa-se que o sigilo das informações bancárias foi mantido no processo judicial, que está sob manto do segredo de justiça, limitando-se o acesso às partes e ao Poder Judiciário.

Ademais, a teor do art. 198, § 3º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela Lei Complementar 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Dessa maneira, sendo legítimo os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal. Sobretudo, quando se observa que a omissão da informação revelou a efetiva supressão de tributos, demonstrando a materialidade exigida para configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao Parquet.”

Em síntese, não constitui ofensa ao princípio da reserva de jurisdição o uso pelo Ministério Público, para fins penais, sem autorização judicial, de dados bancários legitimamente obtidos pela Receita Federal (LC n. 105/2001, art. 6º) e compartilhados no cumprimento de seu dever legal, por ocasião do esgotamento da via administrativa fiscalizatória e constatação de possível prática de crime tributário.

O caso em exame se enquadra exatamente nesta exceção supra desenhada. Evidencia-se que a denúncia oferecida pelo Ministério Público amparou-se nos elementos de prova lhe remetidos pela Receita Federal quando do encerramento do Processo Administrativo Fiscal n. 19515.001225/2006-13, dentre os quais dados bancários.

Assim, há que se concluir pela licitude da prova compartilhada pela Receita Federal com o Ministério Público, o que impõe a reforma da decisão que rejeitou a denúncia, determinando, por conseguinte, novo juízo de admissibilidade da peça acusatória.

Ante o exposto, *divirjo do douto Relator*, para dar provimento ao Agravo Regimental ofertado, reformando a decisão monocrática proferida às fls. 987/988 e-STJ, para o efeito de dar parcial provimento ao Recurso Especial interposto, reconhecendo a licitude da prova, bem assim determinar novo juízo de admissibilidade da denúncia ofertada.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.
101.027-PR (2018/0185190-3)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Roberto Teixeira

Advogado: Antonio Claudio Mariz de Oliveira e outro(s) - SP023183

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*. Trancamento. Ação penal. Inépcia. Atipicidade. Constrangimento ilegal. Não configurado. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade.

III - A liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus* ou de seu recurso ordinário, uma vez que seu manejo pressupõe uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano.

IV - No que se refere à inépcia da inicial, segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, ressalta-se que a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio *in dubio pro societate*.

V - *In casu*, mostra-se prematuro o trancamento da ação penal neste momento processual, e por meio da presente via, já que, diversamente do alegado pelo agravante, torna-se sim imprescindível um melhor delineamento fático dos supostos delitos, para se alcançar conclusão diversa daquela proferida pelo Tribunal de origem.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 10.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha relatoria, a qual negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* impetrado em favor de *Roberto Teixeira*, com fundamento na ausência de flagrante ilegalidade hábil a justificar a alteração do *decisum*, aliado à impossibilidade de exame de fatos e provas em sede de *habeas corpus* (fls. 778-792).

Ressai das alegações aventadas pelo agravante, a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, insistindo nas teses defendidas no recurso ordinário. Para tanto, sustenta a inépcia da denúncia, ao argumento de que: “*não*

houve descrição satisfatória da participação do agravante na suposta atividade ilícita de terceiro” (fl. 799). Diz que, para se alcançar tal conclusão, bastaria a leitura dos termos da petição inicial acusatória, sendo desnecessário o exame de fatos e provas.

Assevera que a descrição da sua conduta se restringe ao que consta na página 151 da denúncia, no sentido de que: “*o agravante teria: (i) ‘proposto’ (fls. 151 da denúncia) a celebração de um ‘contrato fictício’ entre a Construtora Rodrigues do Prado e Fernando Bittar, (ii) ‘solicitado’ (fls. 151 da denúncia) que o contrato contivesse valores e forma de pagamento compatíveis com a renda de Fernando Bittar, e ainda (iii) ‘solicitado’ que os recibos fossem a ele entregues (fls. 151 da denúncia)*” (fl. 800).

Diz que as condutas acima narradas são atípicas, não se equiparando à “instigação” ou “induzimento”, sequer sob o fundamento da participação, apontando que: “*todas as supostas condutas praticadas pelo agravante, que justificariam a continuidade da ação penal e seriam as ‘indicações’ em outras páginas, são atividades inerentes à profissão de advogado*” (fls. 803-804).

Com essas considerações, requer o provimento do agravo regimental, para que seja dado provimento ao recurso ordinário, com a concessão da ordem, mediante sua exclusão do polo passivo da ação penal em trâmite no juízo de origem.

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente Agravo Regimental não merece provimento.

Sustenta o Agravante a necessidade de reforma do *decisum*, ao argumento de que a denúncia contra si oferecida é inepta, sendo atípicas as condutas ali narradas pelo Ministério Público Federal, cuja ilegalidade pode ser sanada na presente impetração, já que não depende de exame de fatos e provas.

Pois bem. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos. Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis

a alterar a decisão de fls. 778-792. Ao contrário, os argumentos ali externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Em sede de recurso ordinário, pretende o recorrente, em síntese, o trancamento da ação penal, relativa à suposta prática do delito de lavagem de dinheiro, com fundamento na inépcia da denúncia recebida pelo juízo de origem, em virtude da atipicidade das condutas a si imputadas.

Ocorre que, na esteira dos precedentes desta Corte Especial, o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade.

A liquidez dos fatos, cumpre ressaltar, constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus* ou de seu recurso ordinário, uma vez que seu manejo pressupõe uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano.

Corroborando tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes do col. Pretório Excelso:

Habeas corpus. Constitucional. Penal. Processual Penal. Corrupção passiva. Formação de quadrilha. Trancamento de ação penal. Alegação de falta de justa causa. Necessidade de exame das provas dos autos. Precedentes. Ordem denegada. 1. **O trancamento de ação penal em habeas corpus constitui medida excepcional, que só se justifica nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade ou de ausência, demonstrada de plano, de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas.** 2. **Não se admite no habeas corpus a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência do Paciente.** 3. O trancamento da ação penal em relação a outros corréus não permite, por si só, a conclusão de que estaria o Paciente sofrendo constrangimento ilegal, não se inferindo dos autos que exista uma identidade entre a situação deles e a do Paciente. 4. *Habeas corpus* denegado (HC n. 115.116/RJ, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Carmen Lúcia**, DJe de 17/11/2014, negritei).

Habeas corpus originário. Peculato-furto. Crime militar. Munições de uso restrito das Forças Armadas. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Denúncia que permite ao acusado o exercício da ampla defesa. Princípio da insignificância. Inviabilidade. Relevância penal da conduta. 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que **“o trancamento da ação penal pela via restrita do habeas corpus é**

medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade” (RHC 119.607, Rel. Min. Luiz Fux). 2. A denúncia descreve suficientemente os fatos, ao menos em tese, caracterizadores do crime de peculato-furto (art. 303, § 2º, do Código Penal Militar) e está embasada em elementos concretos colhidos no curso do inquérito policial militar. Peça inaugural que permite ao acusado o pleno exercício do direito de defesa. 3. A subtração de munições de uso restrito, de propriedade das Forças Armadas, não permite a aplicação do princípio da insignificância penal. 4. *Habeas Corpus* indeferido (HC n. 108.168/PE, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe de 3/9/2014, negritei).

Habeas corpus. 2. Art. 334, § 1º, “c” e “d”, do Código Penal (contrabando de máquinas caça-níqueis). Absolvição durante a suspensão condicional do processo. 3. Pedido de trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não ocorrência. 4. Satisfeitos os requisitos do art. 41, do CPP e não comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Precedentes. 5. Ordem denegada (HC n. 115.730/ES, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe de 3/6/2014).

A par dessa premissa e reanalisando o presente feito, conclui-se que, de fato, não há como se constatar, de plano, a alegada inépcia da denúncia e tampouco atipicidade das condutas imputadas ao agravante.

Consoante fundamentado na decisão ora agravada, o representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia, acostada às fls. 13-180, individualizando as condutas supostamente ilícitas imputadas ao Paciente, nos seguintes termos:

*“O Ministério Público Federal ademais denuncia **Lula, Emílio Odebrecht, Alexandrino Alencar, Carlos Armando Paschoal, Emyr Diniz Costa Júnior, Rogério Aurélio Pimentel [Rogério Aurélio], ROBERTO TEIXEIRA e Fernando Bittar**, são denunciados pela prática, por 18 (dezoito) vezes, do crime de lavagem de dinheiro, em sua forma majorada, conforme previsto no art. 1º c/c o art. 1º § 4º, da Lei n. 9.613/98. O montante de dinheiro lavado mediante tais condutas totalizou R\$ 700.000,00, conforme adiante será narrado.*

*Luiz Inácio Lula da Silva [Lula], de modo consciente e voluntário, no contexto das atividades de organização criminosa, em concurso e unidade de desígnios com **Emílio Odebrecht, Alexandrino Alencar, Carlos Armando Paschoal, Emyr Diniz Costa Júnior, Rogério Aurélio Pimentel [Rogério Aurélio], ROBERTO TEIXEIRA e Fernando Bittar**, no período compreendido entre 27 de outubro de 2010*

e junho de 2011, dissimularam e ocultaram a origem, a movimentação, a disposição e a propriedade de aproximadamente R\$ 700.000.00 provenientes dos crimes de cartel, fraude a licitação e corrupção praticados pela **Odebrecht** em detrimento da **Petrobras**, por meio da realização de reformas estruturais e de acabamento no Sítio de Atibaia, adequando-o às necessidades da família do ex-Presidente da República; motivo pelo qual incorreram no delito tipificado no art. 1º c/c o art. 1º § 4º, da Lei n. 9.613/98, por 18 (dezoito) vezes. Tal valor – R\$ 700.000.00 – foi objeto de solicitação a **Alexandrino Alencar** e **Emílio Odebrecht**, constituindo-se de vantagem indevida recebida por **Lula** em razão do cargo de Presidente da República, agravada pela prática de atos de ofício, comissivos e omissivos, consistentes, entre outros, na nomeação e manutenção dos Diretores de Abastecimento, de Serviços e Internacional da **Petrobras** comprometidos com o esquema criminoso” (fl. 18).

“Nas operações de compra do sítio de Atibaia/SP também se verifica a participação do advogado **ROBERTO TEIXEIRA**, sócio do escritório **Teixeira, Martins e Advogados** (CNPJ 04.485.143/0001-91), o qual goza da extrema confiança de **Lula**, sendo responsável por representá-lo, bem como a seus familiares, em ações judiciais.

A participação de **ROBERTO TEIXEIRA** na aquisição do sítio foi reconhecida por **Adalton Emílio Santarelu**, vendedor da propriedade, o qual informou que **ROBERTO TEIXEIRA** foi o advogado que representou **Jonas Leite Suassuna Filho** e **Fernando Bittar** na aquisição do imóvel, em 2010” (fl. 125).

“Ouvindo pelo MPF o tabelião que participou do ato, **Gilberto Amaral de Souza**, revelou que **ROBERTO TEIXEIRA** é cliente do 23º Tabelionato de Notas há aproximadamente 15 anos, tendo realizado neste período cerca de 20 ou 30 atos, todos conduzidos pelo escrevente **João Nicola Rizzi**.

João Nicola Rizzi, ao seu turno, revelou que todas as escrituras lavradas no interesse de **ROBERTO TEIXEIRA** tiveram as assinaturas colhidas no escritório de advocacia desse. Disse ainda que as únicas escrituras lavradas a pedido de **ROBERTO TEIXEIRA** no interesse de **Jonas Leite Suassuna Filho** e **Fernando Bittar** foram essas das propriedades rurais sob comento. Aliás, em consulta a base de dados da ‘Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC’ constatou-se que inexistem procurações formalizadas por **Jonas Leite Suassuna Filho** ou por **Fernando Bittar** em favor de **ROBERTO TEIXEIRA**, ao passo que foram encontrados 2 (dois) registros de procurações lavradas por **Lula** constituindo **ROBERTO TEIXEIRA** como mandatário, isso sem levar em conta o fato de ser público e notório que ser este o advogado do ex-Presidente da República.

*A relação bastante próxima entre **ROBERTO TEIXEIRA** e **Lula** também é evidenciada a partir das informações prestadas por **Matuzalem Clementoni**, em depoimento colhido pelo **Ministério Público Federal**. Segundo ele, **Luiz Inácio Lula da Silva** teria sido padrinho de casamento da filha de **ROBERTO TEIXEIRA**. Ademais, fontes públicas noticiam a amizade de longa data entre os dois.*

*Chama a atenção também o fato de que, conforme obtido em fontes abertas na internet, **Luiz Cláudio Lula da Silva**, outro filho de **Lula**, reside em apartamento no 6º andar do edifício Cristal, localizado na Alameda Jaú, n. 1.874 nos Jardins, São Paulo/SP. O referido bem está registrado no nome da **Mito Participações Ltda.** (CNPJ: 44218832000154), sociedade empresária de que são sócias, **Larissa Teixeira Quattrini**, **Elvira Angelina Teixeira**, e **Valeska Teixeira Zanin**, todas parentes de **ROBERTO TEIXEIRA**, cabendo ainda destacar que este foi sócio-administrador da empresa de 15/12/1997 a 09/12/2005.*

*As evidências ficam ainda mais claras quando se passa a analisar o depoimento do vendedor do sítio, **Adalton Emílio Santarelli**, o qual revelou: (a) em 2010, foi procurado por **Jonas Leite Suassuna Filho** e **Fernando Bittar** que estariam interessados em adquirir o sítio; (b) os compradores expressamente pediram que o pagamento fosse feito em duas parcelas, com um sinal e o restante após as eleições presidenciais de 2010 (tanto assim, que foi paga correção monetária no valor de R\$ 39.200,00 em razão desse lapso temporal); (c) a negociação teve participação ativa de **ROBERTO TEIXEIRA**, sendo que este foi quem indicou o tamanho do 'quinhão' de cada comprador; (d) após a venda das propriedades, começou a ouvir rumores no município de Atibaia/SP de que o proprietário do sítio seria **Lula**. O vendedor do sítio disse ainda que, na época da venda, o caseiro do sítio atendia pelo apelido de '**Maradona**'.*

*Em suma, o fato de o advogado **ROBERTO TEIXEIRA** ter participado da aquisição do sítio, tendo sido, inclusive, lavradas as escrituras das compras em seu escritório, somado à circunstância de **ROBERTO TEIXEIRA** ser bastante próximo de **Lula** e de sua família, e não de **Jonas Leite Suassuna Filho** e **Fernando Bittar**, formais adquirentes do sítio, é mais um indício de que esses 'amigos da família' serviram apenas para ocultar o fato de que a propriedade foi adquirida em benefício de **Lula**. Ressalte-se que **ROBERTO TEIXEIRA** também foi um dos responsáveis por atos de lavagem de dinheiro que tinham por intuito ocultar a origem dos valores empregados pela **Odebrecht** em favor de **Lula**, como será visto em tópico próprio" (fls. 125-127).*

“Em relação a tais notas fiscais e recibos relacionados ao Sítio de Atibaia, objeto de apreensão na residência de **Lula** em São Bernardo do Campo, **Emyr Costa**, engenheiro da **Odebrecht** que celebrou acordo de colaboração premiada, informou que **ROBERTO TEIXEIRA**, no intuito de ocultar a participação da **Odebrecht** na reforma, pediu ao colaborador a celebração de um contrato com o nome de **Fernando Bittar**, bem como algumas notas fiscais relacionadas às reformas para comprovação dos recursos dispendidos na obra. Segundo **Emyr Costa**, **Frederico Barbosa**, engenheiro que trabalhou in loco no sítio, havia lhe passado algumas notas fiscais e recibos para comprovação de gastos. Nesse contexto, **Emyr Costa**, atendendo aos pedidos de **ROBERTO TEIXEIRA**, compareceu no escritório do advogado de **Lula** e lhe entregou as notas fiscais que tinha em sua posse. Segundo **Emyr Costa**, as notas apreendidas em São Bernardo do Campo, inclusive a que estava em nome de **Paulo Kantovtz**, são aquelas que o colaborador havia entregue a **ROBERTO TEIXEIRA**” (fl. 135-136).

“Em meados de fevereiro e março de 2011, **ROBERTO TEIXEIRA**, previamente acordado com **Lula**, fez contato com **Alexandrino Alencar** com intuito de ocultar qualquer tipo de referência a **Odebrecht** e a **Lula** na reforma. Assim, para viabilizar a ‘regularização da obra’, ou seja, a ocultação e dissimulação da origem, propriedade e natureza criminosa dos valores, **ROBERTO TEIXEIRA** agendou uma reunião em seu escritório, localizado na Rua Padre João Manoel, 755, 19º andar, em São Paulo, na qual compareceram **Alexandrino Alencar** e **Emyr Costa**.

Na referida reunião, com o objetivo de dissimular a origem dos recursos empregados e seu beneficiário final, **ROBERTO TEIXEIRA**, previamente ajustado com **Lula** e **Fernando Bittar**, propôs a **Alexandrino Alencar** e **Emyr Costa** a celebração de um contrato fictício entre a **Construtora Rodrigues do Prado** e **Fernando Bittar**, abrangendo a totalidade das obras executadas no local. **Fernando Bittar** sabia que **Lula** era o proprietário real e possuidor do sítio e o beneficiário das reformas custeadas pela **Odebrecht**, assim como que **Lula** havia desempenhado relevante função pública de Presidente da República, sendo ainda notória a existência pretérita de contratos e interesses da **Odebrecht** em negócios no governo federal, o que caracterizava a olhos vistos a ilicitude da relação. Some-se que evidentemente foge ao padrão uma empreiteira desse porte realizar obras em um sítio.

Na ocasião, **ROBERTO TEIXEIRA** solicitou que o contrato fictício entre **Fernando Bittar** e a **Construtora Rodrigues do Prado** contivesse valores e forma de pagamentos compatíveis com a renda de **Fernando Bittar**. Além disso, **ROBERTO**

TEIXEIRA solicitou que os recibos disponíveis de compra dos materiais de construção, pagos com dinheiro disponibilizado pela **Odebrecht**, fossem a ele entregues.

Posteriormente à reunião, **Emyr Costa** redigiu o contrato fictício entre **Fernando Bittar** e a **Construtor Rodrigues do Prado**, no valor aproximado de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e designou encontro com **Carlos Rodrigues do Prado** para colheita de assinatura. No dia 30 de maio de 2011, a **Construtora Rodrigues do Prado** emitiu a Nota Fiscal n. 0243, em nome de **Fernando Bittar**.

Retornando ao escritório de **ROBERTO TEIXEIRA**, **Emyr Costa** entregou ao advogado o contrato assinado, nota fiscal, bem como recibos de compra de materiais de construção relacionados ao Sítio de Atibaia, cujos custos foram arcados pela **Odebrecht** (fl. 163).

De sua vez, o Magistrado de origem recebeu a denúncia, fundamentando sua decisão, *in verbis*:

“Roberto Teixeira, advogado e amigo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, teria participado da reforma do sítio, ocultado documentos que demonstravam a ligação da Odebrecht com a reforma e orientado engenheiro da Odebrecht a celebrar contrato fraudulento com Fernando Bittar para ocultar o envolvimento da Odebrecht no custeio e que o ex-Presidente era o beneficiário” (fl. 185).

“Segundo, relativamente à imputação contra Roberto Teixeira, há indícios de que participou, conscientemente, de fraudes para ocultar quem custeava as reformas do Sítio de Atibaia e quem era o real beneficiário.

Não ignora este Juízo a necessidade de se proteger juridicamente a relação entre cliente e advogado, mas não há imunidade desta relação, conforme jurisprudência consolidada nos tribunais pátrios, bem como como assim se procede no Direito Comparado, quando o próprio advogado se envolve em ilícitos criminais, ainda que a título de assessoramento de seu cliente, havendo fundada suspeita no presente caso em relação às condutas de Roberto Teixeira.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a proteção jurídica da relação cliente/advogado, o assim denominado ‘attorney/client privilege’ fica sujeito a, assim denominada, ‘crime-fraud exception’:

‘Nós devemos sempre ter em mente que o propósito da exceção crime-fraude é a de assegurar que o ‘selo’ do segredo entre advogado e cliente não se estende à comunicação do advogado para o cliente e feita pelo advogado com o propósito de dar conselho para o cometimento de uma fraude ou de um crime. O selo é quebrado quando a comunicação

do advogado é dirigida a facilitar mafeitorias pelo cliente.’ (Haines v. Ligget Group, Inc. 975 F.2d 81, 90 – 3º Circuito Federal, 1992)

Além disso, a proteção jurídica restringe-se à relação entre advogado e cliente que seja pertinente à assistência jurídica lícita, não abrangendo a prática de atividades criminosas. Nessa última hipótese, o advogado não age como tal, ou seja, não age em defesa de seu cliente ou para prestar-lhe assistência jurídica, mas sim como associado ao crime. Em feliz síntese, a proteção jurídica aplica-se somente:

‘(1) o titular do direito é ou deve tornar-se um cliente; (2) a pessoa para quem a comunicação foi feita (a) é inscrito na Ordem ou é seu subordinado e (b) em conexão com a comunicação está agindo como advogado; (3) a comunicação está relacionada a um fato do qual o advogado foi informado (a) por seu cliente (b) sem a presença de estranhos (c) para o propósito de obter primeiramente (i) um opinião legal ou (ii) serviços jurídicos ou (iii) assistência em processos legais, e não (d) para o propósito e cometer um crime ou um ilícito; e (4) o direito foi (a) invocado e (b) não renunciado pelo cliente.’ (SULLIVAN, Julie R. Federal IVhite Collar Crime: Cases and Materials. West Group, 2001, p. 863-864.)

Esse entendimento está conforme a jurisprudência reiterada do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, cite-se como exemplo o decidido pelo Plenário desta Egrégia Suprema Corte no Inquérito 2424/RJ, Plenário, 26/11/2008, Relator, o eminente Ministro Cezar Peluzo, admitindo a validade de investigações contra advogado que assessora cliente na prática de crimes, o que significa, em outras palavras, a ausência de qualquer imunidade no contexto:

[...]

Então, a condição de advogado de Roberto Teixeira não o imuniza contra a imputação” (fls. 191-192).

Depreende-se dos autos que, contra essa decisão, a Defesa impetrou *habeas corpus*, tendo o c. Tribunal Regional Federal de origem denegado a ordem, em acórdão, do qual transcrevo os seguintes excertos, no ponto em que interessam ao presente julgamento:

“2.1.1. O recebimento da denúncia é momento inicial da persecução penal quando desnecessária prova cabal da participação de cada um dos réus nos crimes narrados. Neste estágio, tampouco será imutável a tipificação dada. Os indícios em que se sustenta a denúncia não constituem prova definitiva porque devem passar pelo crivo do contraditório, de modo que os elementos apurados nessa fase processual

servirão para corroborar ou não indícios em que amparada a denúncia. Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a emendatio libelli ou a mutatio libelli, se a instrução criminal assim o indicar' (HC 87.324, Rei. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 18.5.2007).

Isto é, a prova colhida durante a investigação somada aos demais elementos carreados aos autos na fase de instrução servirão para formar a convicção do magistrado, resultando na prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o grau de certeza que o magistrado extrair de todo o conjunto probatório. Não há nisso, alerte-se, qualquer violação ao devido processo legal e à presunção de inocência, pois, uma vez fixadas as balizas pelos fatos, ainda que de maneira sucinta, é possível o prosseguimento da ação penal.

Observe-se que o art. 41 do Código de Processo Penal, em consonância com as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, exige que a denúncia aponte o fato criminoso que se imputa ao denunciado com todas as suas circunstâncias, ou seja, delimitando os elementos indispensáveis à sua perfeita individualização: (a) quem; (b) onde; (c) quando; (d) quanto (TRF4, Recurso em Sentido Estrito n. 5002776-86.2013.404.7208, 8ª Turma, minha relatoria, unânime, em 13/06/2014).

Sintetizando, estando a acusação em conformidade com o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a trazer prova da materialidade e indícios de autoria, rejeita-se o pedido de declaração da sua inépcia. Nesse sentido:

[...]

2.1.2. Não se olvida que a resposta do direito penal deve ser proporcional à relevância e ao grau de reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, o que traz reflexos no tipo incriminador.

Contudo, é aconselhável que se aguarde o desenrolar da ação penal, cabendo neste estágio apenas aferir a aptidão da inicial. No caso, a peça inaugural é absolutamente compreensível pela defesa, sendo que os fatos e o modo dos crimes estão suficientemente indicados pela acusação. Sobre o ponto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...]

Ao paciente são imputados os crimes de lavagem de dinheiro em 18 oportunidades, como tipificado no art. 1º, 'caput', c/c art. 1º § 4º da Lei n. 9.613/98. Em linhas gerais, a acusatória narra que o paciente no período compreendido entre 27 de outubro de 2010 e junho de 2011, teria auxiliado o corréu LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA a dissimular e ocultar a origem, a movimentação, a disposição e a propriedade de aproximadamente R\$ 700.000,00, provenientes dos crimes de cartel, fraude à licitação e corrupção praticados pela ODEBRECHT em detrimento da PETROBRAS, por meio da realização de reformas estruturais e de acabamento no Sítio de Atibaia, adequando-o às necessidades da família do ex-Presidente.

Pois bem, a narrativa é bastante detalhada, indica o modus operandi, os agentes envolvidos, o somatório de valores eventualmente branqueados, a sua origem, o grau de participação da paciente e dá a definição típica que o Ministério Público Federal entende adequada, pelo que não se há falar de sua inépcia.

2.2. Atipicidade das condutas

2.2.1. Sustenta a defesa a atipicidade da conduta do paciente, pois não haverá como se aceitar que as condutas de fazer uma 'proposta' e duas 'solicitações' possam ser consideradas como uma participação em lavagem de dinheiro. Afirma que as condutas atribuídas ao paciente não se inserem na cadeia causal do crime imputado – que teria ocorrido independentemente de sua participação –, e que 'propor' e 'solicitar' são condutas irrelevantes penalmente.

Não prospera a insurgência.

A tese acusatória refere que o paciente teria auxiliado o ex-Presidente da República a ocultar a origem dos valores utilizados na negociação do sítio de Atibaia – e desse fato vem ele se defendendo, segundo a extensa narrativa e a imputação da peça inicial.

Na dicção do art. 29 do Código penal, 'quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade', de modo que resumir a acusação ao mero auxílio, à proposição ou à solicitação como quer a defesa, significaria, de imediato, minimizar e descontextualizar a atuação do paciente, a quem são imputados '18 (dezoito) vezes, do crime de lavagem de dinheiro, em sua forma majorada, previsto no art. 1º c/c o art. 1º § 4º, da Lei n. 9.613/98.

O conjunto complexo de fatos, personagens e agentes exige que a denúncia seja examinada por completo e, nessa perspectiva, há indícios da prática dos crimes e da participação efetiva do paciente, o que é suficiente para que seja mantido o curso regular do processo.

Ora, a instrução se presta justamente para aferir se o denunciado agiu com ciência da ilicitude dos seus atos e produziu o resultado, ou, em outra linha, atuou em legítimo exercício profissional.

Em síntese e notadamente em sede mandamental, ambiente destituído de instrução probatória e de cognição exauriente, no qual somente se autoriza a intervenção recursal na hipótese de flagrante ilegalidade, não é possível concluir pela atipicidade das condutas imputadas.

2.2.2. A inicial acusatória não precisa narrar precisamente a função de cada um na organização voltada ao cometimento de ilícitos penais, notadamente quando cometidos por várias pessoas em comunhão de esforços e vontades. Exige-se, nessa linha, relativa tolerância com o grau de generalidade da denúncia.

[...]

O recebimento da denúncia traduz um estágio inicial da persecução penal, não sendo necessária prova robusta ou definitiva da participação de cada um dos réus nos crimes narrados, tampouco há de ser a tipificação dada como definitiva.

Os indícios não constituem prova definitiva porque devem passar pelo crivo do contraditório, que ganha força durante a instrução do processo. Os elementos apurados nessa fase processual servirão para corroborar ou não os indícios em que amparada a denúncia.

Assim, a prova colhida durante a investigação somada aos demais elementos carreados aos autos na fase de instrução, servirão para formar a convicção do magistrado, resultando na prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o grau de certeza que o magistrado extrair de todo o conjunto probatório. Não há aqui qualquer violação ao devido processo legal e à presunção de inocência, pois, uma vez narrados os fatos, ainda que de maneira sucinta, é possível ao magistrado determinar o prosseguimento da ação penal.

[...]

Em conclusão, atendendo a denúncia ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a trazer prova da materialidade e indícios de autoria, rejeita-se o pedido de declaração da sua inépcia” (fls. 305-310, negritei).

Diante de uma análise detida dos excertos da decisão acima transcritos, verifica-se que não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pela presente impetração. A alegação de inépcia da denúncia, de fato, não se sustenta, sobretudo quando se está diante de fatos complexos, os quais envolvem a atuação de várias pessoas, o que corrobora o fundamento adotado pelo Tribunal

de origem, no sentido de que a peça acusatória guarda harmonia com o quanto estabelecido no art. 41 do Código de Processo Penal, notadamente porque prevalece, nessa fase, o princípio *in dubio pro societate*.

Mostra-se, pois, prematuro o trancamento da ação penal neste momento processual, e por meio da presente via, já que, diversamente do alegado pelo agravante, torna-se sim imprescindível um melhor delineamento fático dos supostos delitos, para se alcançar conclusão diversa daquela proferida pelo Tribunal de origem. A tese sustentada pela Defesa depende, em verdade, do exame que será realizado em primeiro grau por ocasião da sentença e que é vedado na presente via pela evidente necessidade, no caso, de revolvimento de material fático-probatório.

Com efeito, não há como se conceber a interpretação conferida pela Defesa à denúncia, inferindo-se das razões recursais a tentativa de reduzir a descrição das condutas do agravante, e de todo o complexo contexto no qual se desenvolveram os fatos delituosos, aos verbos “propor” e “solicitar”, no afã de demonstrar eventual atipicidade dos fatos a ele imputados.

Desta forma, tenho que o pleito de trancamento, tal qual aqui formulado, por exigir cotejo minucioso de fatos e provas, é exame que, na hipótese, e por ora, revela-se inviável, por ser vedado em sede de recurso ordinário em *habeas corpus*.

Esse tem sido o entendimento da reiterada jurisprudência desta Corte Especial. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

Recurso em *habeas corpus*. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Omissão de socorro. Evasão após o sinistro. Trancamento do processo-crime. Excepcionalidade. Justa causa para a persecução penal. Atipicidade das condutas não demonstrada. Maiores incursões sobre o tema que demandariam revolvimento fático-probatório. Negativa de prestação jurisdicional não evidenciada. Recurso desprovido.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a

demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ.

3. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório.

4. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

[...]

8. Recurso ordinário desprovido (RHC n. 90.470/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/06/2018, negritei).

Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação “Lava-Jato”. Lavagem de dinheiro. Trancamento. *Bis in idem*. Alegação de litispendência. Ausência de identidade inequívoca entre os fatos descritos na primeira denúncia e na superveniente, a fim de se reconhecer a ilegalidade da segunda ação penal pela proibição da dupla persecução penal. Revolvimento de material fático-probatório inviável na presente via. Recurso ordinário desprovido.

I - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade (precedentes).

[...]

V - Dessarte, mostra-se prematuro o trancamento da segunda ação penal em trâmite na origem, haja vista a imprescindibilidade de um melhor delineamento fático a fim de se eventualmente acolher a tese da litispendência, exame que efetivamente será realizado em primeiro grau por ocasião da sentença, e que é vedado na presente via pela necessidade de revolvimento de material fático-probatório (precedentes).

Recurso ordinário desprovido (RHC n. 68.070/PR, **Quinta Turma**, de **minha Relatoria**, DJe de 04/05/2016, negritei).

Ademais, os excertos da peça acusatória acima transcritos corroboram, por si só, o parecer exarado pelo Ministério Público Federal no sentido de que “a despeito da alegação de indicação de conduta exclusivamente a fl. 151, verifica-se outras indicações na Denúncia (que se encontra a fl. 13/173)” (fl. 766).

Em síntese, não obstante a tese sustentada no presente agravo interno, não vislumbro qualquer ilegalidade no v. acórdão recorrido passível de correção na presente via. Além disso, o v. acórdão de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, razão pela qual *o desprovemento do presente recurso é medida que se impõe*.

Ante o exposto, por não vislumbrar a existência de argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente exposto, *nego provimento* ao agravo regimental, mantendo o ato decisório tal qual lançado.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 362.735-SP (2016/0184120-2)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Natalia da Costa Nora Bugner

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: M G D

EMENTA

Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Habeas corpus* impetrado em substituição a recurso próprio. Ato infracional equiparado ao delito de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Semiliberdade, a ser cumprida em comarca diversa da residência da adolescente. Vulnerabilidade. Desrespeito às balizas da necessidade e da adequação. Transcurso do tempo. Constrangimento ilegal caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A aplicação das medidas socioeducativas rege-se por normas e princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 100, incisos). Para tal, levar-se-á em conta as necessidades pedagógicas, a adequação da medida e, em especial, a proporcionalidade e atualidade da intervenção, à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada (ECA, art. 100, VIII).

3. A medida consistente em semiliberdade, embora possível em face do ato infracional praticado na espécie, foi aplicada sem as premissas da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, pois não existe unidade para cumprimento de medida de semiliberdade para adolescentes do sexo feminino na comarca onde a jovem reside.

4. *In casu*, foi concedido à adolescente o direito de recorrer em liberdade, de modo que, mesmo tendo o fato ocorrido em 18 de março de 2014, até a presente data, a paciente não deu início ao cumprimento da medida.

5. O fato de a menor ter permanecido em liberdade até o julgamento deste *habeas corpus* também se mostra relevante ao deslinde da *questio*. A aferição de seu comportamento nesse período é essencial para determinar qual medida é adequada e proporcional à responsabilização e reeducação da adolescente. Vale ressaltar que não há qualquer notícia, nestes autos, de retorno da adolescente ao meio infracional.

6. Ponderada a aplicação da medida imposta sob as balizas da necessidade e da adequação em conjunto com a interpretação do art. 100 do ECA, constata-se a inadequação da manutenção da semiliberdade, a ser cumprida em comarca diversa do domicílio da menor, tendo em vista que a colocaria em situação de vulnerabilidade durante grande parte do dia, violando, assim, o caráter pedagógico da medida e os objetivos precípuos do Estatuto. Ao analisar suas condições sociais e pessoais diante do transcurso de tempo – mais de 4 (quatro) anos desde a data do fato –, não mais subsiste a necessidade de submetê-la à execução da semiliberdade anteriormente aplicada.

7. A manutenção e efetiva execução da medida imposta pelas instâncias ordinárias caracteriza violação aos princípios do ECA, o que impossibilita sua manutenção por esta Corte Superior de Justiça.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que a adolescente seja colocada imediatamente em medida(s) socioeducativa(s) em meio aberto, a critério do Juízo singular, a ser cumprida em seu domicílio, e para assegurar à paciente o direito de aguardar, em liberdade assistida, novo pronunciamento jurisdicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presente na Tribuna: Dr. Rafael Ramia Muneratti (p/pacte)

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 19.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de *M. G. D.*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso da Comarca de Ribeirão Preto/SP julgou procedente a representação ofertada pelo Ministério Público e aplicou à adolescente medida socioeducativa consistente em semiliberdade, por ter ela cometido ato infracional análogo ao crime de roubo majorado, previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 8-10).

Da sentença, a Defensoria Pública estadual interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão a seguir reproduzida, negou-lhe provimento:

Ato infracional. Roubo qualificado.

Representação julgada procedente para aplicar medida de semiliberdade a M.G.D., em razão da prática de ato infracional equiparado a roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes. Alegação de insuficiência de provas e de menor participação no roubo. Inadmissibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. *Recurso não provido* (e-STJ, fl. 20).

Inconformada, impetrou nesta Corte este *habeas corpus*, sustentando, em síntese, não ser possível a fixação da providência socioeducativa de semiliberdade à paciente, ainda que tenha praticado ato infracional mediante grave ameaça à pessoa. Sustenta, para tanto, que “a aplicação da semiliberdade, mais de 2 anos após a ocorrência dos fatos imputados à adolescente, se mostra, além de descabida, também desnecessária” uma vez que, “desde então, [M. G. D.] não se envolveu em qualquer outro ato infracional, conforme extrato de Tribunal de Justiça e não ostenta envolvimento em condutas delitivas, tanto que nunca cumpriu medida restritiva de liberdade” (e-STJ, fl. 4), devendo, por isso mesmo, ser arbitrada, *in casu*, providência socioeducativa mais branda.

Assevera, que “a aplicação da medida de semiliberdade implicará retirar [M. G. D.] - adolescente que só conhece a realidade da cidade do interior - do convívio de sua família, colocando-a a mais de 300 quilômetros de distância, na megalópole que é a cidade de São Paulo. Acrescente-se a este cenário que a medida imposta é a de semiliberdade, ou seja, Monaliza ficará sozinha, perambulando pela Capital de São Paulo, durante a maior parte do tempo. Tal panorama mostra que a imposição da medida de semiliberdade é completamente desarrazoada: a intervenção não trará qualquer caráter pedagógico, ao contrário, colocará a adolescente em situação de risco, na medida em que, repise-se, significa colocar uma jovem do interior sozinha, a deslocar-se na Cidade de São Paulo, exposta a todos os perigos e más influências”. Aduz, que “não só o caráter pedagógico da medida será violado, como também um de seus objetivos precípuos, que é o fortalecimento do vínculo familiar, na medida em que a distância entre Ribeirão Preto e São Paulo (mais de 300 quilômetros) dificultará, se não inviabilizará, as visitas da família à adolescente” (e-STJ, fls. 1-5).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que seja determinada “a imediata substituição da medida de semiliberdade por outra em meio aberto, a ser cumprida na cidade de origem” (e-STJ, fl. 5).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 31).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 39-116), o Ministério Público Federal manifestou-se pela “denegação da ordem” (e-STJ, fls. 121-128).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): 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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Dispõe a Lei n. 8.069/1990:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - *responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;*

IV - *interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;*

V - *privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;*

VI - *intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;*

VII - *intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;*

VIII - *proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;*

IX - *responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;*

X - *prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;*

XI - *obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;*

XII - *oitava obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. (Grifou-se.)*

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - *inserção em regime de semiliberdade;*
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (Grifou-se.)

Art. 120. *O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.*

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. (Grifou-se.)

Está inscrito na sentença e no acórdão impugnado, respectivamente:

[...]

Diante dessas circunstâncias, não existe dúvida acerca da autoria do ato infracional, restando plenamente configurada a responsabilidade da adolescente, cuja função certamente foi dar cobertura à ação dos companheiros, permitindo que o crime fosse levado a efeito, sem a intervenção de terceiros.

Comprovadas autoria e materialidade, resta decidir a propósito da medida mais adequada. Trata-se de conduta infracional gravíssima e que demonstra evidente desvio comportamental. A jovem não ostenta antecedentes e, por isso, a medida de semiliberdade se mostra a mais adequada ao propósito educativo que inspira o Estatuto da Criança e do Adolescente e possibilitará maior controle sobre o desenvolvimento da menor, com o objetivo de reintegrá-la à sociedade.

[...] (e-STJ, fl. 9, grifou-se.)

[...]

Verificada, portanto, a prática de ato infracional equiparado a roubo qualificado, pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, cabível a medida socioeducativa de semiliberdade, por expressa autorização do art. 120 do ECA.

Como bem destacado na sentença, a adolescente é primária e não apresenta registros infracionais. Cursa o 7º ano do ensino fundamental, conforme informação da Assistente Social do Município de Ribeirão Preto (fls. 85/90). A somatória desses fatores recomenda seja prestigiada a sentença, reconhecendo-se a possibilidade de se alcançar os objetivos do art. 1º, § 2º, da Lei 12.594/12 (SINASE), por meio de outra medida sociopedagógica que não a internação.

A medida de semiliberdade é a mais adequada ao caso, pois afasta, temporariamente, a menor do convívio familiar e de sua comunidade de origem, mas não o priva totalmente de seu direito de locomoção e da realização de atividades externas, e ainda permite melhor reflexão sobre o caráter ilícito do ato.

[...] (e-STJ, fl. 22, grifou-se)

De seus termos, infere-se que a medida socioeducativa consistente em semiliberdade imposta à adolescente está apoiada, fundamentalmente, em virtude de o ato infracional ter sido por ela cometido com grave ameaça e violência à pessoa e em suas condições pessoais.

Embora o ato infracional correspondente ao roubo majorado seja delito praticado com grave ameaça à pessoa, o que autorizaria, inclusive, a fixação da medida extrema – internação –, a Corte estadual optou pela imposição da medida socioeducativa consistente em semiliberdade. Esta foi aplicada com correção e de forma fundamentada, pois “a adolescente é primária, não apresenta registros infracionais, cursa o 7º ano do ensino fundamental e a medida de semiliberdade – mais adequada ao caso – afasta, temporariamente, a menor do convívio familiar e de sua comunidade de origem, mas não a priva totalmente de seu direito de locomoção e da realização de atividades externas, e ainda permite melhor reflexão sobre o caráter ilícito do ato” (e-STJ, fl. 9-22).

Nesse sentido:

Habeas corpus. Substituição ao recurso especial. Impossibilidade. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao delito de roubo qualificado por concurso de agentes. Medida socioeducativa de semiliberdade. Crime cometido com violência e grave ameaça. Previsão no art. 122, I, do ECA. Inexistência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

(...).

- Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: em razão da prática de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

- No caso dos autos, não se verifica o alegado constrangimento ilegal aos pacientes, pois, a despeito de ser cabível, inclusive, a aplicação de medida de internação, foi aplicada aos pacientes a medida socioeducativa de semiliberdade, em razão da prática de ato infracional grave, equiparado ao delito de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas.

- *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 317.982/SP - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma - Julgado em 15/09/2015 - DJe de 21/09/2015 – grifou-se)

Habeas corpus. ECA. Atos infracionais equiparados aos crimes de roubo majorado e tentativa de homicídio. Imposição das medidas socioeducativas de semiliberdade e de liberdade assistida. Fundamentação concreta. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. Não obstante os atos infracionais tenham sido praticados mediante violência e grave ameaça à pessoa, o que autorizaria a fixação da medida socioeducativa

de internação, o Juízo de primeiro grau optou pela imposição das medidas de semiliberdade e liberdade assistida fundamentando concretamente a escolha, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

2. *Habeas corpus* denegado. (HC 190.206/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 05/12/2011 – grifou-se)

Em princípio, não há ilegalidade na imposição da semiliberdade à adolescente.

Passo à análise das demais alegações da defesa.

Quanto à alegação de falta de atualidade e proporcionalidade da medida imposta pela Corte estadual, tal assertiva merece prosperar.

Vale destacar, por oportuno, que à medida socioeducativa consistente em semiliberdade aplica-se, no que couber, as disposições relativas à internação (art. 120, § 2º, do ECA), ou seja, deve ser *aplicada ou mantida* somente quando evidenciada sua necessidade, observadas a proporcionalidade e atualidade.

Os princípios da proporcionalidade e da atualidade, em tema de aplicação de medidas socioeducativas, devem ser observados “*no momento em que a decisão é tomada*” conforme preconiza o Estatuto (ECA, art. 100, parágrafo único, VIII), ou seja, na aplicação das medidas deve-se levar em conta *a necessidade e adequação à situação de perigo do adolescente* no momento da tomada da decisão.

In casu, foi concedido à adolescente o direito de recorrer em liberdade, de modo que, mesmo tendo o fato ocorrido em 18 de março de 2014, até a presente data, a paciente não deu início ao cumprimento da medida.

Alega a impetrante que:

[...]

a aplicação da medida de semiliberdade implicará retirar Monaliza - adolescente que só conhece a realidade da cidade do interior - do convívio de sua família, colocando-a a mais de 300 quilômetros de distância, na megalópole que é a cidade de São Paulo. *Acrescente-se a este cenário que a medida imposta é a de semiliberdade, ou seja, Monaliza ficará sozinha, perambulando pela Capital de São Paulo, durante a maior parte do tempo.* Tal panorama mostra que a imposição da medida de semiliberdade é completamente desarrazoada: a intervenção não trará qualquer caráter pedagógico, ao contrário, colocará a adolescente em situação de risco, na medida em que, repise-se, significa colocar uma jovem do interior sozinha, a deslocar-se na Cidade de São Paulo, exposta a todos os perigos e más influências. [...] Pontue-se que a aplicação da semiliberdade, mais de 2 anos após a ocorrência dos fatos imputados à adolescente, se mostra, além de descabida, também desnecessária (e-STJ, fls. 3-4 – grifou-se).

Assiste-lhe razão.

Dos termos das decisões das instâncias ordinárias, verifica-se claramente que embora tenha havido observância ao princípio da atualidade, às condições pessoais da menor e ao objetivo de reeducar e reabilitar a adolescente em conflito com a lei àquela época, *não foi observada a baliza da adequação, pois a semiliberdade não trará integral supervisão do Estado sobre a adolescente, colocando-a em situação de vulnerabilidade*, violando o disposto no art. 100, III, do ECA.

Nesse contexto, é certo, também, que esta Corte deve, observados os princípios do ECA, analisar a atualidade, a necessidade, bem como adequação da medida de semiliberdade imposta à *M. G. D.*, em consonância com seus fins pedagógicos, quando do julgamento deste *habeas corpus*. Para isso, além de considerar o transcurso de tempo entre a data do fato e o julgamento deste *writ*, deve avaliar as circunstâncias de vida da adolescente desde àquele tempo, a fim de verificar qual seria a efetividade pedagógica da semiliberdade em comarca distante da qual reside à família, após mais de 4 (quatro) anos do cometimento do ato infracional.

O fato de a menor ter permanecido em liberdade até o julgamento deste *habeas corpus* também se mostra relevante ao deslinde da *questio*. A aferição de seu comportamento nesse período é essencial para determinar qual medida é adequada e proporcional à responsabilização e reeducação da adolescente.

Para isso, valho-me das informações prestadas pelo Juízo singular, as quais esclarecem “a adolescente não se encontra em cumprimento de medida socioeducativa e que na comarca não existe unidade para cumprimento de medida de semiliberdade para adolescentes do sexo feminino”. Ademais, da folha de antecedentes infracionais verifica-se que não houve envolvimento da jovem em qualquer outro ato infracional desde aquela data (Petição OF n. 00389216/2018 – e-STJ, fls. 225-249).

Ponderada a aplicação da medida imposta sob as balizas da necessidade e da adequação em conjunto com a interpretação do inciso VIII, do art. 100 do ECA, constata-se a inadequação da manutenção da semiliberdade, a ser cumprida em comarca diversa do domicílio da menor, tendo em vista que a colocaria, repito, em situação de vulnerabilidade durante grande parte do dia, violando assim o caráter pedagógico da medida e os objetivos precípuos do Estatuto. Afere-se, também, pela análise de suas condições sociais e pessoais

diante do transcurso de tempo – mais de 4 (quatro) anos desde a data do fato –, a desnecessidade de submetê-la à execução da semiliberdade.

Vale ressaltar que não há qualquer notícia, nestes autos, de retorno da adolescente ao meio infracional.

Nesse contexto, é forçoso concluir que a pretensão da impetrante reveste-se de fumaça do bom direito com densidade suficiente a justificar a concessão da ordem de ofício, pois colocar a paciente – que desde a data do fato apresenta comportamento satisfatório e segue a sua vida com regular cumprimento dos estudos e possui respaldo familiar – para cumprir a medida de semiliberdade na capital, onde não teria acompanhamento educacional e ressocializador durante todo o dia, seria ir de encontro às diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como violaria os princípios elencados no art. 100 (ECA), principalmente em seus incisos III, IV, VI e VIII.

Dessarte, a efetiva execução da medida imposta pelas instâncias ordinárias caracteriza violação aos princípios do ECA, o que impossibilita sua manutenção por esta Corte Superior de Justiça.

No caso, observa-se flagrante ilegalidade apta a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

À vista do exposto, *não conheço do habeas corpus*. De ofício, *concedo* a ordem, para determinar que seja a adolescente colocada *imediatamente em medida(s) socioeducativa(s) em meio aberto*, a critério do Juízo singular, a ser cumprida em seu domicílio, e para assegurar à paciente o direito de aguardar, em liberdade assistida, novo pronunciamento jurisdicional.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 87.023-SP (2017/0168776-7)



Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Recorrente: Mauricio Ruiz

Recorrente: Mauro Ruiz

Recorrente: Márcio Ruiz

Recorrente: Marcos Ruiz

Advogados: Antonio Claudio Mariz de Oliveira e outro(s) - SP023183

Sergio Eduardo Mendonça de Alvarenga - SP125822

Felipe Salum Zak Zak - SP377835

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Arts. 256 e 258 do Código Penal – CP. Desabamento qualificado pelo evento morte. Pedido de exclusão de pacientes do polo passivo da ação penal. Excepcionalidade não configurada. Acórdão impugnado suficientemente fundamentado. Responsabilidade objetiva afastada. Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal – CPP. Presença de justa causa para a persecução penal. Independência entre as esferas civil, criminal e trabalhista. Coação ilegal inexistente. Recurso ao qual se nega provimento.

1. Este Sodalício pacificou o entendimento segundo o qual, a exclusão de réus do polo passivo de ação penal é medida excepcional possível somente 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 exclusão de réus do polo passivo da ação nos casos em que a denúncia for inepta relativamente aos acusados, 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.

2. Tendo o Tribunal *a quo* motivado a necessidade de continuidade da ação penal, não há que se falar em prestação jurisdicional insatisfatória. “Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, tampouco a se manifestar expressamente sobre os dispositivos legais ou constitucionais que reputam violados, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões

deduzidas” (RHC 47.361/RS, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 26/10/2018)

3. A denúncia não merece a pecha de inepta, pois não se funda em responsabilidade objetiva, na medida que descreve condutas que ultrapassam a mera assinatura de contrato de locação futura; ademais a peça acusatória indica os indícios de autoria, permite o exercício da defesa, atendendo aos pressupostos do art. 41 do Código de Processo Penal – CPP.

4. “A jurisprudência desta Corte é no sentido da autonomia e independência das esferas civil, penal e administrativa, razão porque eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente” (HC 306.865/AM, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, DJe 18/10/2017).

5. No caso concreto, não se identifica, flagrante ilegalidade que justifique a exclusão dos recorrentes do polo passivo da ação penal por inépcia da denúncia ou falta de justa causa.

6. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Sergio Eduardo Mendonça de Alvarenga (p/rectes) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 4.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Mauricio Ruiz, Mauro Ruiz, Márcio Ruiz, Marcos Ruiz* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, proferido no julgamento do HC n. 2227033-88.2016.8.26.0000, que ficou assim resumido (e-STJ fl. 305):

Habeas corpus. *Trancamento de ação penal. Ausência de justa causa: não configuração. Ordem denegada liminar revogada.*

Consta dos autos que os recorrentes, sócios da empresa Magazine Terra Terra, juntamente com outros corréus, foram denunciados pela prática dos delitos descritos no art. 256 do Código Penal – CP (desabamento ou desmoração) e do art. 258 do CP (perigo comum qualificado pelo resultado morte). Conforme denúncia, a conduta negligente dos recorrente teria contribuído para o desabamento do prédio que expôs a perigo a integridade física de pessoas bem como resultou na morte de outras.

Os ora recorrentes impetraram *habeas corpus*, com pedido de liminar, objetivando serem excluídos do polo passivo da ação penal. O pedido liminar foi deferido e a ação penal foi suspensa, contudo a decisão foi cassada pela 14ª Câmara Criminal do TJ/SP, por acórdão que denegou a ordem, determinando o prosseguimento do feito em relação a *Mauricio Ruiz, Mauro Ruiz, Márcio Ruiz, Marcos Ruiz*, ora recorrentes.

No presente recurso, a defesa alega que houve prestação jurisdicional insatisfatória, porque, no seu entendimento, o acórdão recorrido não teria enfrentado as teses levantadas na impetração. Aduz que, no caso concreto, houve desabamento de uma obra com vítimas fatais, contudo sustenta que o recorrentes eram meros futuros locatários do edifício em construção, cuja responsabilidade da obra era restrita à empresa proprietária do imóvel, futuro locadora. Afirma que, no momento de assinatura do contrato de locação do imóvel, havia no endereço apenas o terreno vazio, sem o prédio, e que a construção do imóvel para futura locação era de responsabilidade da empresa JAMS Empreendimentos Agrícola Ltda., proprietária do imóvel e representada pelos também denunciados *Mostafá Abdallah Mustafá, Ali Abdallah Mustafá e Samir Abdala Mustafá*.

Em suma, a defesa alega que o Tribunal *a quo* não analisou a tese de que o contrato de futura locação não colocava os recorrentes na condição de garantidores da vida e saúde das vítimas. Afirma, ainda, que a tese de ausência de relação de causalidade material também não foi enfrentada pelo acórdão impugnado e sustenta que, na espécie, não são identificadas condutas dos recorrentes que, caso omitidas, evitariam o trágico resultado.

A defesa sustenta, também, que o Tribunal Estadual não apreciou a alegação de que a denúncia é “visivelmente inepta”, porque baseada em responsabilidade objetiva e ressalta que, no seu entendimento, o Poder Judiciário já afastou a responsabilidade dos ora recorrentes, levando em consideração sentenças proferidas pelos Juízos Civil e Trabalhista.

Requer, então, a exclusão dos recorrentes do polo passivo da ação penal, ao argumento de existência de constrangimento evidente “*prima facie*”, sem a necessidade de valoração probatória.

Em contrarrazões o Ministério Público do Estado de São Paulo invoca a independência entre as instâncias Civil, Trabalhista e Penal, para sustentar a necessidade de prosseguimento da ação penal em face dos recorrentes. Aduz, ainda, que a imputação não se restringe ao contrato de locação firmado pelos recorrentes, mas também ao fato de terem determinado a supressão de metade dos pilares da obra. O *Parquet* Estadual sustenta, também, que a empresa Terra Terra, de propriedade dos recorrentes, contratou a empresa *Salvatta* para execução da parte elétrica e hidrossanitária e que o engenheiro da *Salvatta* teria alertado aos ora recorrentes sobre suspeita de que as ferragens não suportariam o peso destinado ao estoque. Assim, o *Parquet* concluiu não ser o caso de afastamento, de pronto e com absoluta segurança, o concurso dos recorrentes para o evento (e-STJ, 358/365).

Nessa Corte Superior, o recurso, sem pedido liminar, foi encaminhado para manifestação do Ministério Público Federal, o qual emitiu parecer assim ementado (e-STJ, fl. 377):

Recurso ordinário em habeas corpus. Desabamento com resultado morte e lesão corporal. Pretensão de trancamento da ação penal. Alegação de ausência de justa causa e atipicidade da conduta. Medida excepcional. Fatos descritos na denúncia que se amoldam ao tipo dos art. 256 e 258 do Código Penal. Necessidade de exame aprofundado das provas. Aptidão da denúncia. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Descrição suficiente da conduta atribuída aos pacientes. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso ordinário.

A defesa peticionou novamente para invocar, em favor da tese de ausência de relação de causalidade, precedente da Sexta Turma do STJ: o RHC 80.142, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJe 4/4/2017 (e-STJ fls. 389/403).

Esta relatoria solicitou ao Juízo da 15ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo informações acerca do andamento da Ação Penal n. 0090063-67.2013.8.26.0050 (e-STJ, fl. 406). O Juízo de Primeiro Grau informou que a denúncia foi recebida em 26/8/2016, contudo “o processo principal foi desmembrado e originou os presentes autos, por despacho de 16/11/2016, considerando o teor da decisão liminar nos autos dos Habeas Corpus n. 2227033-88.2016.8.26.0000, que determinou a suspensão dos autos com relação aos pacientes até julgamento daquele *writ*.” Informou, ainda, que a instrução prossegue em relação ao demais acusados, mas que “atualmente o processo encontra-se suspenso em relação aos acusados Maurício Ruiz, Marcos Ruiz, Mauro Ruiz e Márcio Ruiz, aguardando julgamento do Recurso Ordinário contra decisão que denegou a ordem do referido *Habeas Corpus*.” (e-STJ, fl. 414)

A defesa peticionou para requer a submissão do *writ* ao colegiado, a fim de que seja realizada sustentação oral (e-STJ, fl. 410).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Conforme relatado, busca-se, no presente recurso, a exclusão dos recorrentes do polo passivo de ação penal que apura suposta prática dos crimes de desabamento e de perigo comum agravado pelo resultado morte.

Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, a exclusão de réus do polo passivo de ação penal é medida excepcional possível somente 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 exclusão de réus do polo passivo da ação nos casos em que a denúncia for inepta relativamente aos acusados, 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.

Inicialmente, afasto a alegação de omissão da prestação jurisdicional, porquanto o Tribunal *a quo* motivou suficientemente a necessidade de

permanência dos pacientes no polo passivo da ação penal. A Corte Estadual fundamentou que os pacientes solicitaram intervenções na estrutura do prédio e que, posteriormente à celebração do contrato de locação, teriam tomado conhecimento das condições da obra, ocasião em que estavam devidamente acompanhados de profissional tecnicamente habilitado. A propósito, confira-se trecho do acórdão impugnado (e-STJ, fl. 306/307):

Postulam os impetrantes a exclusão dos pacientes do polo passivo da ação penal, *alegando, em síntese, falta de responsabilidade quanto àquele desabamento ocorrido em agosto/2013 no bairro de São Mateus/Capital, porquanto figuravam unicamente como futuros locatários da obra que ruiu.*

Não obstante os argumentos soerguidos, em trancamento não há que se falar, dada a verificação de indícios de autoria de fatos penalmente puníveis, descritos na denúncia (fls. 255/268) em estrita observância aos requisitos preconizados no artigo 41, do Código de Processo Penal.

Com efeito, sem adentrar à temática probatória, notadamente em função da limitação cognitiva própria à presente ação constitucional, *o que se extrai da leitura da denúncia é que os pacientes tanto solicitaram intervenções na própria estrutura do prédio desabado como condição para celebração da relação locatícia, quanto posteriormente, acompanhados de pessoa habilitada tecnicamente (arquiteta), tomaram conhecimento das condições e alterações implementadas na obra, adotando assim postura relevante no evento criminoso* daí a necessidade de apuração no âmbito penal, lembrando-se a incomunicabilidade das instâncias penal, cível e administrativa.

Diante disso, considero que o TJ/SP, identificou conduta ativa dos recorrentes, qual seja, solicitação de intervenção na estrutura da obra bem como conduta negligente, na medida em que tiveram conhecimento das condições da obra. Tais fundamentos apresentados para a continuidade da ação penal em relação aos pacientes são incompatível com a tese da responsabilização objetiva, que, por decorrência lógica, ficou excluída. Com efeito, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, tendo o Tribunal *a quo* motivado a necessidade de continuidade da ação penal, não há se se falar em prestação jurisdicional insatisfatória. A propósito, confira-se recente precedente da Quinta Turma do STJ:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsidade ideológica, uso de documento falso e fraude à execução. Nulidade do acórdão impugnado por falta de fundamentação. Provimento judicial motivado. Eiva inexistente.

1. A imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais mereceu destaque na Constituição Federal, constando expressamente do inciso IX do

artigo 93, justificando-se na medida em que só é possível o seu controle ou impugnação se as razões que as justificaram forem devidamente apresentadas.

2. *No caso dos autos, o Desembargador responsável pelo voto que se sagrou vencedor no julgamento do mandamus originário indicou, ainda que sucintamente, as razões pelas quais considerou a denúncia ofertada contra o acusado apta a deflagrar a ação penal, o que afasta a eiva suscitada na irresignação.*

3. *Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, tampouco a se manifestar expressamente sobre os dispositivos legais ou constitucionais que reputam violados, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas, exatamente como ocorreu na espécie. Precedentes.*

(...)

5. Recurso desprovido. (RHC 47.361/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/10/2018)

No presente recurso, a defesa insiste na tese de ausência denexo entre as condutas dos recorrentes e o desabamento do prédio, ao argumento de que a construção da obra ficou a cargo de *Mostafá*, sócio e proprietário da empresa JAMS, o qual teria contratado o falso engenheiro *Alberto Alves Pereira*. Assevera, ainda, que a constatação desta circunstância não depende de revolvimento fático probatório e que a denúncia seria inépta por estar embasada na responsabilidade objetiva.

Nesse ponto, consigno que a própria denúncia reconhece que a construção foi feita pela empresa JAMS, representada por *Mostafá*, o qual teria cotratado *Alberto Alves Pereira*, falso engenheiro, sem qualquer formação para a efetuação dos cálculos estruturais. Vejamos o seguinte trecho da denúncia (e-STJ, fls. 35/37):

Segundo apurado, em 08 de outubro de 2012, na Avenida Mateo Bei, numerai 2.303, São Mateus, **Mostafá**, sócio-proprietário da empresa JAMS ordenou o início das obras, tendo anteriormente contratado o falso engenheiro **Alberto Alves Pereira** para elaboração do projeto, o qual, na data mencionada, fora entregue ao construtor José Francisco de Oliveira para execução.

Os irmãos **Alt Abdallah Mustafá** e **Samir Abdallah Mustafá**, sócios-proprietários da JAMS tinham total conhecimento de que *Mostafa* iniciaria execução da obra na Avenida Mateo Bel, numeral 2.303, não tendo estes em qualquer momento questionado o projeto, bem como, quem seria o engenheiro, ou equipe de engenharia responsável pelo mesmo, portanto, assim agindo, foram negligentes, omitindo-se ambos, deixando de tomar o cuidado necessário.

Alberto havia elaborado e executado outras obras pertencentes à *Mostafá* sem que este jamais houvesse atentado para o fato de *Alberto* não possuir qualquer formação em engenharia, entregando todos os cálculos estruturais a indivíduo sem qualquer noção técnica de como os mesmos deveriam ter sido elaborados, tendo *Mostafá*, deste modo, assumido o risco de produção do resultado.

Em atenção às alegações dos recorrentes, esta relatoria verificou que, de fato – nos termos no Instrumento Particular de Contrato de Locação Comercial acostado aos autos por ocasião da impetração do *writ* – os pacientes avençaram, na qualidade de locatários, a locação de imóvel a ser construído, conforme cláusula 1ª que trata do objeto do contrato (e-STJ fls. 192/193). Assim, fosse esse o único liame apontado na denúncia entre a conduta dos ora recorrentes e o desabamento do prédio, seria possível o reconhecimento de indevida responsabilização objetiva, tese que, de fato, prescinde do exame aprofundado de provas. *Contudo, como bem observou o Ministério Público Estadual e também o Ministério Público Federal atuante nesta Corte Superior, a inicial acusatória, além do contrato de locação, indica outros elementos em tese aptos a demonstrarem que a conduta negligente dos pacientes contribuiu para o desabamento do prédio.* Por oportuno, trago o seguinte trecho da denúncia:

Mostafá ordenou o início das obras em 08 de outubro de 2012 sem que houvesse anteriormente providenciado qualquer estudo geológico do solo, o que seria imprescindível, vez que este tinha conhecimento de que no local havia funcionado um posto de gasolina, sendo, portanto, dedutível a instabilidade do solo (laudo fls. 695).

Alberto supervisionou as escavações manuais, cuja maior profundidade fora de 6,20m (seis metros e vinte centímetros) (fls. 152). (Ressalte-se que, conforme laudo de fls. 695, a profundidade mínima deveria ter sido de 8,5m (oito metros e meio).

Alberto Alves determinou qual seria o ferro utilizado nas brocas, baldrames e sapatas, bem como, quais seriam suas respectivas dimensões, as quais seriam nitidamente insuficientes (vide conclusão de fls. 695/696), tendo o ora denunciado assumido o risco de produção do resultado, o qual era absolutamente previsível.

Em data cujos envolvidos não precisaram, entretanto, em período em que os pilares ainda não haviam sido edificados, **Mauro Ruiz** passava pelo local quando vislumbrou a obra em questão, tendo decidido locar o espaço com a anuência de seus irmãos **Marcos Ruiz, Márcio Ruiz e Maurício Ruiz**, o qual se destinaria a mais uma filial da rede **Torra Torra**, pertencente aos mesmos.

No interior de escritório situado na Rua Visconde de Abaeté, numerai 63, Brás, sem analisar o projeto ou exigir qualquer comprovação com relação ao suposto

engenheiro responsável pelas obras, **Mauro Ruiz** avençou com *Mostafá* a locação do imóvel, tendo, ao deixar por conta de *Mostafá* a efetivação das obras sem a exigência de responsável técnico, admitido o risco, assumindo, deste modo, a produção do fatídico resultado.

Marcos Ruiz e Márcio Ruiz tinham total conhecimento acerca do contrato que seria realizado com *Mostafá*, o qual, inclusive, teria sido providenciado por **Marcos** (fls. 491), tendo ambos agido com negligência, ao se omitirem na verificação concernente à regularidade na execução de mencionada obra por profissional habilitado, não tendo **Marcos e Márcio** tomado o cuidado necessário para que o evento não ocorresse

As paredes laterais estavam sendo edificadas quando MOSTAFA ABDALLAH compareceu ao local determinando a supressão de metade dos pilares, o que teria sido determinado pelos proprietários da empresa TORRA TORRA para que tivessem um vão livre maior, pois já teria sido avençado entre ambos a locação do imóvel (MAURO teria firmado as condições).

Alberto Alves compareceu à obra determinando que, ao invés de 06 (seis) pilares no vão de cada 4m (quatro metros) totalizando 12 (doze) pilares, deveriam ser edificados apenas 03 (três) para cada vão, tendo ao final da edificação de tamanha dimensão sido edificados 06 (seis) pilares, suprimindo os outros 06 (seis) inicialmente previstos. (Laudo de fls. 697 sic "A estrutura elaborada no projeto original não atende a norma vigente quando considerados os carregamentos devido ao peso próprio e sobrecarga, considerando ou não o fator de majoração das cargas, não importando a quantidade de andares executados. Entretanto, como a capacidade resistente é muito próxima da exigida pela norma, **não haveria colapso**").

No transcorrer da edificação do imóvel, MAURÍCIO RUIZ compareceu ao local para elaboração do layout juntamente com duas arquitetas, e, inobstante fosse visível que as dimensões e quantidade de pilares seriam insuficientes, bem como, embora não houvesse qualquer engenheiro no local, MAURÍCIO retirou-se do local sem qualquer providência, assumindo, deste modo, o risco de produzir o resultado.

Como se vê, ainda que os recorrentes tenham contratado a locação de imóvel a ser construído, na prática, conforme narrativa da denúncia, *influenciaram na condução da obra, com destaque para a elaboração do layout*. Assim, as condutas descritas na denúncia tornam as circunstâncias do caso concreto diferentes do precedente invocado pela defesa (RHC 80.142/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJe 4/4/2017).

Ademais, a esta relatoria, chamaram atenção os termos em que fora contratado o objeto de locação, bem como o prazo da finalização da obra, associado ao trecho da denúncia segundo o qual os recorrentes contrataram

empresa *Salvatta* para a execução da parte elétrica e hidrossanitária. Conforme acusação, a empresa *Salvatta* contava com engenheiro habilitado, o qual teria alertado para a existência de problemas estruturais da edificação. Pois bem, a Cláusula 1ª do Contrato de Locação estabelece que (e-STJ, fl. 192/193):

1.1 Constitui objeto deste contrato a locação, pela *locatária*, do imóvel consistente em prédio à ser construído e entregue no 'Shell' de obra (*obra no contra piso, rebocada interna e externamente, com portas de aço na frente e fundos e com cobertura*), medindo 1.070 metros quadrados no piso terreo e 1.070 metros quadrados no primeiro piso, com data de entrega para 30 de **junho** de 2013, prorrogáveis por mais 60 dias, em terreno sito a Av. Mateo Bei, numero 2.303 It 1 2 3 qd DT, cep 03.949-012.

A denúncia descreve que os recorrentes, no mês de junho de 2013 contrataram a empresa *Salvatta* para a execução da parte elétrica e hidrossanitária da obra. Vejamos:

No mês de junho de 2013, ante a pressa em inaugurar a filial, a TORRA TORRA contratou a SALVATTA para execução da parte elétrica e hidrosanitário, uma escada em concreto armado e reservatório enterrado, poço, estrutura do elevador, paredes e painéis de vedação, esquadrias, hidrantes, impermeabilização, forro, revestimento, rede de água e instalação do ar condicionado (laudo às fls. 672).

Com o ingresso da SALVATTA, o engenheiro Marco Aurélio atentou para possível irregularidade, tendo então solicitado que os funcionários descascassem parte do cobrimento da ferragem das vigas de estruturas para verificar a ferragem ali existente, o que confirmou suas suspeitas de que a ferragem utilizada não suportaria o peso destinado ao estoque, tendo Rubens sido alertado acerca da instabilidade do piso superior.

Ainda assim, em 23 de agosto de 2013, **Rubens Moreno Feitosa** ordenou ao funcionário Fábio Lemos dos Santos (fls. 50) que acomodasse cerca de três mil tijolos no andar superior, tendo Fábio o questionado, uma vez que todos tinham conhecimento de que o prédio poderia ruir, momento em que o ora denunciado declarou que: "Estava mandando e era pra fazer!".

Deste modo, **Rubens Moreno Feitosa**, tendo conhecimento de que a edificação era instável, uma vez que a *Salvatta* já havia atentado quanto à imprescindibilidade de reforço na estrutura, ao ordenar a colocação de peso demasiado na área superior, assumiu o risco de produção do resultado.

Em 27 de agosto de 2013, por volta das 08 hs e 30 min, na Avenida Mateo Bel, numeral 2.303, São Mateus, em decorrência do dolo eventual e negligência acima descritos, a obra desabou, resultando na morte de Felipe Pereira dos Santos, Antônio Carlos Carneiro Muniz, Leidiano Teixeira Barbosa, José Ribamar Soares

do Nascimento, Raimundo Barboza de Souza, Raimundo Oliveira Silva, Ocirlan Costa da Silva, Marcelo de Souza Rodrigues, Antonio Wellington Teixeira da Silva e Claudemir Viana de Freitas, lesões corporais de natureza grave nos funcionários Francisco Diego Borges Vasconcelos, Alcides Ferreira dos Santos, Leandro Lopes Vieira, Antonio Nilson Teixeira Silva e Rallison Teixeira Silva e lesões de natureza leve em Bento Lopes Teixeira, Cleuto Nunes da Silva, Gleison de Souza Feitosa, Jucimar Teixeira Silva, José Abreu Sobrinho Júnior, Sonivaldo Oliveira Silva e Reginaldo Silva Sousa.

Assim, da leitura da denúncia e da documentação que instrui os autos é possível extrair que a empresa JAMS, representada pelos irmãos Mostafá, contratou o falso engenheiro para a edificação da obra, contudo, nos termos da exordial, a empresa Torra Torra, representada pelos irmãos Ruiz, ora recorrentes, contratou a empresa *Salvatta*, cujo engenheiro tecnicamente habilitado alertou para os problemas estruturais da obra e, a despeito do alerta, nenhuma providência foi tomada, daí a negligência imputada aos ora pacientes.

Evidentemente, tais acusações deverão ser analisadas sob o crivo do contraditório, no devido processo legal, porquanto é incabível qualquer conclusão precipitada acerca da culpabilidade dos recorrentes na via estreita do *writ*. Entretanto, a meu ver, também seria igualmente prematuro o trancamento da ação penal relativamente aos recorrentes. *Com efeito, a denúncia não merece a pecha de inepta, pois não se funda em responsabilidade objetiva*, na medida que descreve condutas que ultrapassam a mera assinatura de contrato de locação futura; ademais a peça acusatória aponta os indícios de autoria, permite o exercício da defesa, atendendo aos pressupostos do art. 41 do Código de Processo Penal – CPP.

Por derradeiro, as decisões judiciais em sede do Juízo Civil e Trabalhista não interferem na esfera criminal. Ainda que se considere o caráter fragmentário do Direito Penal e a necessidade de harmonia entre o sistema jurídico, *é evidente que as demandas civis e trabalhistas analisaram a pertinência dos ora recorrentes no polo passivo das respectivas ações levando em consideração normas atinentes ao Direito Civil e Trabalhista*. Exemplificando, a circunstância de os recorrentes não possuírem relação trabalhista com determinada vítima, por si só, não tem o condão de afastar responsabilidade penal pelo desabamento. Sobre a independência das instâncias, dentre inúmeros, vejam-se os seguintes precedentes que restaram assim ementados:

Agravo regimental em recurso em *habeas corpus*. Estelionato. Trancamento de inquérito policial por ausência de justa causa. Alegada atipicidade da

conduta imputada ao recorrente. Imputação de fato criminoso. Necessidade de averiguação. Pretensão que demanda a análise pormenorizada dos fatos referentes ao caso. Impossibilidade nesta via. Questões que teriam sido resolvidas no âmbito cível. Independência da esfera penal. Nulidade da decisão que decretou a quebra do sigilo bancário do recorrente. Imprescindibilidade das informações para o prosseguimento das investigações. Supressão de instância. Inexistência de constrangimento ilegal. Agravo regimental a que se nega provimento.

- É consabido que o trancamento da ação penal, bem como do inquérito policial, na via estreita do *habeas corpus* somente é possível em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

- Na hipótese, consignou o Tribunal *a quo* ter havido a descrição de fato criminoso imputado ao agravante, de forma que é imprescindível sejam os fatos devidamente averiguados, a fim de autorizar a propositura da ação penal ou mesmo o arquivamento do inquérito, mas apenas após exauridas as investigações. Revela-se, portanto, prematuro interromper as investigações ainda em fase de inquérito policial.

- De outro lado, a alegada atipicidade da conduta imputada ao paciente não se evidencia de plano, mas depende da incursão em elementos fáticos colhidos na fase inquisitorial, tarefa inviável nesta via estreita do *mandamus*.

- *Aponta o agravante a necessidade de trancamento do inquérito policial, ao argumento de que as condutas investigadas teriam sido discutidas e resolvidas por acordo firmado entre as partes na seara cível. Não se pode descurar, porém, que eventual discussão dos fatos na seara cível não impede sua elucidação na seara penal, haja vista a independência das esferas.*

- No caso, a quebra do sigilo bancário encontra-se devidamente justificada, em virtude da imprescindibilidade das informações para o prosseguimento das investigações, o que foi devidamente evidenciado pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual não há se falar em nulidade.

- Uma vez que o Tribunal *a quo* não se manifestou acerca apontada nulidade pelo longo período de tempo em que foi determinada a quebra do sigilo bancário do paciente, esta Corte fica impedida de apreciar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

- Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 49.056/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 2/4/2018)

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Homicídio culposo. Acidente de trabalho. Ausência de justa causa. Culpa exclusiva da vítima. Necessidade de

revolvimento aprofundado de matéria fático-probatória na via estreita do *writ*. Impossibilidade. Apuração do fato pela Justiça Trabalhista. *Independência entre as esferas criminal e trabalhista. Habeas corpus* não conhecido.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O Tribunal *a quo* reconheceu existirem provas suficientes aptas a corroborar o envolvimento do paciente no crime, valendo-se das declarações prestadas por testemunhas e do laudo pericial.

3. Infirmar a conclusão da instância ordinária acerca da existência de elementos dos crimes atribuídos ao paciente envolve revolvimento probatório vedado na via do *habeas corpus*.

4. *Eventual decisão em reclamação trabalhista não tem influência no julgamento da ação penal, tendo em vista as independências das instâncias.*

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 321.541/MT, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 5/4/2016)

Destarte, não se identifica, no caso concreto, flagrante ilegalidade que justifique a exclusão dos recorrentes do polo passivo da ação penal por por inépcia da denúncia ou falta de justa causa.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 88.672-GO (2017/0220885-6)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Recorrente: Samir Aji Kounboz

Advogado: Roberto Serra da Silva Maia - GO016660

Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Pedido de trancamento da ação penal. Excepcionalidade não

configurada. Pedido de suspensão da ação penal. Ação anulatória na esfera cível. Constituição do crédito tributário inalterada. Presença de justa causa para a persecução penal. Independência entre as esferas cível, criminal e administrativa. Suspensão facultativa a critério do juízo criminal. Artigo 93 do Código de Processo Penal – CPP. Coação ilegal inexistente. Recurso ao qual se nega provimento.

1. Este Sodalício 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.

2. No caso concreto, busca-se o trancamento, ou a suspensão, da ação penal que apura a prática de crime contra ao ordem tributária, ao argumento de que a exigibilidade do crédito tributário está suspensa em razão de tutela antecipada concedida em ação anulatória que tramita na Vara da Fazenda Pública Estadual.

Contudo, o mero ajuizamento de ação anulatória não desconstitui, per si, o crédito tributário. Persiste a condição de procedibilidade da ação penal exigida na Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal – STF, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.” No caso em análise, é incontroverso que houve constituição definitiva do tributo e esgotamento da via administrativa.

3. A suspensão do processo penal em virtude de questão prejudicial prevista no art. 93 do Código de Processo Penal – CPP é facultativa, dependendo da discricionariedade do juízo diante das particularidades do caso concreto. Precedentes.

4. Esta Corte Superior tem admitido a suspensão da ação penal apenas na hipótese de desconstituição do crédito tributário por sentença judicial, mesmo com recurso pendente de julgamento, o que não é o caso dos autos. Precedentes.

5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Roberto Serra da Silva Maia (p/recte).

Brasília (DF), 13 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 28.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Samir Aji Kounboz* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – TJGO, proferido no julgamento do HC n. 103425-27.2017.8.09.0000, que ficou assim resumido (e-STJ fl. 138):

Habeas corpus preventivo. Artigo 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/90. Ausência de justa causa. Trancamento da ação penal. Suspensão da ação penal.

1 - Não é inepta a denúncia que preenche os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal.

2 - O trancamento da ação penal, pela via estreita do *Habeas Corpus*, constitui medida excepcional, somente sendo cabível quando constatado de forma inequívoca a manifesta atipicidade da conduta, ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas ou presença de causa de extinção da punibilidade, o que não se vislumbra na espécie.

3 - Trata-se de entendimento pacificado que, nos crimes de ordem tributária, precedida a denúncia de procedimento administrativo fiscal, onde houve a oportunidade de defesa para a constituição definitiva do crédito tributário, a suspensão da ação penal em razão do ajuizamento de ação anulatória do débito é medida facultativa, de acordo com entendimento do artigo 93 do Digesto Processual Penal.

4 - Ordem conhecida e denegada.

No presente recurso a defesa alega que “antes do recebimento da denúncia, o paciente informou nos autos da ação penal que a exigibilidade dos créditos tributários lançados através dos autos de infração objeto da exordial acusatória se encontrava suspensa desde 19.12.2011, data da decisão antecipatória da tutela concedida na Ação Anulatória n. 201104949827 (494982-14.2011.8.09.0006 - Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Anápolis-GO), a qual foi publicada no DJ 981, de 12.1.2012, p. 120-126; oportunidade em que requereu a suspensão do feito criminal até o trânsito em julgado da mencionada ação anulatória” (e-STJ, fl. 147).

Sustenta, então, que a denúncia foi recebida 3 anos após a tutela antecipada proferida na mencionada ação anulatória, razão pela qual, no entendimento da defesa, estaria ausente condição objetiva de punibilidade (e-STJ, fl. 150).

Invoca em favor de sua tese precedente do Supremo Tribunal Federal – STF no sentido de que “enquanto não cassada a decisão anulatória, não há falar em justa causa para a ação penal” (Rcl 18.106/BA, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe 2/9/2014). Refere-se, também, a decisão monocrática Ministro Marco Aurélio proferida em sede de inquérito (STF, Inq 2.909/PR, DJe 22/11/2012).

Aduz, em síntese, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, disciplinada pelo art. 151 do Código Tributário Nacional – CTN, “imporia, na pior das hipóteses, a suspensão da ação penal até o deslinde final do Juízo Cível, haja vista a presença de questão prejudicial (art. 93, CPP), com interferência direta na existência da própria infração penal, sobretudo por se tratar o Direito Penal de caráter subsidiário, ou seja, de proteção subsidiária de bens jurídicos” (e-STJ, fl. 153).

Esta relatoria solicitou informações sobre o andamento da ação anulatória, as quais foram prestadas pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública Estadual de Anápolis (e-STJ, fls. 169/170 e fls. 184/198).

Após análise do teor das informações, indeferi o pedido liminar de sobrestamento da ação penal (e-STJ, fl. 205/207).

No mérito, o recorrente requer o trancamento da Ação Penal n. 201502082564, em trâmite na 10ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia – GO e, subsidiariamente, a suspensão da mencionada ação penal até o trânsito em julgado da Ação Anulatória n. 201104949827 (494982-14.2011.8.09.0006), que tramita perante a Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Anápolis-GO.

A defesa requer, também, a intimação do impetrante para sustentação oral na sessão de julgamento.

O Ministério Público Federal atuante nesta Corte Superior emitiu parecer sintetizado nos seguintes termos (e-STJ, fl. 212):

Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90. Pleito de trancamento da ação penal. Questão prejudicial. Decisão liminar da Vara da Fazenda Pública. Independência das esferas penal e cível. Suspensão facultativa. Inteligência dos arts. 92 e 93 do CPP. Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Hipótese excepcional não configurada. Parecer pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Conforme relatado, busca-se, no presente recurso, o trancamento da ação penal que apura a prática de crime contra ao ordem tributária, ao argumento de que a exigibilidade do crédito tributário está suspensa em razão de tutela antecipada concedida em ação anulatória que tramita na Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Anápolis-GO.

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.

O Juízo da 10ª Vara Criminal de Goiânia, ao receber a denúncia, entendeu haver justa causa para deflagrar a ação penal, considerando os “indícios razoáveis da materialidade e autoria dos fatos, veio expressa nos autos, notadamente com a juntada de documentos (com destaque para a cópia dos autos do *processo administrativo tributário n. 4.0109032.933-73*, quanto à primeira série de fatos;

dos de n. 4.0110037.506-91 e n. 4.0110037.575-17, atinentes à segunda série de fatos; e, finalmente, cópia dos autos do processo n. 4.0110037.549-25, no que toca à terceira série de fatos)” (e-STJ, fl. 97).

Por ocasião do recebimento da denúncia, o Juízo Criminal afastou a possibilidade de extinção da punibilidade aos seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 97/98):

(...)

Além disso, não vislumbro qualquer causa que enseje, de pronto, a extinção da punibilidade dos fatos imputados, nem a defesa do outrora investigado Samir Aji Kounbz (agora acusado) evidenciou qualquer delas na oportunidade em que se manifestou nos autos (fls. 64/68 - vol. I). Releva notar que não há previsão legal de suspensão da persecução penal pela mera obtenção de provimento jurisdicional em sede civil (v.g. ação anulatória), deferindo suspensão da exigibilidade dos créditos tributários. De mais a mais, em sede criminal se discute ou não a ocorrência de crime no caso concreto, objeto diferente de um processo civil ou tributário.

De qualquer forma, a lei exige pouco (Lei n. 10.684/03, art. 9º), ou o pagamento ou o parcelamento dos créditos tributários, para a extinção da punibilidade ou para a suspensão dela respectivamente. Ocorre que o acusado não fez nem o pagamento muito menos o parcelamento deles (ver fls. 55/58 - do vol. I). Optou pela busca da tutela jurisdicional civil, *limitada entretanto à suposta inconstitucionalidade das multas aplicadas* (ver fls. 70/105 do vol. I).

Ademais, observou-se a Súmula 24 do STF, porquanto deflui-se da Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 02/09 e dos documentos que a instruem), a prova da constituição definitiva dos créditos tributários referidos na denúncia pelos respectivos processos administrativos tributários já mencionado.

Na mesma esteira, o TJ/GO negou o pedido de trancamento da ação penal ao fundamento de não identificar, de plano, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria. No tocante ao pedido de suspensão da ação penal, frisou tratar-se de medida meramente facultativa, a teor do art. 93 do Código de Processo Penal – CPP (e-STJ, fl. 136/137).

Da leitura do acórdão impugnado constata-se que o entendimento das instâncias ordinárias sobre a não obrigatoriedade da suspensão da ação penal harmoniza-se com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme se extrai dos seguintes julgados cujas ementas seguem transcritas, *in verbis*:

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Pedido de suspensão da ação penal. Pendência de ação anulatória de débito fiscal em que se discute o crédito tributário, já definitivamente constituído, relacionado com os fatos em apuração. Integridade do lançamento realizado não afetada. Independência entre as instâncias.

I - "A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes.

Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado" (RHC n. 21.929/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 10/12/2007).

II - Não se pode, na hipótese, tomar o fato de existir ação anulatória de débito fiscal, ainda que como questão prejudicial heterogênea facultativa (art. 93 do Código de Processo Penal) da questão penal, porquanto, até aqui, o lançamento do tributo não foi atingido.

III - A prejudicial heterogênea não obriga a suspensão da ação penal. Vale dizer, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, ex vi do art. 93 do CPP.

Recurso ordinário desprovido. (RHC 57.238/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 10/08/2016)

Crime contra a ordem tributária. Embargos à execução fiscal. Débito fiscal garantido por meio de carta de fiança bancária. Constituição do crédito tributário inalterada. Presença de justa causa para a persecução penal. Independência entre as esferas cível, criminal e administrativa. Coação ilegal inexistente.

1. Em sede de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal, a suspensão da ação penal ante a pendência de discussão acerca do crédito tributário é facultativa. Doutrina. Jurisprudência.

3. Conquanto o débito fiscal tenha sido garantido na origem, o certo é que não se equipara ao pagamento do tributo, razão pela qual não enseja, imediata e obrigatoriamente, o trancamento da ação penal, como almejado. Precedentes.

4. Em consulta à página eletrônica do Tribunal Estadual constatou-se que um dos embargos à execução foi julgado parcialmente procedente apenas para declarar a decadência do direito de o Estado lançar o débito fiscal apurado relativamente às parcelas anteriores a 4.5.2006 e reduzir a multa para 100%, ao passo que a outra ação ainda não teve o seu mérito examinado, o que revela que a constituição do crédito tributário permanece hígida, não havendo que se falar, assim, na interrupção prematura do processo criminal, tampouco na sua suspensão, nos termos do artigo 93 ante a independência entre as esferas cível, administrativa e penal.

5. Recurso desprovido. (RHC 90.184/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 02/04/2018)

Habeas corpus e respectivo recurso ordinário. Impetração e interposição após a sentença condenatória objeto de apelação ainda em andamento. Sonegação fiscal. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Descabimento. *Questão prejudicial externa facultativa*. *Suspensão do processo penal*. *Discricionariedade do juízo*. Pretensão serôdia na espécie. A causa penal já está em grau de recurso. Pedido sem força aparente dada a constatação de que ainda existem débitos fiscais a quitar. Recurso ordinário não provido.

1. É patente o descabimento do *writ* e, agora, do respectivo recurso ordinário, visando trancar a ação penal, pois, quando da impetração e da interposição, já havia sentença condenatória, desafiada por apelação ainda não julgada.

2. Ainda mais se, como na espécie, a tese de que a extinção da execução fiscal teria tornado sem estofa a ação penal não se confirma, dado que demonstrado que o débito tributário não teria sido inteiramente quitado, tanto que foi julgada procedente ação rescisória manejada pelo Estado de Santa Catarina, determinando o acórdão respectivo o prosseguimento do processo executório.

3. *A suspensão do processo penal em razão de questão prejudicial, conforme previsão do art. 93 do Código de Processo Penal, é facultativa e depende da prudente discricionariedade do juízo.*

4. Ademais, *in casu*, afigura-se serôdia, em virtude de encontrar-se a causa penal em grau de recurso.

5. Recurso ordinário não provido. (RHC 63.586/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015)

Recurso especial. Art. 168-A e 337-A, I e III, do CP. Denúncia. Inépcia formal. Ausência de justa causa. Pedidos prejudicados. Superveniência de sentença condenatória. *Ajuizamento de ação anulatória*. *Suspensão do processo*. Art. 93 do CPP. *Faculdade judicial*. Peculiaridades do caso. Perícia. Indeferimento. Prova irrelevante. Recurso não provido.

1. O pedido de trancamento do processo por inépcia da denúncia ou por ausência de justa causa para a persecução penal não é cabível quando já há sentença, pois seria incoerente analisar a mera higidez formal da acusação ou os indícios da materialidade delitiva se a própria pretensão condenatória já foi acolhida, depois de uma análise vertical do acervo fático e probatório dos autos.

2. Não obstante isso, o crédito tributário foi definitivamente constituído e a denúncia especificou o liame subjetivo entre o acusado e os fatos delitivos, pois registrou que ele era “sócio gerente” e exercia “a presidência da empresa”, bem como “detinha funções na empresa que lhe atribuíam a responsabilidade de repassar o recolhimento devido de imposto”, o que denota não ter havido responsabilização penal objetiva.

3. A tese de nulidade do procedimento fiscal não pode ser dirimida no bojo da ação penal, na qual a Fazenda Pública não é parte ou exerce o contraditório, porquanto o Juízo criminal não possui competência para anular o lançamento tributário, passível de revisão apenas por meio de recurso administrativo, ação cível ou mandado de segurança.

4. A constituição definitiva do crédito tributário é condição necessária para o ajuizamento da ação penal que verse sobre o crime do art. 168-A do CP. *Já a pendência de ação anulatória na esfera cível, quando muito, constitui questão prejudicial heterogênea facultativa que, a teor do art. 93 do CPP, poderá ocasionar a suspensão do curso do processo, a critério do juiz natural da causa.*

5. *É recomendável a suspensão do curso processual pela aplicação do art. 93 do CPP somente quando, diante das particularidades da causa, o julgador se convencer da existência de questão de difícil solução que interfira na materialidade delitiva e dependa da apreciação do juízo cível.*

6. A defesa não demonstrou risco concreto de interferência da questão prejudicial na materialidade delitiva ou a existência de decisão favorável nos autos da ação anulatória, e a instância ordinária, ao analisar detidamente as particularidades do caso, denegou o pedido de suspensão do processo.

7. O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva.

8. A realização de perícia foi considerada desnecessária para a solução do conflito penal, de maneira fundamentada, pois permanecia hígido o lançamento definitivo do crédito tributário. O magistrado, ainda, conferiu à parte a oportunidade de juntar aos autos prova documental, até a audiência de instrução e julgamento, a fim de demonstrar a plausibilidade de suas alegações.

9. Recurso não provido. (RHC 61.764/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 02/05/2016)

Com efeito, o mero ajuizamento de ação anulatória na esfera cível não desconstitui, *per se*, o crédito tributário. Em outras palavras, persiste a condição de procedibilidade da ação penal exigida na Súmula Vinculante 24/STF, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.” No caso em análise, é incontroverso que houve constituição definitiva do tributo e esgotamento da via administrativa.

Nesse ponto, não se ignora que esta Corte Superior, na hipótese de prolação de sentença anulatória na esfera cível pendente de recurso, já se pronunciou pela suspensão da ação penal. A propósito:

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Súmula Vinculante n. 24/STF. *Peculiaridades do caso. Procedência da ação cível de anulação do crédito tributário, ainda pendente de recurso. Suspensão da ação penal e do prazo prescricional. Recurso não provido.*

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. No caso dos autos, perquire-se a suposta prática dos crimes dos arts. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990 e 337-A, I e III, do Código Penal, que, por sua natureza material, somente se configuram após a constituição definitiva, no âmbito administrativo.

3. Segundo o verbete sumular vinculante n. 24/STF: “Não se tipifica o crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”.

4. É imprescindível destacar o entendimento reiterado desta Corte Superior acerca da independência entre as esferas cível e penal, de modo que a “impugnação do débito na seara cível, não obstante possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta, automaticamente, a *persecutio criminis*” (HC 103.424/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 16/3/2012).

5. Na hipótese em exame, foi dada procedência à ação anulatória da constituição do crédito tributário, contudo, ainda, não definitiva, pois pendente de apreciação da causa pelo TRF da 3ª Região em sede de recurso.

6. A “conclusão alcançada pelo juízo cível afetou diretamente o lançamento do tributo, maculando a própria constituição do crédito tributário, razão pela qual mostra-se prudente aguardar o julgamento definitivo na esfera cível” (HC 161.462/SP, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, **Quinta Turma**, DJe 25/6/2013).

7. A concessão parcial da ordem, pelo acórdão ora recorrido, para determinar a suspensão do inquérito policial e do curso do prazo prescricional esvazia a pretensão da presente irrisignação, porquanto o depósito do valor integral não se equivale a pagamento, condição para a extinção da punibilidade.

8. Recurso não provido. (RHC 27.774/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2017)

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. Ação penal. Crime tributário. Lançamento definitivo do crédito. Pressuposto. Súmula Vinculante 24/STF. 3. Propositura de ação anulatória. Ausência de óbice à continuidade das investigações. Independência entre as esferas cível e penal. 4. Peculiaridades do caso. Ação cível julgada procedente. Nulidade do auto de infração. Obrigação tributária declarada inexistente. Aguardando julgamento de reexame necessário. 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, confirmando-se a liminar, para suspender a Ação Penal n. 2003.61.81.008480-8 até o trânsito em julgado da ação anulatória.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Nos termos da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, somente há justa causa para a persecução penal pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 - por ser delito material ou de resultado -, com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário, o que efetivamente se verificou no caso dos autos. No entanto, não se pode descurar que a constituição definitiva do crédito tributário, apesar de ser pressuposto para a persecução penal, não enseja, por si só, sua deflagração.

3. *Havendo lançamento definitivo, a propositura de ação anulatória de débito fiscal não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, haja vista a independência das esferas cível e penal.*

4. *Contudo, foi julgada procedente a ação cível ajuizada, declarando-se a nulidade do Auto de Infração FM n. 0816600/00106/03, bem como a inexistência da obrigação tributária, decisão que se encontra pendente de reexame necessário. Portanto, a conclusão alcançada pelo juízo cível afetou diretamente o lançamento do tributo, maculando a própria constituição do crédito tributário, razão pela qual mostra-se prudente aguardar o julgamento definitivo na esfera cível.*

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, confirmando-se a liminar deferida, para suspender a Ação Penal n. 2003.61.81.008480-8, em trâmite na 3ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, até o trânsito em julgado da ação anulatória de débito fiscal. (HC 161.462/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 25/06/2013)

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. *Writ* impetrado como substitutivo do recurso próprio. Não-cabimento. Apropriação indébita previdenciária. (art. 168-A, § 1º, I, do CPB). Natureza. Modificação de entendimento. Crime material. Constituição definitiva do crédito tributário. Peculiaridades do caso. Superveniência de sentença cível. Desconstituição da notificação de lançamento de débito tributário e antecipação dos efeitos da tutela suspendendo a exigibilidade do respectivo crédito tributário. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Suspensão do processo (art. 93, do CPP). Suspensão do prazo prescricional (art. 116, I, do CP). *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem de ofício.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956/PR (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2012), a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/90, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - A jurisprudência desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal, ressalvada a possibilidade de concessão da ordem de ofício, em casos excepcionais, quando constatada a existência de manifesto constrangimento ilegal ao Paciente, situação não verificada na espécie.

III - No que toca aos crimes contra a ordem tributária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário, com o conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade, configura condição objetiva de punibilidade, necessária para o início da persecução criminal (cf.: HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.05.2005; e ADI 1.571, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2004).

IV - Tal entendimento foi consolidado pelo Excelso Pretório na Súmula Vinculante 24, do seguinte teor: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

V - Na esteira dessa orientação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, do Código Penal, é crime omissivo material e não formal, de modo que o prévio exaurimento da via administrativa em que se discute a exigibilidade do tributo constitui condição de procedibilidade da ação penal (AgRg no Inq 2.537/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 13.06.2008).

VI - Antes de tal julgado, prevalecia, neste Tribunal, o entendimento segundo o qual a sonegação e a apropriação indébita previdenciária eram crimes formais, não exigindo para a respectiva consumação a ocorrência do resultado naturalístico consistente no dano para a Previdência, sendo caracterizados com a simples supressão ou redução do desconto da contribuição, não havendo, pois, necessidade de esgotamento da via administrativa quanto ao reconhecimento da exigibilidade do crédito tributário.

VII - A partir do precedente da Excelsa Corte (AgRg no Inq 2.537/GO), a jurisprudência deste Tribunal orientou-se no sentido de considerar tais delitos como materiais, sendo imprescindível, para respectiva consumação, a constituição definitiva do crédito tributário, com o esgotamento da via administrativa.

VIII - O Impetrante, absolvido em primeiro grau, restou condenado pelo Tribunal como incurso no art. 168-A, § 1º, I, combinado com o art. 71, *caput*, ambos do Código Penal, não logrando demonstrar, como lhe incumbia, a existência de impugnação administrativa em curso em face do crédito tributário tido por definitivamente constituído.

IX - Superveniência de prolação de sentença, no Juízo Cível, desconstituindo, em decorrência de pagamento, a Notificação de Lançamento de Débito Fiscal (NLDF) que amparou a denúncia e a condenação, bem como concedendo a antecipação da tutela para suspender a exigibilidade do crédito nela estampado até final julgamento da ação.

X - A conclusão alcançada na sentença cível diz com a insubsistência do lançamento do tributo e conseqüente existência do respectivo crédito ou débito tributário, com repercussão na própria materialidade do delito previsto no art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal.

XI - Embora a sentença proferida contra a União, nos termos do art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil, não produza efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, não se pode ignorar, na espécie, a potencial implicação da decisão cível na esfera penal, até porque também foi concedida a antecipação dos

efeitos da tutela, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em questão, peculiaridades, que problematizam, por ora, a continuidade da persecução penal.

XII - Não se desconhece o entendimento assente nesta Corte, segundo o qual, havendo lançamento definitivo, a propositura de ação cível discutindo a exigibilidade do crédito tributário não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das esferas cível e penal, entretanto, no caso sob exame, há dúvida razoável sobre a existência ou exigibilidade do crédito tributário, consubstanciado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que ampara a denúncia e a condenação em sede de apelação.

XIII - *Não há que se falar em trancamento da ação penal, uma vez que o crédito tributário não foi definitivamente desconstituído, entretanto, verificada a presença de questão prejudicial heterogênea facultativa, consistente na pendência de decisão judicial definitiva de questão cível, com interferência direta na existência da própria infração penal, recomendável, na espécie, a aplicação do disposto no art. 93 do Código de Processo Penal, determinando-se a suspensão do processo criminal até o deslinde final da questão cível.*

XIV - *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem de ofício para suspender o processo criminal, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, até o trânsito em julgado da ação cível, não correndo o prazo prescricional no período, nos termos do art. 116, I, do Código Penal. (HC 266.462/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, REPDJe 30/04/2014, DJe 12/03/2014)

Assim, considerando a existência de precedentes do STJ no sentido de que seria recomendável a suspensão da ação penal, nos termos do art. 93 do CPP, quando houver desconstituição do crédito tributário por sentença judicial ainda não transitada em julgado, *ad cautelam*, solicitei informações acerca do andamento da ação anulatória, mormente porque a defesa havia noticiado a concessão de tutela antecipada na esfera cível.

Todavia, da sentença que acompanha as informações prestadas pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Anápolis-GO extrai-se que o reconhecimento de efeito confiscatório *cingiu-se tão somente à cobrança de multa*, não havendo indicação de nulidade do crédito tributário constituído nos processos administrativos tributários n. 4.0109032.933-73, 4.0110037.506-91, 4.0110037.575-17, os quais embasaram o recebimento da denúncia pelo Juízo Criminal (e-STJ, fl. 196/197).

A cópia da sentença, que acompanha as informações prestadas pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública Estadual, corrobora os fundamentos do Juízo Criminal o qual, ao receber a denúncia, afirmou que o réu, ora recorrente, não havia feito pagamento do tributo e tampouco parcelamento, uma vez que

“optou pela busca da tutela jurisdicional civil, *limitada entretanto à suposta inconstitucionalidade das multas aplicadas.*”

Por derradeiro, consigno que os precedentes do Pretório Excelso mencionados pelo impetrante não se aplicam ao caso concreto, porquanto não possuem similitude fática. Melhor explicando, na Rcl 18.106/BA, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavaski, *a ação anulatória foi julgada procedente*, o Estado da Bahia apelou para o Tribunal Estadual, o qual negou provimento ao recurso, *mantendo a inexigibilidade do crédito tributário* e o feito aguardava, para o trânsito em julgado, apenas o julgamento de agravo a recurso extraordinário não admitido na origem. Quanto ao Inq 2.909/PR, de fato o Min. Marco Aurélio, por decisão monocrática, suspendeu os efeitos do procedimento investigatório instaurado em face do Deputado Jader Fontelle Barbalhoem, em razão de tutela antecipada conferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sede de agravo de instrumento interposto contra a decisão indeferitória da tutela nos autos da ação cível anulatória. Todavia, a decisão monocrática não foi submetida ao Pleno do STF e nem será, tendo em vista que o Ministro Marco Aurélio, em decisão proferida em 7/5/2018, declinou da competência para a Justiça Federal da Seção Judiciária do Pará, ao fundamento de que o Pleno, na Ação Penal 937, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, assentou que o instituto da prerrogativa de foro pressupõe que o delito praticado se relacione ao exercício do mandato.

Destarte, não se identifica, no caso concreto, flagrante ilegalidade que justifique o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta e tampouco falta de justa causa justificadora da suspensão da ação penal.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 52.007-PR
(2016/0240829-7)**

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Alexandre Longo

Recorrente: Rosa Marina Tristao Rodrigues Longo

Advogado: Rosa Marina Tristão Rodrigues Longo (em causa própria) e outros - PR049655

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Lavagem de capitais. Impetração contra decisão judicial. Destituição de advogada constituída. Atuação tumultuária. Prejuízo à ampla defesa do réu e ao regular andamento do processo. Acórdão recorrido devidamente fundamentado. Inexistência de teratologia ou ilegalidade. Recurso improvido.

1. Tendo em vista a finalidade instrumental do processo, que não pode ser concebido como um fim em si mesmo, senão como uma ferramenta para a concretização de um direito material, é dever do magistrado zelar pelo seu regular andamento, de forma a coibir abusos e garantir o efetivo exercício dos postulados da ampla defesa e do contraditório.

2. Na espécie, a medida excepcional e extrema de destituição da advogada do patrocínio de seu constituinte só foi adotada pelo juízo primevo quando vislumbrada a ocorrência de efetivo prejuízo à defesa e teve por escopo garantir o regular andamento do feito, considerando todas as condutas da causídica que levaram a um ambiente processual confuso, tumultuado e protelatório, de forma a dificultar a busca da verdade real e a adequada entrega da prestação jurisdicional.

3. Dessa forma, indemonstrada a existência de flagrante ilegalidade ou teratologia na decisão recorrida e, conseqüentemente, de afronta a direito líquido e certo dos impetrantes, inviável a concessão da segurança.

4. Admitir o recurso, a fim de modificar as conclusões das instâncias de origem, no intuito de abrigar o pleito defensivo de reintegração da advogada à causa, reclamaria deste Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *mandamus*.

5. Recurso 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, negar provimento ao recurso.

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 dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 12.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por *Alexandre Longo e Rosa Marina Tristao Rodrigues Longo* contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do Mandado de Segurança n. 5021815-57.2016.4.04.0000/PR.

Sustentam os recorrentes a ilegalidade da destituição operada pelo Juiz singular e mantida pelo Colegiado regional, porquanto o réu teria direito ao patrocínio de sua defesa por advogado de sua confiança.

Alegam que não haveria qualquer prejuízo à ampla defesa com a prática dos atos apontados pelas instâncias de origem como tumultuários.

Asseveram que a defensora destituída estaria agindo em busca da celeridade do processo.

Requerem o provimento do recurso, para que a decisão impugnada seja anulada, bem como todos os atos posteriores, determinando-se a redistribuição do processo. Subsidiariamente, pleiteiam que a Corte regional seja instada a manifestar-se quanto à deficiência da defesa constituída que teria motivado a destituição da causídica.

A liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Inicialmente, deve ser considerado que a jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de ser inadmissível a impetração do mandado de segurança contra ato jurisdicional, salvo em caso de teratologia ou flagrante ilegalidade, conforme se verifica dos seguintes precedentes da Corte Especial:

Agravo regimental. Mandado de segurança impetrado contra ato judicial de Ministro Relator desta Corte. Indeferimento liminar. Inexistência de ilegalidade ou teratologia na decisão singular amparada em norma regimental e na jurisprudência consolidada deste Sodalício. Recurso improvido.

1. Nos termos da jurisprudência remansosa deste Sodalício, não cabe impetração de mandado de segurança contra ato judicial proferido por relator ou pelos órgãos fracionários desta Corte Superior, exceto quando houver flagrante ilegalidade ou teratologia. Precedentes.

2. No caso em exame, o *mandamus* foi impetrado contra decisão monocrática proferida por relator da Quarta Turma, com amparo no Enunciado n. 2/STJ, no artigo 255, § 4º, II, do RISTJ e na jurisprudência consolidada deste Tribunal Superior.

3. O ato apontado como coator foi, posteriormente, confirmado no respectivo Colegiado, por unanimidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no MS 23.509/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 07/02/2018, DJe 20/02/2018)

Agravo interno no mandado de segurança. Indeferimento liminar do *writ*. Ato coator. Ausência de ilegalidade ou teratologia. Súmula 202/STJ. Inaplicabilidade. Direito líquido e certo não configurado. Agravo interno a que se nega provimento.

*1. A utilização do mandado de segurança para impugnar decisão judicial só tem pertinência em caráter excepcionalíssimo, quando se tratar de ato manifestamente ilegal ou teratológico, devendo a parte demonstrar estarem presentes os requisitos genéricos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.*

2. Na hipótese, não se verifica a ocorrência de ato abusivo ou ilegal, tampouco a existência de direito líquido e certo amparável pelo mandado de segurança, na medida em que foi impetrado contra decisão devidamente fundamentada, com motivação clara e consistente, que, embora em dissonância com a pretensão da ora impetrante, está em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

3. O enunciado da Súmula 202 do STJ socorre apenas o terceiro que não teve condições de tomar ciência da decisão que lhe prejudicou, com a consequente

impossibilidade de utilizar-se do recurso no prazo legal, situação que não ocorre na hipótese dos autos. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no MS 22.882/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 06/09/2017, DJe 14/09/2017)

Na hipótese, alegam os recorrentes a existência de direito líquido e certo a ser amparado pelo *mandamus*, tendo em vista suposta ilegalidade na decisão singular que destituiu a segunda recorrente do patrocínio do réu.

De acordo com os autos, o recorrente *Alexandre Longo* responde à Ação Penal n. 5011570-36.2016.4.04.7000, que tramita perante a 14ª Vara Federal de Curitiba/PR, pela suposta prática do crime de Lavagem de Capitais descrito no art. 1º, inciso V, da Lei n. 9.613/89, tendo constituído a recorrente *Rosa Marina Tristão Rodrigues Longo*, sua esposa, para o exercício da defesa técnica.

No curso da ação penal o magistrado singular destituiu a segunda recorrente da defesa do primeiro, por considerar a sua atuação prejudicial aos interesses deste, em razão de atos praticados durante a marcha processual, assim listados: apresentação de diversas procurações sem qualquer tipo de assinatura (digital ou mecânica) do acusado (eventos 22, docs. 3 e 4 e 28, doc.2); apresentação de inúmeras, repetitivas e intempestivas respostas à acusação, contendo muitas laudas, sem um mínimo de objetividade jurídica capaz de gerar compreensão plena do que está sendo afirmado, e com inobservância de técnica jurídica; impetração do Mandado de Segurança n. 5050196-61.2015.404.7000, conexo, sem quaisquer documentos ou prova pré-constituída; correição parcial contra decisão do Juízo que reconheceu haver procurações inexistentes, em que foram apresentadas 4 petições, diariamente, antes da análise do pedido liminar, culminando, ao final, na desistência do pleito; reiteração da apresentação de procuração com as mesmas características das já ressaltadas nos autos; requerimentos que extrapolam o ordenamento jurídico processual, tais como a citação de pessoa física em processo penal por meio de intimação virtual do “*e-proc*”, sem base legal; além de outros expedientes que conturbaram o processo, causando prejuízo à própria ampla defesa do réu (e-STJ fls. 5.124/5.130).

Impetrado prévio *writ* perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, visando ao retorno da primeira recorrente ao *munus*, a segurança foi denegada.

No presente recurso, os recorrentes sustentam que a advogada destituída sempre atuou com diligência no exercício da defesa do réu, a qual não poderia ser considerada ineficiente.

Para melhor compreensão da controvérsia, cumpre transcrever o provimento singular combatido:

[...] Da análise dos autos, verifico que a atuação da defensora não corresponde ao mínimo esperado para uma defesa técnica eficiente e suficiente para assegurar o postulado de uma substancial e efetiva ampla defesa ao acusado em relação ao presente caso penal.

Diversas foram as incongruências apresentadas no decorrer deste feito que demonstram a existência de claros equívocos por parte da defesa em fase processual absolutamente inicial, ocorridas antes mesmo da citação ou do exame da absolvição sumária (art. 397 do CP), e que neste caso concreto causaram efetivo prejuízo à defesa do mesmo:

a) a apresentação de diversas procurações sem qualquer tipo de assinatura (digital ou mecânica) do acusado, em claro descumprimento da legislação civil e processual regente (eventos 22, docs. 3 e 4 e 28, doc. 2).

b) a apresentação de inúmeras e intempestivas respostas à acusação, contendo vastas laudas, sem um mínimo de objetividade jurídica capaz de gerar compreensão plena do que está sendo afirmado, e com inobservância de técnica jurídica; neste sentido, a Lei manda apresentar apenas uma única defesa prévia, mas foi apresentado ao menos 5 defesas prévias, capazes de gerar confusão no Juízo a respeito dos argumentos que a defesa pretendia efetivamente se valer (eventos 5, 7, 8, 11 e 22), isso sem mencionar as inúmeras outras manifestações por petições esparsas a respeito do mérito;

c) impetração de Mandado de Segurança (n. 5050196-61.2015.404.7000), conexo a estes autos, sem quaisquer documentos ou prova pré-constituída;

d) correção parcial contra decisão deste Juízo que reconheceu haver procurações inexistentes, em que foram apresentadas 4 petições, diariamente, antes mesmo da análise do pedido liminar, culminando, ao final, na desistência antes mesmo de sua apreciação inicial;

e) apresentação, nos autos de Correção Parcial, de nova procuração com idênticas características das procurações anexadas aos autos, em que pese já apontada a inviabilidade no evento 13 dos autos;

f) requerimentos que extrapolam o ordenamento jurídico processual, tais como a citação de pessoa física em processo penal por meio de intimação virtual do “e-proc”, sem qualquer base legal, confundindo ainda os termos “mandado” e “mandato” (“já a defesa concorda e aceita ser intimada por simples intimação eletrônica, estando o denunciado de acordo e tendo expresso isto textualmente no mandado em anexo”, cf. ev. 5.1);

g) referências confusas a dispositivos legais que seriam inaplicáveis ao caso, por exemplo, às decorrências legais da citação por edital (que não ocorreu neste

processo), ao rito do Júri e ao novo processo civil, que no conjuntura das outras falhas já cometidas, estão inseridas em um contexto global que se alinha no sentido de não haver técnica jurídica:

“citando o § 4º do art. 363 do CPP, o qual prevê que quando o acusado que foi citado por edital”

(...) Vale destacar ainda a previsão do § 1º do artigo 406 do Código de Processo Penal, que versa sobre o procedimento do júri (...)

(...) decisão não fundamentada (e nula portanto), nos termos do art. 489. § 1º do NCPC, pela simples falta de elementos essenciais da decisão/sentença. (...)

h) após a citação pessoal do denunciado, a defesa apresentou resposta à acusação, reiterando pedido de dispensa de sua citação pessoal, ignorando fato já consumado, a indicar que a confusão em relação às manifestações não apenas tem dificultado a compreensão do Juízo, mas a organização da defesa pela própria causídica (ev. 28, doe. 1, pp. 14-15);

i) apresentação de documentos, v.g., doe. 3 do evento 28 e doe. 6 do evento 22, em que a parte alega que o documento foi assinado com “ecpf”, sem que das propriedades do documento seja possível vislumbrar qualquer assinatura possível etc.

Convém ressaltar também que esta forma da defesa atuar, com profusão de petições e recursos protelatórios, já foi considerada abusiva por outros magistrados, tanto que noutro processo correlato (ação penal n. 5013026-96.2013.4.04.7009, da 1ª Vara Federal de Ponta Grossa), foi aplicada ao réu *Alexandre Longo* multa por litigância de má-fé (ev. 352 daqueles autos). Aliás, impende ressaltar que esta foi a primeira vez que vislumbro a aplicação desta espécie de penalidade no processo penal.

Impende registrar, ainda, a ausência de sequenciamento lógico nas petições apresentadas e inobservância de técnica jurídica, a comprometer a ampla defesa do acusado. Neste sentido, tudo indica que o fator emocional, que deve resultar em desgaste ao longo dos anos, também contribui para uma defesa técnica deficiente, haja vista que a advogada, talvez pelo fato de ser esposa do réu, deixa transparecer uma certa aflição em suas alegações, acabando por apresentar inúmeras petições com conteúdos similares, gerando confusão a respeito de qual petição ou argumento deve prevalecer, e sem a observância da melhor técnica jurídica, o que acaba gerando tumulto processual em desfavor da defesa do acusado.

Impende salientar que este provimento tem o caráter de dar ao acusado uma chance real de ter um processo justo e equilibrado, em que se observe a ampla defesa, para que suas alegações possam ser integralmente compreendidas e apreciadas. Embora possa não ter essa mesma percepção o acusado, tal medida revela-se

necessária, pois ao nosso ver se vislumbra desordem jamais vista em um processo legal e nos argumentos e manifestações da defesa antes mesmo da citação, que estão comprometendo claramente a compreensão integral das manifestações da defesa.

Muito embora não seja censurável, mas louvável, a tentativa de uma esposa de defender seu marido em processos penais, e durante tantos anos, é de se reconhecer que em relação ao presente procedimento, sua atuação tem causado mais desvantagens do que benefícios, resultando-se em escolhas sem fundamento jurídico e manifestações sem a técnica à altura da complexidade deste caso penal, que neste processo se revelaram deletérias à ampla defesa do acusado.

Desta forma, por tratar o processo penal do bem jurídico liberdade, este Juízo não pode se desviar de sua missão constitucional, devendo agir com equilíbrio e convicção, sem qualquer receio em desagradar as partes, no sentido de não tolerar as graves incongruências referidas cometidas antes mesmo da citação do réu, em fase absolutamente preliminar. Esta garantia à ampla defesa no sentido substancial da palavra, no seu integral aspecto técnico, é um compromisso do Poder Judiciário com os réus que se submetem ao poder jurisdicional. Anuir à hipótese de permitir a atuação de uma defesa confusa, em que a razão aparentemente está ofuscada pela emoção, prejudicando a técnica-jurídica, seria aceitar os prejuízos à defesa já mencionados, em que há falta de sequenciamento lógico do raciocínio, clareza na argumentação, mínima objetividade e organização nos argumentos, sobreposição de fundamentos e petições sem que seja possível compreender quais argumentos ainda persistem etc., elementos estes que dificultam sobremaneira o exame das pretensões formuladas pelo réu e seu acolhimento.

*1. Destarte, após delongada reflexão, e com as devidas vênias, mas visando a integral garantia do direito de defesa técnica ampla do denunciado **Alexandre Longo**, destituo a advogada **Rosa Marina Tristão Rodrigues Longo** (OAB/PR 49.655) da defesa deste, consoante a fundamentação expandida, considerando os prejuízos concretos à defesa, verificados neste caso concreto.*

Intime-se.

2. Intime-se o denunciado acerca desta decisão, bem como para que constitua novo advogado, no prazo de 10 dias, a fim de apresentar resposta a acusação, no prazo de 10 dias (artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal), cientificando-o de que, no silêncio, será nomeado defensor por este Juízo para atuar em sua defesa - o réu deverá ser cientificado, ainda, de que arcará com os honorários correspondentes.

3. Na hipótese de não ser constituído defensor pelo denunciado, e/ou transcorrido o prazo legal sem a apresentação da resposta escrita à acusação, intime-se a Defensoria Pública da União acerca de sua nomeação para o exercício da defesa do réu, bem como para apresentar resposta à acusação, no prazo de 20 dias.

4. Embora se tratem de defeitos graves e reiterados, deixo de oficiar à OAB, por uma questão de humanidade, considerando a dúvida atualmente existente a respeito

da possibilidade de os erros cometidos terem sido causados pelo comprometimento emocional compreensível de uma esposa com a liberdade de seu marido, quiçá agravada a situação pelo exercício deste múnus durante longos anos em relação a outros processos penais, com julgamento recente em 2ª instância.

5. Ciência ao Ministério Público Federal. (e-STJ fls. 5.124/5.130)

A decisão do juízo primevo foi mantida pelo c. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que asseverou:

*Não há dúvidas de que a medida adotada pelo magistrado é grave e reservada a situações extremas. Trata-se de caso concreto em que a advogada que milita em favor do réu é sua esposa e, por conseguinte, apresenta evidente envolvimento emocional com o desenlace da questão. Segundo consta nos próprios autos, todas as estratégias defensivas são decididas em conjunto por **Alexandre e Rosa**, o que, como é notório, configura situação não desejável justamente por conta do inevitável viés afetivo com que cada pronunciamento acaba sendo realizado nos autos.*

São percucientes as razões do impetrante no sentido de que a ele pertence o direito de escolha do advogado que irá lhe patrocinar a causa e que, portanto, cabe sua defesa por intermédio do presente mandado de segurança. Todavia, não menos adequadas são as ponderações do Juízo a quo no sentido de que o processo criminal, cujo objeto está ontologicamente atrelado à possível restrição da liberdade do agente, deve ser conduzido de forma serena, apta a assegurar a ampla defesa e o contraditório de forma plena sem admitir, todavia, estratégias procrastinatórias que eternizem o debate até a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Pois bem, entendo que os elementos objetivos amealhados pelo magistrado no bojo da ação criminal rf 5011570-36.2016.4.04.7000, os quais servem de apoio à afirmação de que a conduta processual da advogada Rosa Marina é incompatível com o regular exercício de direito de defesa do réu, são suficientes para adoção da medida extrema de sua destituição. O número impressionante de intervenções repetitivas e inoportunas que vem sendo apresentadas pela defesa no caso concreto demonstra que a postura adotada ultrapassa o limite do regular exercício de direito e até mesmo do bom senso. Cabe ao magistrado velar pela adequada condução da ação criminal que deu origem ao presente mandado de segurança, razão pela qual entendo que sua decisão deve ser prestigiada pelo Tribunal e, assim, mantido o afastamento da advogada eleita pelo impetrante por conta do abuso do direito de defesa que ora vem sendo adotado.

Ante o exposto, voto por denegar a ordem e, assim, manter incólume a decisão de primeiro grau que destituiu a causídica do patrocínio da causa. (e-STJ fls. 5.800/5.808)

Inicialmente, convém destacar que o direito à ampla defesa é corolário constitucional expressamente garantido no art. 5º, inciso LV, da CF/88, que assim dispõe:

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são *assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*;

Quanto ao ponto, é importante asseverar que tal postulado constitucional assume especial relevância na persecução penal, já que por meio desta é que o Estado alcança a legitimidade para coarctar a liberdade do indivíduo responsável pela prática de conduta descrita como fato delituoso.

Aliás, a defesa não deve ser vista apenas como um direito do acusado, mas como uma garantia de desenvolvimento regular do processo, tratando-se de interesse público.

A ampla defesa constitucionalmente garantida, assim, deve abranger tanto o direito do acusado ser assistido por profissional habilitado, conhecida por defesa técnica, como o direito de autodefesa, cujo exercício é facultado em determinados atos processuais, como o interrogatório.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, “a defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva.” (Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 295).

Assevera, ainda o ilustre doutrinador, *in verbis*:

Não interessa apenas à pessoa acusada a garantia de defesa, mas a toda a comunidade, pois é essencial ao Estado de Direito, ao qual só interessa a sentença justa, colhida em consonância com as garantias do devido processo legal. É a defesa garantia de cada um, nos casos concretos a que é chamado a responder, e de todos, pela potencialidade de uma acusação.

Salienta Ada Pellegrini Grinover que, nessa perspectiva de direito público, a defesa é “uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro”. Ressalta, ainda, adquirir no processo moderno “relevância o perfil objetivo da defesa, como ofício essencialmente social: defesa, portanto, como condição de regularidade do procedimento, na ótica do interesse público à atuação do contraditório, defesa, em última análise, legitimante da própria jurisdição”. (In A Reação Defensiva à Imputação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 26).

Nessa esteira, a atuação do advogado constituído pela parte no processo representa um *múnus* público que integra a própria administração da justiça, devendo o profissional atuar com clareza e retidão, pautando-se nas prerrogativas do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e no Código de Ética e Disciplina.

Explicita o art. 44, inciso I da Lei n. 8.906/94, que “A ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma Federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.

Para a consecução de tal mister, o mencionado diploma legal estabelece, ainda, limites para a atuação do advogado, descrevendo comandos relacionados à sua postura ética e às infrações disciplinares a que se sujeita:

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

[...]

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

[...]

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

[...]

IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;

X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;

[...]

XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;

[...]

Já o Código de Ética e Disciplina dos Advogados preceitua, em seu artigo 2º, que “O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça

e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.”

Em seu artigo 6º, o mesmo diploma legal dispõe que “É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.”

Dessa forma, a atuação do advogado deve se pautar na defesa da ordem jurídica, abstendo-se da prática de atos processuais ilegais, atentatórios ao correto andamento processual, protelatórios ou avessos à moral, exatamente como entende a jurisprudência deste Sodalício.

Nesse sentido:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prevaricação. Crime contra a ordem tributária. Organização criminosa. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade na via eleita. Flagrante atipicidade evidenciada. Denúncia inepta. Recurso provido.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Precedentes.

2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Em verdade, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*.

3. Não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal. Porém, impende destacar que a deflagração de ação penal, de per si, caso seja despida de justa causa, importa grave constrangimento ilegal sanável em sede de *habeas corpus*, mesmo que não tenha sido imposta qualquer medida cautelar ao denunciado.

4. Nos termos do art. 133 da Constituição Federal, “o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Sem embargo, a inviolabilidade do advogado não pode ser tida por absoluta, devendo ser limitada ao exercício regular de sua atividade profissional, não sendo admissível que sirva de salvaguarda para a prática de condutas abusivas ou atentatórias à lei e à moralidade que deve conduzir a prática da advocacia.

[...]

19. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n.19880-63.2016.8.10.0001, em curso na 7ª Vara Criminal da Comarca de São Luis/MA, devendo, porém, ser mantida a persecução penal em relação ao demais réus.

(RHC 82.377/MA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. 1. Ofensa ao princípio da colegialidade. Não verificação. Julgamento monocrático fundamentado nas hipóteses do CPC e do RISTJ. 2. Afastamento de advogado da defesa do réu. Tentativa de homicídio. Prévia atuação em defesa da vítima. Segundo delito praticado por vingança ao primeiro. 3. Ato respaldado na moral, ética e boa-fé. Impossibilidade de revolvimento fático na via eleita. 4. Ausência de direito líquido e certo. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. "A apreciação unipessoal do mérito do recurso não viola o princípio da colegialidade, desde que sejam observados, por analogia, os requisitos de admissibilidade do art. 557, *caput*, do CPC, bem como o Regimento Interno e a jurisprudência desta Corte". (AgRg nos EAREsp 552.911/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 13/4/2015).

2. O advogado foi afastado em virtude de se ter considerado que os fatos delituosos estariam entrelaçados, visto que, em tese, o crime de homicídio consumado, praticado em 1º/8/2005 por Alexandre Carlos Gomes, foi cometido por motivo de vingança em relação ao primeiro delito de tentativa de homicídio praticado contra si, em tese, por Nilói Luiz Borsa, cinco dias antes, em 26/7/2005.

3. Diante da análise aprofundada dos elementos constantes dos presentes autos, realizada pelo então Relator, tem-se que a decisão proferida pela Magistrada de origem mostra-se consentânea com a ética, a moral e a boa-fé.

4. *O advogado é indispensável à administração da justiça, conforme ressalta o art. 133 da Constituição Federal. Dessa forma, mesmo que o causídico, em um olhar subjetivo, não veja óbice à sua atuação, a intervenção do Juízo a quo primou pela isenção de tão cara atividade exercida pelo recorrente, visando antes à preservação da ética.*

Assim, nos moldes do que já manifestado na decisão recorrida, não há ilegalidade a ser combatida nos autos, porquanto ausente direito líquido e certo.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 37.852/RS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 08/05/2015)

No caso dos autos, conforme pontuado pelo magistrado singular, a atuação da advogada em defesa do acusado vinha representando uma ameaça à sua ampla defesa, não só no sentido técnico no desempenho de seu mister, mas também com relação à desordem do processo, o que restou demonstrado diante dos diversos atos indicados como tumultuários pela autoridade apontada como coatora, confusos e desnecessários.

Observe-se que o Ministério Público Federal, em parecer exarado nesta instância especial, menciona que a atuação tumultuária da causídica gerou penalidade por litigância de má-fé e desacato ao seu constituinte, ressaltando que “está claro nos autos que a segunda recorrente, responsável pela defesa técnica do primeiro, abusou do direito de defesa, com intervenções repetitivas, infundadas e inoportunas, que demonstram claro interesse em tumultuar e procrastinar o processo até a ocorrência da prescrição” sendo que “a estratégia adotada pela primeira recorrente vinha se mostrando prejudicial ao próprio réu, uma vez que já gerou condenações por litigância de má-fé e desacato” (e-STJ, fls. 5.932/5.933).

É de se esclarecer que a jurisprudência deste Sodalício entende que “o devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido” (HC 94.020/AP, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, DJe 8/3/10).

Com efeito, há que se ter em mente a finalidade instrumental do processo, que não pode ser concebido como um fim em si mesmo, mas como uma ferramenta para a concretização de um direito material, sendo dever do magistrado zelar pelo seu regular andamento, de forma a coibir abusos e garantir o adequado exercício dos postulados da ampla defesa e do contraditório.

O art. 251 do Código de Processo Penal prescreve que “ao Juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”, sendo que, para a consecução de tal mister, lhe são garantidos poderes instrutórios, de disciplina processual, de coerção, de zelar pela defesa técnica das partes, entre outros, o que muito bem esclarece o ilustre doutrinador Vicente Greco Filho, *in verbis*:

No exercício da Jurisdição, o juiz é dotado de poderes, para que se possa alcançar o objetivo do processo que é a aplicação correta da lei penal. Daí dizer-se

que o juiz é o *dominus processus*, porque o preside, cabendo-lhe a sua condução regular até a sentença final.

Não se conseguiu, ainda, uma classificação satisfatória dos poderes do juiz no processo, de modo que o que se costuma fazer é uma enumeração, não rigorosa e que tem finalidade meramente exemplificativa.

Entre esses poderes que são também deveres, como acontece do direito público em geral quanto aos poderes das autoridades, podem ser enumerados:

a. poderes instrutórios, como o de presidir a prova, determinar diligências, ouvir testemunhas não numerárias e intervir nos exames periciais, instituídos, entre outros, nos arts. 156, 209, 168 e 176;

b. poderes de disciplina processual, como o de indeferir perguntas impertinentes às testemunhas, o de formar a lista de jurados, o de determinar o saneamento de irregularidades, nos arts. 212, 423 et;

c. poderes de coerção, como o de determinar a condução de testemunhas, ofendido e acusado, por exemplo nos arts. 201, 218 e 260, ou determinar a utilização de força;

d. poder de velar pela defesa técnica e representação processual das partes, nomeando advogado ao querelante (art. 32), ao acusado (arts. 149, 263, 266 e 396-A) e ao ofendido (art. 33). O juiz, também, no júri pode declarar o réu indefeso, anulando o julgamento (art. 497, V); [...] (Manual de processo penal/Vicente Greco Filho. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 278).

Ainda nessa toada, e a fim de garantir a ampla e efetiva defesa da parte no processo, o art. 261 do Código de Processo Penal explicita que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”

Ao interpretar o mencionado dispositivo legal, que explicita um corolário do direito de defesa, ressalta Guilherme de Souza Nucci:

Torna-se fundamental que o magistrado zele pela qualidade da defesa técnica, declarando, se for preciso, indefeso o acusado e nomeando outro advogado para desempenhar a função. Note-se que nem mesmo o defensor constituído pelo réu escapa a esse controle de eficiência. [...]

[...] o desenvolvimento dos atos processuais exige uma atuação ética das partes, razão pela qual o defensor, ainda que atue com firmeza e determinação em nome do réu, não pode requerer diligências protelatórias com finalidade exclusiva de provocar excesso de prazo [...]. (NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 13ª Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro - Forense, 2014, p. 620-621).

Nessa ordem de ideias, ressalta-se a importância da atuação harmônica das partes no processo e o papel fundamental do magistrado na condução da prestação jurisdicional, para o qual deve o julgador utilizar os poderes a ele garantidos na busca do amplo e efetivo exercício do direito de defesa, a exemplo do disposto no art. 497, inciso V, do Código de Processo Penal, a partir do qual o Juiz Presidente poderá “nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso”.

E a fim de garantir a efetividade de tal controle, diante da ausência de parâmetros mais claros, a fim de identificar todas as possibilidades quanto aos eventuais defeitos no que se refere à defesa no processo, está expresso no enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que “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”, verbete sobre o qual já se manifestou este Sodalício em inúmeras oportunidades.

Confira-se:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial cabível. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento. [...] Homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal). Deficiência de defesa. Nulidade relativa. Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. Advogado *ad hoc*. Dispensa de provas. Alegações finais genéricas ofertadas oralmente. Prejuízo demonstrado. Constrangimento ilegal evidenciado. Concessão da ordem de ofício.

1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Ainda que a ausência do advogado constituído não tenha sido justificada, não se mostra prudente delegar ao defensor *ad hoc* a responsabilidade de conduzir a defesa do acusado na sua plenitude, admitindo-se, inclusive, que desista da produção das demais provas requeridas e ofereça alegações orais genéricas na própria audiência para a qual foi designado, como ocorreu na hipótese, circunstâncias que revelam o prejuízo ao trabalho defensivo e autorizam a declaração de nulidade do ato, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal.

[...]

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para anular a ação penal a partir da audiência de continuação da instrução criminal, inclusive.

(HC 280.901/ES, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 29/04/2014)

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor. Deficiência da defesa técnica. Súmula 523/STF. Prejuízo demonstrado. Nulidade reconhecida. Extinção da punibilidade. Prescrição. Ordem concedida. *Habeas corpus* concedido de ofício.

1. “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” (Súmula 523/STF).

2. *Constatado o prejuízo decorrente da deficiência da defesa técnica, exercida de forma desidiosa durante o curso da ação penal, impõe-se a nulidade do processo a fim de garantir ao réu o pleno exercício da ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal).*

3. Reconhecida a nulidade, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para declarar extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva (art. 107, IV, c.c 109, III, do Código Penal), contada a partir da pena máxima cominada em abstrato para o delito de atentado violento ao pudor, haja vista que já transcorreram mais de 16 anos desde o recebimento da denúncia, ocorrido em 2/10/91.

4. Ordem concedida para a anular o processo a partir do interrogatório. *Habeas corpus* concedido de ofício para declarar extinta a pretensão punitiva do paciente pela prescrição (art. 107, IV, c.c 109, III, do Código Penal), determinando a expedição de alvará de soltura em seu favor, salvo se por outro motivo estiver preso.

(HC 68.433/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008)

Criminal. HC. Apropriação indébita previdenciária. Deficiência de defesa técnica. Alegações preliminares. Diligências. Testemunhas. Alegações finais. Referência a outra empresa. Prejuízo demonstrado. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

Hipótese na qual o paciente foi condenado pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária e sustenta a deficiência da defesa técnica que lhe foi promovida no decorrer da ação penal.

A atuação da defensora dativa revela que desconhecia o processo criminal instaurado contra o paciente, os fatos que o ensejaram e suas peculiaridades, pois não formulou argumentação capaz de infirmar a denúncia e não arrolou testemunhas na defesa prévia, embora tenha afirmado que os fatos não se passaram conforme consta na peça exordial acusatória, e que, após a instrução criminal, restaria comprovada a inocência do acusado.

A fase do art. 499 passou sem pedido de diligências e, quando das alegações finais, referiu-se à instrução como se tivesse ocorrido e tratou o feito como se movido à apuração de crime contra a ordem tributária referente a outra empresa do paciente, e não àquela em que teriam sido recolhidas as contribuições previdenciárias supostamente apropriadas.

O princípio da ampla defesa, assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, deve ser caracterizado pelo exercício real e efetivo da defesa do acusado, ainda mais no âmbito do processo penal, por estar em jogo o status libertatis do indivíduo.

Ante a deficiência de defesa do paciente, evidencia-se a ocorrência de prejuízo, em virtude da prolação de sentença condenatória, nos termos do verbete da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes desta Corte.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, para anular a ação penal instaurada em desfavor do paciente a partir da apresentação das alegações preliminares, inclusive, a fim de que, realizado seu interrogatório, seja assistido por defesa técnica adequada, determinando-se a expedição de alvará de soltura.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator, julgando-se prejudicadas as demais alegações da impetração.

(HC 57.425/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 20/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 422)

Da análise dos autos e após a exaustiva explanação, verifica-se que a fundamentação utilizada pelas instâncias de origem para a determinação da medida excepcional e extrema de destituição da recorrente do patrocínio da causa só foi tomada quando vislumbrada a ocorrência do prejuízo efetivo para a defesa do réu e para o regular andamento do processo, considerando todas as condutas que ocasionaram a criação de um ambiente processual confuso, tumultuado e protelatório, de modo a dificultar a busca da verdade real para a adequada entrega da prestação jurisdicional.

Dessa forma, embora as alegações defensivas de que inexistiria qualquer ineficiência da causídica e quanto ao direito do primeiro recorrente de escolher ao seu arbítrio o patrono de sua confiança, verifica-se a legitimidade dos motivos apresentados na origem para a destituição operada, tendo sido concedido prazo para o acusado se manifestar com relação à destituição e constituir novo advogado, em respeito ao postulado da efetiva ampla defesa e em observância do previsto no art. 93, inciso IX, da CF/88.

Confira-se:

Habeas corpus. Advogado constituído. Interposição de recurso da defesa. Apelação do Ministério Público. Nomeação da Defensoria para o ato das contrarrazões. Destituição tácita do patrono do réu. Ausência de consulta prévia. Intimação da pauta de julgamento da apelação somente em nome de defensor público. Nulidade. Cerceamento de defesa.

As garantias constitucionais do processo penal concedem ao réu, sob pena de nulidade, o direito de escolher o seu defensor e de permanecer sob o seu patrocínio, que somente pode ser extraído do processo após consulta prévia do interessado e por decisão justificada.

A nomeação de defensor público para apresentar somente as contrarrazões do recurso de apelação aviado pelo Ministério Público não torna definitiva, em nome da Defensoria, a defesa da causa, máxime porque a escolha foi para o ato e o réu tinha defesa constituída, a qual apresentou oportuna apelação com inúmeros temas processuais e de mérito.

Nulidade do julgamento da apelação, cuja pauta não constou o nome da advogada constituída, tendo em vista a violação ao primado constitucional da ampla defesa, assegurado na cláusula da escolha da defesa técnica.

Ordem concedida para anular o julgamento da apelação e dos atos subsequentes.

(HC 227.883/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

Aliás, neste mesmo sentido colaciona-se recente decisão singular da lavra do eminente Min. Felix Fischer, prolatada no RMS n. 56.209/RS, *in verbis*:

[...] é certo que o processo, sob a ótica de qualquer de seus escopos, não pode tolerar o abuso do direito ou qualquer outra forma de atuação que enseje a litigância de má-fé. Logo, condutas contrárias à verdade, fraudulentas ou procrastinatórias conspurcam o objetivo publicístico e social do processo, a merecer uma resposta inibitória exemplar do Judiciário. (Cfe. Ada GRINOVER, ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO DINAMARCO. Teoria Geral do Processo, 8. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 1991, p. 117; CÂNDIDO DINAMARCO. A instrumentalidade do processo, 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 1990, p. 213).

Nessa ordem de idéias, nota-se que o Juízo de origem narra condutas graves, em tese praticadas pelos defensores, o que faz com que a tramitação da ação penal se arraste desde o ano de 2009. A título de exemplo, cita a abertura do prazo para oferecimento de alegações finais por memoriais desde novembro de 2015, sem que as defesas dos réus tenham atendido à determinação judicial, com “inúmeras postulações das defesas no claro intuito de retardar a marcha processual.”

Assevera que, mesmo preclusa a fase de produção de provas, os defensores insistem em requerer a produção de novas provas já indeferidas pelo Magistrado, e a cada nova decisão indeferitória manifestam-se, de forma coordenada, tumultuando e procrastinando o andamento do feito.

O Juízo de 1º grau cita, ainda, que “a Ação Penal continua em tramitação, devido, em grande parte, a manobras protelatórias por parte dos réus, que juntam confusas e constantes petições, que juntam cópias de vários documentos impertinentes alcançando os autos atualmente 14 volumes, que utilizam os recursos processuais de forma abusiva, ainda que respaldados pela abstrata previsão legal.”

Nesse contexto, a despeito da destituição compulsória dos advogados constituir medida grave e reservada a situações extremas, trata-se, no caso, de situação processual reveladora de indevida utilização de estratégias procrastinatórias, que eternizam a tramitação do feito, incompatíveis com o regular exercício de direito de defesa dos réus, o que é suficiente para a adoção da medida de destituição.

Com efeito, cabe ao Magistrado velar pela adequada condução da ação criminal, motivo pelo qual impõe-se a manutenção da destituição compulsória dos advogados, em virtude do abuso do direito de defesa que vem sendo adotado.

Em tal contexto, não se denota ilegalidade ou teratologia na decisão que determinou a destituição dos advogados, pois se mostrou a única forma de recompor a ordem no processo e retomar o trâmite regular da ação penal de origem.

Em consequência, julgo prejudicado o pedido de reabertura da instrução processual e de expedindo de intimação ao INSS para que preste esclarecimento, tendo em vista que os impetrantes não são mais advogados dos réus da ação penal de origem.

[...]

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, apenas para determinar a exclusão da multa por litigância de má-fé imposta aos recorrentes pelo Juízo da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uruguiana/RS, nos autos da ação penal n. 2005.71.03.000044-2.

Dessa forma, indemonstrada a existência de flagrante ilegalidade ou teratologia na decisão recorrida e, conseqüentemente, de afronta a direito líquido e certo dos impetrantes, era mesmo inviável a concessão da segurança.

Ademais, tendo sido devidamente fundamentada a ocorrência de afronta aos postulados da ampla defesa e do respectivo prejuízo com a atuação da defensora destituída, a admissão do recurso, por este Sodalício, com a modificação das conclusões a que chegaram as instâncias de origem, no intuito de abrigar o pleito defensivo para sua reintegração à causa, tornaria necessário

aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *mandamus*.

Nesse sentido:

Penal. Processual Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Crime de tráfico de drogas Cerceamento de defesa. Pedido para apresentar alegações finais na forma de memoriais escritos. Indeferimento. Recusa do advogado constituído. Destituição do patrono. Nulidade afastada. Apreciação da justificativa do causídico. Impossibilidade. Reexame probatório. Nomeação de defensor público. Ausência de prejuízo.

1. A conversão da sustentação oral em memoriais escritos constitui faculdade do Juízo *a quo* que examinará a necessidade da adoção da citada medida, de acordo com a complexidade do caso ou a quantidade de acusados.

2. *Não se admite adentrar no ponto relacionado à justificativa consignada pelo recorrente, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatório, inviável na estreita via do mandamus.*

3. *No caso, não restou demonstrado prejuízo à defesa, pois, segundo consta dos autos, o Defensor Público foi nomeado em decorrência da destituição do recorrente para apresentar alegações finais, mediante aceitação do réu.*

4. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.

(RMS 33.922/RN, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015)

Administrativo. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Concurso público. Teste de avaliação física. Capacidade técnica dos avaliadores físicos. Prova pré-constituída. Ausência. Dilação probatória. Impossibilidade na via eleita. Agravo regimental improvido.

1. *O alcance da conclusão pretendida, acerca da ausência de capacidade técnica dos avaliadores físicos destacados para fiscalizar a execução dos exercícios físicos dos candidatos, demandaria instrução probatória, situação, esta, incabível na via eleita, notadamente pelo fato de que a documentação juntada pelo recorrente não demonstra a liquidez e certeza da pretensão deduzida em juízo.*

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 31.206/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015)

Por fim, quanto ao pedido formulado pelos recorrentes no sentido de que seja determinada a redistribuição do processo “para outro Magistrado, por sorteio eletrônico, excluindo é claro o Recorrido, evitando assim que eventuais

ranços de indisposição contra a defensora prejudiquem o réu” (*sic* - e-STJ fl. 5.869), verifica-se a sua impropriedade nesta via recursal, tendo em vista a existência de instrumentos processuais adequados para a busca de sua pretensão.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso ordinário.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 55.790-SP
(2017/0297315-4)**

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Daniel Valente Dantas

Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga - DF012500

Andrei Zenkner Schmidt - RS051319

Advogados: Verônica Abdalla Sterman - SP257237

Natasha Tamara Praude Dias - SP261416

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Negativa de acesso da vítima aos autos de inquérito policial em curso. Fundamentação inidônea. Recurso parcialmente provido.

1. A Súmula Vinculante n. 14 estabelece ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

2. No caso em apreço o recorrente, na condição de suposta vítima das ações delituosas investigadas, pretende obter acesso irrestrito aos autos do inquérito policial em curso, que tramita sob o manto do sigilo decretado pela autoridade policial responsável pelas investigações.

3. A decretação de sigilo, mesmo em caso de inquérito, depende da apresentação de razões idôneas que a sustente, sob pena de se

subverter o primado constitucional da ampla publicidade dos atos e decisões administrativas e judiciais, em que o segredo tem lugar apenas como exceção.

4. Esse entendimento é o que melhor se coaduna com o modelo democrático adotado pelo Constituinte de 1988, distanciando-se de sistemas inquisitoriais típicos de regimes autoritários, nos quais o investigado é mero objeto das ações de repressão do Estado.

5. Na hipótese examinada, não foram apresentadas justificativas plausíveis para a decretação do sigilo da investigação, uma vez que o segredo de justiça deve se restringir a medidas investigatórias em curso, a fim de evitar a frustração das diligências que estejam sendo adotadas para a apuração do delito ou para preservar a honra e a intimidade do investigado, situações não indicadas nos fundamentos da decisão impugnada, devendo ser assegurado à suposta vítima, assim como ao próprio investigado - ambos legitimamente interessados nos rumos dos trabalhos desempenhados pela Polícia Judiciária e que, inclusive, poderão colaborar com as autoridades competentes na elucidação dos fatos investigados - amplo acesso aos elementos de prova já documentados.

6. Recurso parcialmente provido para que o recorrente tenha acesso aos autos do Inquérito Policial n. 0008866-44.2009.4.03.6181, respeitados os limites delineados na Súmula Vinculante n. 14, do Supremo Tribunal Federal.

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presente na Tribuna: Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (p/recte)

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 14.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Daniel Valente Dantas* contra acórdão proferido pela col. Quinta Turma do eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em cuja ementa explicitou-se:

Processo Penal. Ofendido. Acesso aos autos do inquérito. Direito líquido e certo. Inexistência.

1. A alegada inexistência de direito líquido e certo, aduzida pela Procuradoria Regional da República como argumento para o não conhecimento do mandado de segurança, constituiu, em verdade, questão afeta ao mérito.

2. A decisão proferida pela Autoridade Impetrada, que, no dia 16.12.16, deferiu ao impetrante acesso ao conteúdo não sigiloso do feito a cada três meses, não prejudica a análise do mérito, pois a pretensão do impetrante é a de obter acesso irrestrito aos autos do inquérito policial originário ou, alternativamente, seja restabelecida a publicidade das investigações, conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal (fl. 36).

3. O Direito Processual Penal reserva ao ofendido a faculdade de participar no processo-crime na condição de assistente do Ministério Público, conforme decorre do art. 268 do Código de Processo Penal. Assim, não é de todo inviável a participação do ofendido nas investigações em curso nem é caso de se desprezar a possibilidade de contribuir para a instrução daquele procedimento. E o que ocorre usualmente, como disso é evidência a singela colheita de suas declarações. Mas daí afirmar haver um direito subjetivo há uma certa distância, a qual não é recoberta pela estreita via do mandado de segurança.

4. Não se tratando de processo-crime, as decisões proferidas pelas diversas autoridades que atuam no inquérito - desnecessário dizer - não rendem ensejo à preclusão *pro judicato*. Pouco releva, portanto, o entendimento esposado circunstancialmente por outros órgãos do Poder Judiciário, cuja atuação não tem a propriedade de estiolar a jurisdição de outros desse mesmo Poder.

5. Segurança denegada.

De acordo com os autos, o recorrente, junto com o grupo empresarial Opportunity, foi alvo de duas operações deflagradas pela Polícia Federal. Os

inquéritos derivados dessas operações foram anulados em razão de decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 149.250/SP, em 1º.3.2011.

Novos procedimentos investigatórios foram instaurados, dentre os quais o Inquérito Policial n. 0008866-44.2009.403.6181, que é objeto da ação mandamental aqui examinada.

Nas razões do *mandamus*, o recorrente requereu acesso irrestrito aos autos do inquérito policial mencionado. O pedido se baseia no fato de que, por ostentar a condição de vítima dos fatos investigados, tem o direito de requerer diligências, conforme estabelece o art. 14 do Código de Processo Penal.

Dito isso, argumenta que todas as diligências realizadas até o momento da impetração foram de iniciativa do impetrante e que não faz sentido que os resultados das ações investigativas sejam mantidos fora do seu alcance, acobertados pela cláusula de sigilo.

A segurança foi denegada pelo eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob o fundamento de que não há direito líquido e certo violado na situação descrita.

Sobreveio, então, este recurso ordinário em mandado de segurança, interposto conforme o art. 105, inciso II, alínea *b*, da Constituição Federal, por meio do qual a defesa pretende a reforma do acórdão impugnado.

Argumenta que a decisão proferida pela eg. Corte federal não deve prevalecer, pois retira não apenas do ora recorrente, mas de todas as pessoas que possam vir a ser vítimas de crimes o direito de participar das investigações pela via mandamental.

Afirma que a jurisprudência dos Tribunais Superiores ampara a sua pretensão, no sentido de que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça admitem a impetração de mandado de segurança para sanar eventuais ilegalidades cometidas por órgãos de persecução criminal.

Postula, então, o provimento do recurso, com o propósito de garantir acesso irrestrito e integral aos autos do Inquérito Policial mencionado.

Em sua manifestação, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso ordinário (e-STJ, fls. 219-228).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): A discussão aqui apresentada diz respeito ao acesso do recorrente aos autos de inquérito policial no qual figura como vítima das ações delituosas sob investigação.

Ao negar o acesso aos elementos do caderno investigativo, a autoridade impetrada fez as seguintes considerações:

Inicialmente vale esclarecer que o inquérito policial distribuído a esta 3ª Vara Criminal Federal (0008866-44.2009.403.6181) visa apurar supostas condutas ilegais praticadas por *Protógenes Queiróz* responsável à época, pelas investigações realizadas em desfavor de *Daniel Valente Dantas*.

Portanto, em tese, *Daniel Dantas* figura no IPL distribuído a esta 3ª Vara Criminal Federal como vítima, e *Protógenes* como investigado.

Ora, é cediço que o acesso irrestrito aos autos de qualquer investigação criminal é garantia do *investigado*, como aplicação do princípio constitucional da ampla defesa.

A *vítima*, por sua vez, não possui o direito, a prerrogativa ou garantia de interferir nas investigações, podendo, no máximo, auxiliar o órgão de investigação, quando, e se este assim o solicitar.

Permitir a ingerência da vítima para determinar o curso das investigações implicaria em macular a isenção, principal característica que deve permear as atividades desempenhadas pela autoridade policial judiciária (e-STJ, fl. 48).

O alcance ou limite da publicidade dos atos de investigação deve ser avaliado sob dois aspectos. Em primeiro lugar, deve-se ter por parâmetro a preservação da reputação do investigado. Em um segundo momento, a atenção deve-se voltar para o resultado útil dos procedimentos.

O art. 20 do Código de Processo Penal confere à autoridade responsável pela condução dos atos investigatórios a responsabilidade pelo sigilo, conforme a necessidade do fato ou exigência do interesse da sociedade.

Portanto, o sigilo não é algo inerente ao inquérito, como se pode crer em uma leitura apressada dos dispositivos que regem a investigação preliminar.

Tanto é assim, que as investigações levadas a cabo pelas comissões parlamentares de inquérito ou pelo Ministério Público são procedimentos públicos, em regra.

Portanto, a decretação de sigilo, mesmo em caso de inquérito, depende da apresentação de razões idôneas, sob pena de se subverter a ordem constitucional,

que adotou a idéia de ampla publicidade dos atos e decisões administrativas e judiciais, tendo-se o segredo como medida de exceção.

Tal entendimento, aliás, é o que melhor se coaduna com o modelo democrático adotado pelo Constituinte de 1988, distanciando-se de sistemas inquisitoriais típicos de regimes autoritários, nos quais o investigado é mero objeto das ações de repressão do Estado.

Porém, há situações em que a necessidade do sigilo se faz presente, quer para a preservação do resultado útil das investigações, quer para proteger a reputação do investigado, considerando-se o fato de que futura absolvição, no mais das vezes, não consegue remover as marcas deixadas na reputação daquele cuja vida tenha sido devassada aos olhos do público, durante o procedimento de investigação policial, sem que fossem adotados critérios de proteção à sua honra e à sua intimidade.

O sigilo do inquérito policial tem duas faces, conforme os destinatários da restrição imposta.

O sigilo externo alcança pessoas que não estão inclusas na relação processual. Seu objetivo é assegurar alguns dos direitos fundamentais do imputado, contra a publicidade abusiva, que pode submeter, de maneira prematura, um inocente ao julgamento e à eventual execução pública, trazendo prejuízos que nem mesmo eventual absolvição posterior tem o poder de restaurar. Desse modo, o sigilo externo tem como norte a proteção constitucional da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do imputado.

Já o sigilo interno tem como destinatário o próprio investigado, e não depende de ato da autoridade policial ou judiciária, porquanto decorre da própria natureza dos atos investigatórios. Essa modalidade de sigilo se sustenta na necessidade de garantir o resultado útil do processo, e acoberta os atos de investigação em curso.

O debate jurisprudencial sobre o acesso aos autos de investigação teve como marco mais importante a Súmula Vinculante n. 14/STF, editada em 9.2.2009, que proclama:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O enunciado, portanto, assegura acesso aos autos por parte do defensor do indiciado, a quem é garantido o conhecimento de elementos reunidos em procedimento investigatório que digam respeito às causas por ele patrocinadas e que já estejam documentados nos autos.

Com efeito, da leitura da Proposta de Súmula Vinculante 1, que deu origem ao citado enunciado sumular, retiram-se diversos julgados nos quais se excluem as provas ainda em produção do acesso ao defensor.

A propósito, confira-se um dos primeiros precedentes sobre o tema, da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

Ementa: (...) 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. *Habeas corpus* deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição. (HC 82.354, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 24/09/2004 pp-00042 Ement vol-02165-01 pp-00029 RTJ vol-00191-02 pp-00547)

E, pela excelência dos argumentos desenvolvidos, vale transcrever algumas passagens do voto condutor:

44. Concluo, pois, que, ao advogado do indiciado em inquérito policial, titular do direito de acesso aos autos respectivos - que, na verdade, é prerrogativa do seu mister profissional em favor das garantias do constituinte não é oponível o sigilo que se imponha ao procedimento.

45. É claro que não sou indiferente às preocupações com o resguardo das exigências da eficácia da investigação policial do fato criminoso e de sua autoria, que sói serem opostas à abertura ao advogado dos autos do inquérito.

46. E, no ponto, não convence a invocação do dever profissional de sigilo do advogado, que, obviamente, não se estende às suas relações com o próprio cliente, pois é no interesse dos direitos deste na assistência técnica do profissional que o acesso do advogado à documentação do inquérito se pode legitimar.

47. Em outras palavras: é só para poder assistir ao cliente que os autos do inquérito se hão de abrir ao advogado; o que tornaria paradoxal que ao defensor fosse vedado desvelar ao próprio constituinte a ciência que tivesse do que, no inquérito, lhe interessasse saber para orientar-se.

48. O sigilo decretado do inquérito pode justificar apenas que se reclame do advogado a prova de sua constituição pelo interessado, que o Estatuto da Advocacia dispensa na normalidade dos casos; não que se lhe negue a informação necessária à assistência técnica a prestar ao cliente, que é direito deste e prerrogativa profissional do seu advogado.

(...)

4. À informação já introduzida nos autos do inquérito é que o investigado, por seu advogado, tem direito.

55. A interceptação telefônica é o caso mais eloqüente da impossibilidade de abrir-se ao investigado (e a seu advogado) a determinação ou a efetivação da diligência ainda em curso: por isso mesmo, na disciplina legal dela se faz nítida a distinção entre os momentos da determinação e da realização da escuta, sigilosos também para o suspeito, e a da sua documentada, que, embora mantida em autos apartados - e sigilosos para terceiros - estará aberta à consulta do defensor do investigado o mesmo procedimento pode aplicar-se à determinação e produção de outras provas, no inquérito policial, sempre que o conhecimento antecipado da diligência pelo indiciado possa frustrá-la.

56. Por sua vez, ao contrário do que sucede no processo, no inquérito a lei não determina o momento da inquirição do indiciado, o que possibilita à discricção da autoridade policial avaliar o instante adequado para fazê-lo, sem que o prévio conhecimento dos autos constitua obstáculo ao êxito da investigação.

Verifica-se, assim, que o verbete sumular em questão objetiva garantir ao investigado, no curso do inquérito policial ou procedimento investigatório similar, o pleno exercício do direito de defesa, permitindo-lhe o acesso a todos os elementos de prova já documentados nos autos, consoante vem destacando o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, a exemplo dos abaixo colacionados:

Reclamação. Agravo regimental. Alegação de violação à Súmula Vinculante 14. Inexistência. Termos de colaboração premiada que não dizem respeito à acusação à qual responde o reclamante. Depoimentos cujo conteúdo encontrava-se submetido ao sigilo do art. 7º da Lei 12.850/2013. Não evidenciada a prática de atos violadores ao enunciado sumular vinculante. Recurso desprovido. 1. O enunciado sumular vinculante 14 assegura ao defensor legalmente constituído o direito de acesso às “provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial” (HC 93.767, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 01/04/2014). 2. O conteúdo dos depoimentos pretendidos pelo reclamante, embora posteriormente tornado

público e à disposição, encontrava-se, à época do ato reclamado, submetido a sigilo, nos termos do art. 7º da Lei 12.850/2013, regime esse que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” (art. 5º, II) e o de “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito” (art. 5º, V, da Lei 12.850/2013); e (b) “garantir o êxito das investigações” (art. 7º, § 2º e art. 8, § 3º). 3. Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. *Instaurado o inquérito, “o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento”* (art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 22.009 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, Processo Eletrônico DJe-095 divulg 11/05/2016 public 12/05/2016)

Agravo regimental na reclamação. Inexistência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma. Agravo regimental não provido. 1. É necessário haver aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmas para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 2. *O entendimento consolidado na Súmula Vinculante n. 14 visa a fazer prevalecer as garantias mínimas de exercício da ampla defesa pelo investigado, perante autoridade com competência de polícia judiciária, na fase inquisitorial do processo penal, garantindo o acesso do investigado e de seu defensor aos documentos e demais elementos de provas já documentados em procedimento protegido pelo sigilo previsto no art. 20 do Código de Processo Penal.* 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Rcl 19.390 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, Processo Eletrônico DJe-164 divulg 20/08/2015 public 21/08/2015)

No caso vertente, é a suposta vítima dos fatos investigados no inquérito policial que pretende obter acesso integral aos autos do procedimento de apuração, que tramita sob o pálio do sigilo, decretado pela autoridade policial responsável pela condução das investigações.

O argumento apresentado tem por base o fato de que os elementos probatórios coletados durante a investigação decorreram de diligências efetuadas por iniciativa do ofendido.

O inquérito policial objeto da controvérsia tramitou inicialmente na 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

Com a diplomação do investigado como Deputado Federal, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal e distribuídos à relatoria do Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli. Neste período, foram realizadas diversas diligências requeridas pelo impetrante, todas autorizadas pelo Ministro Relator. Em 12.6.2013, o Ministro Dias Toffoli tornou públicas as provas constantes no inquérito, exceto aquelas acobertadas por sigilo legal ou constitucional.

Com o fim do mandato parlamentar do investigado, os autos retornaram ao Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Na sequência, em 10.3.2015 foi decretado sigilo do inquérito e não houve requerimento de nenhuma nova diligência.

Em 15.3.2016, o Juízo responsável pela condução do inquérito indeferiu o pedido de afastamento do sigilo decretado pela autoridade policial que preside o inquérito, sob o fundamento de que “compete exclusivamente à autoridade policial responsável pela presidência do inquérito policial determinar sobre a necessidade e/ou conveniência do sigilo das investigações, e no mesmo sentido, se o auxílio oferecido pela vítima deve ou não ser aceito” (e-STJ, fl. 49).

Assim, constata-se que não foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de acesso, uma vez que o segredo de justiça deve se restringir a medidas investigatórias em curso, a fim de evitar a frustração das diligências que estejam sendo adotadas para a apuração do delito, ou para preservar a honra e a intimidade do investigado, situações não indicadas nos fundamentos da decisão impugnada.

Em caso semelhante, assim já decidiu o Pretório Excelso:

Reclamação. 2. Direito Penal. 3. Delação premiada. “Operação Alba Branca”. Suposta violação à Súmula Vinculante 14. Existente. TJ/SP negou acesso à defesa ao depoimento do colaborador Marcel Ferreira Júlio, nos termos da Lei n. 12.850/13. Ocorre que o art. 7º, § 2º, do mesmo diploma legal consagra o “amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa”, ressalvados os referentes a diligências em andamento. É ônus da defesa requerer o acesso ao juiz que supervisiona as investigações. *O acesso deve ser garantido caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento. A defesa do reclamante postulou ao*

Relator do processo o acesso aos atos de colaboração do investigado. 4. Direito de defesa violado. 5. Reclamação julgada procedente, confirmando a liminar deferida.

(Rcl 24.116, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, Processo Eletrônico DJe-028 divulg 10/02/2017 public 13/02/2017)

Oportuno notar que o inquérito policial tem por escopo investigar supostos ilícitos cometidos por autoridades públicas na apuração de delitos imputados ao ora impetrante e que, apesar da gravidade dos fatos sob apuração, até o presente momento, decorridos vários anos, ainda não se concluiu sequer a fase inquisitorial.

Desse modo, se afigura relevante o acesso da vítima aos elementos de prova já documentados no inquérito policial em curso, além do conhecimento acerca de eventuais empecilhos à continuidade e conclusão dos trabalhos investigativos, podendo sua colaboração ser útil para que a autoridade policial possa chegar a um bom termo e, efetivamente, cumprir com sua missão constitucional.

Ante o exposto, *dá-se parcial provimento* ao recurso, para que o recorrente tenha acesso aos autos do Inquérito Policial n. 0008866-44.2009.4.03.6181, respeitados os limites da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.706.266-MT (2017/0277898-5)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Recorrido: D A S

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso

EMENTA

Penal. Recurso especial. Estupro de vulnerável. Tipificação. Imobilização total da vítima. Mãos amarradas para trás durante toda a

empreitada criminoso. Impossibilidade, por qualquer meio, de oferecer resistência. Irrelevância da temporariedade. Recurso especial provido.

1. Verifique-se que, apesar de a repressão da violência não sofrer alteração deontológica significativa - ambos sendo igualmente reprováveis e abjetos, a vítima sem potencial motor ou a vítima com relativo potencial motor -, é certo que, quando se encontra completamente imobilizada, ela está, de fato e de direito, incapacitada de oferecer resistência, completamente vulnerável, à revelia da sorte escolhida por seu agressor unilateralmente.

2. Se completamente inerte e incapaz de usar seu potencial motor (oferecer resistência) contra a violência sexual, haverá crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Se ainda lhe restar capacidade de discernir sobre a ilicitude da conduta, possibilidade de ofertar alguma resistência e não houver elementos biológicos incapacitantes, haverá o crime de estupro do art. 213 do CP.

3. “Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.” (HC 389.610/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017).

4. Agressão sexual contra vítima completamente impossibilitada de esboçar reação (vítima amarrada com as mãos para trás) configura estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º, do CP).

5. Recurso especial 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 do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 24.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Mato Grosso*, com amparo no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo respectivo Tribunal de Justiça, assim ementado:

Recurso de apelação criminal. Roubo circunstanciado e estupro de vulnerável. I. Postulado reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, bem como da incidência da causa de diminuição prevista no parágrafo único do art. 26 do Código Penal e substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial. Pretensões defensivas rechaçadas. Existência de laudo pericial reconhecendo que o acusado era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. 2. Almejada desclassificação do crime tipificado no art. 217-A, § 1º para o delito inculcado no art. 213 do referido Codex na sua forma simples. Parcial pertinência da alegação. Desclassificação operada para o ilícito de estupro qualificado (art. 213, § 1º da Lei Substantiva Penal). Inviabilidade de se considerar o *modus operandi* de amarrar as mãos da vítima como apto a consubstanciar a vulnerabilidade da vítima. 3. Requerida a fixação das penalidades basilares no mínimo legal. Impossibilidade. Argumentos concretos e idôneos utilizados na sentença para aumentar as sanções iniciais. Majoração escoreta e proporcional. 4. Pretendido afastamento da majorante do crime patrimonial inculcada no inciso IV do § 2º do art. 157 do Código Penal. Impossibilidade. Necessidade de incidência da majorante demonstrada pela prova oral produzida ao longo da persecução penal. 5. Detração da pena com o período de prisão cautelar. Inviabilidade. Quantitativo de sanção que não interfere no regime inicial. Competência do Juízo das Execuções Penais. Art. 387, § t do Código de Processo Penal c/c art. 66, III, c, da Lei n. 7.210/84. 6. Pleiteado o direito de o recorrente apelar em liberdade. Exame do pedido prejudicado em razão do julgamento do recurso. 7. Apelo parcialmente provido.

1. A dependência química, em algumas hipóteses específicas, pode gerar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, privando-o de compreender

o caráter ilícito do ato ou da possibilidade de se determinar de acordo com o referido entendimento, entretantes, tal circunstância é extraordinária e pressupõe prova técnica hábil à sua comprovação. No caso em apreciação, há laudo pericial atestando que o “periciando era à época dos fatos inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”, afastando, assim, o reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, bem como dos consectários próprios da incidência desses institutos, não sendo demais deixar consignado que o simples fato de o recorrente ser dependente químico, por si só, não implica, necessariamente, em prejuízo à sua capacidade de discernimento ou de autodeterminação.

2. Se a situação concreta supostamente geradora da vulnerabilidade descrita no art. 217-A, capu/ c § 1º do Código Penal, não guarda relação de pertinência e proporcionalidade com as demais condutas extremamente graves incriminadas expressamente naquela norma, quais sejam, manter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, com pessoa enferma ou deficiente mental, não há como enquadrá-la dentre as figuras equiparadas genericamente e previstas na fórmula “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” descrita no § 1º do referido dispositivo legal.

3. O aumento da sanção basilar acima do mínimo legal afigura-se escorreito quando efetivado de forma proporcional e embasado em elementos concretos e idôneos que justificam a valoração negativa de parte das circunstâncias judiciais arroladas no art. 59 do Código Penal.

4. Afigura-se inviável acolher o pedido de afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 2º, IV do art. 157 do Código Penal quando a sua incidência restou claramente evidenciada pela confissão do apelante em juízo, corroborada, ainda, pelo depoimento extrajudicial de correu, bem como pelas declarações judiciais de testemunhas ouvidas em juízo.

5. A detração, para fins de fixação de regime prisional, deverá ser realizada pelo Juízo das Execuções Penais, quando a efetivação de tal medida, no âmbito do recurso, afigurar-se inócua para fins de colocação imediata do condenado em regime inicial diverso daquele que o quantitativo da pena lhe recomenda, de acordo com as disposições contidas no art. 387, § 2º do Código de Processo Penal c/c art. 66, III, t) da Lei n. 7.210/84.

5. Resta prejudicada a análise do pedido para que o recorrente tivesse direito de apelar em liberdade, em virtude do julgamento deste recurso.

7. Recurso parcialmente provido. (e-STJ, fl. 461-464).

Os embargos de declaração não foram conhecidos, mas, no seu julgamento, houve correção de erro material (readequar a pena à desclassificação promovida no julgamento da apelação).

Nas razões recursais, a acusação sustenta violação do art. 217-A, § 1º, do Código Penal. Nesse sentido, aduz que “a circunstância de o acusado ter amarrado

as mãos da vítima para trás para praticar o delito de estupro, impossibilitando-a de oferecer resistência à prática do ato, se encaixa no conceito de vulnerabilidade de que trata o artigo 217-A, § 1º do Código Penal.” (e-STJ, fl. 533).

Assim, busca a reforma do acórdão local.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 558-562).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fl. 579).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): O presente feito cuida de crime contra a liberdade sexual.

Discute-se a adequada tipificação da conduta imputada ao recorrido: estupro (art. 213 do CP) ou estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º, do CP) em razão da restrição total da liberdade da vítima.

Em outros termos, busca-se esclarecer o que se entende por “*ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência*”, constante da parte final do § 1º do art. 217-A do CP. A propósito, confira-se:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei n. 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei n. 12.015, de 2009)

§ 1º *Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.* (Incluído pela Lei n. 12.015, de 2009) (Grifou-se)

Com efeito, valendo-se das lições de Guilherme Nucci, pode-se dizer que “são pessoas vulneráveis [...] no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, *bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual.*” (*Código Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.105).

Outro respeitável doutrinador, Rogério Greco, elucida que, “se a vítima não tiver ou *não puder usar o potencial motor*, é evidente que *não pode oferecer resistência*.” (*Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, pp. 537-538).

Assim, é possível concluir não haver condicionantes à vulnerabilidade da vítima. Ou seja, qualquer causa que a impeça completamente de resistir ao ataque sexual pode caracterizar o estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

Verifique-se que, apesar de a reprovação da violência não sofrer alteração deontológica significativa - ambos sendo igualmente reprováveis e abjetos, a vítima sem potencial motor ou a vítima com relativo potencial motor -, é certo que, quando se encontra completamente imobilizada, ela está, de fato e de direito, incapacitada de oferecer resistência, completamente vulnerável, à revelia da sorte escolhida por seu agressor unilateralmente.

Há de se considerar, portanto, o grau de vulnerabilidade impingido à vítima.

Se completamente inerte e incapaz de usar seu potencial motor (oferecer resistência) contra a violência sexual, haverá crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Se ainda lhe restar capacidade de discernir sobre a ilicitude da conduta, possibilidade de ofertar alguma resistência e não houver elementos biológicos incapacitantes, haverá o crime de estupro do art. 213 do CP.

Para bem ilustrar a fundamentação aqui expendida, observe-se o caso concreto dos autos:

Assim, após perseguirem os ofendidos por alguns quilômetros, abordaram o casal *sob ameaças e uso de uma arma de fogo* (apontada para as vítimas pelo denunciado *Diego Andrade Silva*, anunciando o assalto e ordenando que parassem no acostamento, o que foi de pronto atendido).

Ato contínuo, enquanto *Diego Andrade Silva* usava a arma de fogo, seu comparsa *Humberto Cristiano Alves Martins* munuiu-se de um canivete, sendo que ambos levaram as vítimas até uma área de cerrado/matagal, ao lado da pista, tendo os ladravazes amarrado A. T. S. em uma árvore, com as mãos para trás, momento em que acertaram um golpe em sua cabeça, vindo o ofendido a cair.

Após, *Diego Andrade Silva* levou a ofendida - *sempre apontando-lhe a arma de fogo* - para um outro ponto da área, distante cerca de 10/15 metros de onde estava o namorado daquela, **tendo amarrado C. C. N. e iniciado a prática de atos libidinosos em seu desfavor**, ao passar as mãos em seus seios e chupá-los. Logo em seguida, *Humberto Cristiano Alves Martins* também chegou ao local, quando passou a praticar os mesmos atos de seu comparsa.

Posteriormente, ambos os denunciados foram além, pois passaram a penetrar seus órgãos genitais na vagina da ofendida - *que continuava amarrada com as mãos para trás, sem chances de defesa - revezando-se na horrenda manobra delitiva*, certo que os dois agentes ejacularam na boca da vítima e ordenaram que esta fizesse sexo oral com ambos, somente não tendo realizado sexo anal com a ofendida por conta de [C C N] estar amarrada com as mãos para trás.

Imediatamente depois, mantendo as vítimas amarradas, recolheram os seus pertences anteriormente descritos e evadiram-se, inclusive levando a motocicleta roubada, que foi conduzida por *Diego Andrade Silva*, o qual transportou o veículo até a Bolívia, onde o vendeu pela quantia de R\$ 1.000,00 (mil dólares), ficando metade do valor para cada um dos agentes. (e-STJ, fls. 340-341, grifou-se)

Como se vê, o acórdão recorrido *descreve uma situação de total imobilização da vítima*. Detalha a ocorrência de *vários atos de abuso sexual, com revezamento entre os agressores, tendo a vítima, ainda assim, continuado imobilizada*.

É de bom alvitre chamar a atenção também para a ausência de limitador temporal da vulnerabilidade, para fins de tipificação do art. 217-A do CP. Assim, revela-se irrelevante que a vulnerabilidade da vítima seja temporária ou definitiva. Nesse sentido, temos o valioso precedente relatado pelo em. Min. Felix Fischer e julgado por esta Quinta Turma:

Penal e Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. [...] Crimes contra dignidade sexual. Estupro de vulnerável. Vítima incapaz de oferecer resistência. Estágio avançado de embriaguez. Crime de ação penal pública incondicionada. Art. 225, parágrafo único, do CP. Recurso desprovido.

[...]

II - Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.

III - As reformas trazidas pela Lei n. 12.015/09 demonstram uma maior preocupação do legislador em proteger os vulneráveis, tanto é que o estupro cometido em detrimento destes (art. 217-A do CP) possui, no preceito secundário, um *quantum* muito superior ao tipo penal do art. 213 do CP. E o parágrafo único do art. 225 do CP corrobora tal entendimento, uma vez que atesta um interesse público na persecução penal quando o crime é cometido em prejuízo de uma vítima vulnerável.

IV - *In casu*, o eg. Tribunal de origem consignou que a vítima estava em estágio avançado de embriaguez, inclusive, no momento do suposto crime, estava inconsciente, portanto, era incapaz de oferecer resistência, caracterizando, assim, a situação de vulnerabilidade.

Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, o que enseja uma ação penal pública incondicionada.

[...]

Recurso ordinário desprovido. (RHC 72.963/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 15/12/2016)

E também este, mais recente, em que reproduzo o trecho do julgado anterior:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Ação penal pública incondicionada. Vulnerabilidade temporária. Precedente. Agravo não provido.

1. "Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito." (HC 389.610/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017).

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.432.186/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 23/05/2018)

Diante dessas considerações, é imperioso concluir que a vítima totalmente imobilizada, ainda que temporariamente, é pessoa vulnerável para fins dos crimes sexuais.

Nada obstante reconhecer a imobilização da vítima, que se encontrava amarrada, o acórdão local entendeu que ela não estaria em estado de vulnerabilidade:

No entanto, o fato de os agentes terem mantido a vítima amarrada durante o crime de estupro não a tornou vulnerável, porque a vulnerabilidade, como elementar do tipo do artigo 217-A, do Código Penal, seja em razão da idade, seja em razão do estado do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade, ou seja, o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é

ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.

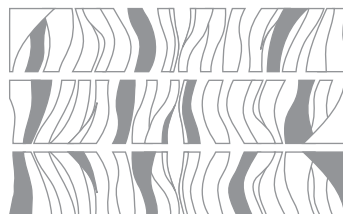
No caso, veja-se que embora a vítima tivesse com sua resistência física reduzida *não era ou estava em estado de vulnerabilidade*. (e-STJ, fl. 488; grifou-se)

Cumprе notar que, conforme exposto acima, o acórdão não confere a melhor interpretação ao dispositivo. Isso porque salta aos olhos a total impossibilidade de oferecer resistência por parte da vítima, que ficou com as mãos amarradas para trás durante todo o tempo da prática delitiva.

Frise-se, ainda, que a interpretação literalmente da norma demonstra que qualquer causa que impeça a resistência da vítima é apta a configurar o crime de estupro de vulnerável. Nesses termos, entende-se que a vítima amarrada e sem capacidade motora é pessoa vulnerável.

Assim, *dou provimento* ao recurso especial, para que se restabeleça a sentença condenatória de primeiro grau.

É o voto.



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.184.410-SP (2017/0258462-3)**

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Agravante: M A A DA C C

Advogados: Rafael Serra Oliveira e outro(s) - SP285792

Felipe Longobardi Campana - SP373954

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Penal. Processo Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Crime impossível. Ocorrência. Conduta praticada por obra do agente provocador. Súmula 145/STF. Agravo regimental provido.

1. A agravante foi condenada pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, porquanto, na qualidade de médica, prescreveu 3 caixas de *Bromazepam*, 6 miligramas, sem prévia consulta, mediante o pagamento de R\$ 10,00.

2. O fato foi noticiado por produção jornalística, mediante contato telefônico de paciente fictício, integrante da equipe de reportagem identificado com nome falso, a quem foi posteriormente entregue receituário sem comparecimento ao consultório médico.

3. Configurado crime impossível, na modalidade crime de ensaio, nos termos do art. 17 do CP e Súmula 145/STF, porquanto demonstrada flagrante indução do sujeito ativo do delito por terceiro, que se passou por falso paciente, a fim de solicitar prescrição de medicamento sem prévio exame clínico.

4. Agravo regimental provido para absolver a recorrente, com efeitos extensivos à corré V C B, ante a ocorrência de crime impossível.

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, dar provimento ao agravo, com extensão à corré V C B, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

DJe 27.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão que rejeitou os embargos declaração.

Sustenta a hipótese de crime impossível ante a existência de agente provocador.

Alega a atipicidade, porquanto não houve qualquer ofensa à Portaria 344/98 da Anvisa, na medida em que *não exige que o médico autorizado realize prévia consulta ao paciente para prescrever o medicamento Bromazepam* (fl. 1.427).

Requer a reconsideração da decisão atacada ou a apresentação do feito em mesa para que a Turma dê provimento ao agravo regimental para que *seja reformada para reconhecer a negativa de vigência ao art. 17 do Código Penal e a contrariedade aos arts. 1º, parágrafo único, 33 e 66, da Lei n. 11.343/06, e, consequentemente, absolver a Agravante por atipicidade da conduta, com fundamento no art. 386, inc. III, do CPP* (fl. 1.428).

Contrarrazões opostas pelo Ministério Público estadual, pugnando pelo improvimento do recurso.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Quanto à ocorrência de crime impossível, o voto condutor assim referiu (fls. 1.229/1.230):

Não há tampouco como se cogitar a atipicidade da conduta, por alegado crime impossível - como sustenta a defesa da acusada Maria Adelaide.

O que se depreende dos autos é que, ao serem instadas pelo suposto paciente, as rés, que já escavam previamente associadas para a prática de tráfico de entorpecentes, passaram ao cometimento da infração, esta livremente cometida.

Trazendo à tona procedimento criminoso regularmente adotado pelas agentes e ao qual já estavam habituadas.

A circunstância de a situação narrada não envolver um paciente real, mas repórter que se identificou como se paciente fosse, não descaracteriza a traficância.

Muito pelo contrário, reforça a prova acusatória e torna ainda mais segura a comprovação do dolo, pois não deixa dúvida de que, sequer havendo paciente ou mesmo uma pessoa real, com identidade conhecida ou pelo menos verdadeira, as rés prescreviam drogas controladas a terceiros independentemente de diagnóstico ou avaliação prévia, mediante pagamento do singelo valor de R\$ 10.00, e, exatamente por isso, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Plenamente caracterizadas as infrações penais, pois.

Porque absolutamente nada havia a impossibilitar sua consumação.

Consta do voto condutor, a seguinte fundamentação sobre a autoria (fl. 1.220):

A autoria, por seu turno, é incontestável.

Por primeiro, em razão do teor dos documentos acima mencionados, que evidenciam a elaboração de peça jornalística sobre os fatos, motivada pela existência de informações anteriores, dando conta de que a acusada Maria Adelaide fornecia receitas e atestados médicos, sem prévia consulta, mediante a cobrança de R\$ 10.00.

A partir da reportagem (f. 3/5), é possível concluir - e na verdade, a despeito do esforço da d. defesa, é difícil negar - que a acusada, sem prévio contato pessoal com o destinatário da receita e desconhecendo completamente seu histórico clínico, prescreveu-lhe 3 caixas de Bromazepam, 6 miligramas.

Assim agiu em razão de pedido feito, por telefone, pelo produtor do programa jornalístico - que, naquele contato, identificou-se com nome falso, "Carlos G. S. Lima".

Depreende-se que tal solicitação foi dirigida à acusada Vânia, secretária, que, no diálogo gravado pelo produtor, mostrou-se disposta a colaborar para o atendimento do pedido, sem indicar ao suposto paciente a necessidade de passar por consulta e informando-lhe prontamente o valor de R\$ 10.00 para a elaboração da receita.

Na seqüência, o receituário do medicamento solicitado foi preenchido por Maria Adelaide, na exata quantidade e dosagem indicadas pelo suposto paciente

à secretária, com o nome fornecido pelo produtor, além de devidamente assinado pela emitente [f. 13].

De acordo com os documentos, a receita foi entregue ao produtor sem que este passasse por qualquer consulta médica.

Verifica-se, no caso, que a agravante, na qualidade de médica, prescreveu 3 caixas de Bromazepam, 6 miligramas, sem prévia consulta, mediante o pagamento de R\$ 10,00. O fato foi noticiado por produção jornalística, mediante contato telefônico de paciente fictício, integrante da equipe de reportagem identificado com nome falso, a quem foi posteriormente entregue receituário sem comparecimento ao consultório médico.

O presente caso enquadra-se na hipótese de crime impossível ante a ocorrência de crime de ensaio, nos termos do art. 17 do CP e da Súmula 145/STF, porquanto demonstrada flagrante indução do sujeito ativo do delito por terceiro, que se passou por falso paciente, a fim de solicitar prescrição de medicamento sem prévio exame clínico. Nesse sentido:

Processo Penal. Flagrante provocado, crime de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador. Preliminar de coisa julgada que não se configura. Não enfrentamento da matéria em decorrência da objeção encartada no Verbete n. 7/STJ. Constrangimento ilegal configurado. Art. 317, § 1º, do Código Penal. Ato de indução praticado por terceiro de forma a tornar inviável a consumação do fato típico. Crime impossível. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*.

[...]

4. Indagação do estrangeiro que se revela esvaziada de qualquer dubiedade, tendo em vista tratar-se de costureiro turista visitante do Brasil. Art. 12, *in fine*, da Lei n. 6.815/1990. O advena tem ciência de que, via de regra, sua estada no país terá o prazo de 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por igual período.

5. A interpelação formulada pelo alienígena, após ser instruído por outros Agentes de Polícia, sendo inclusive munido de gravador sob suas vestes, denota patente ato de indução, hábil a configurar a hipótese como sendo de flagrante provocado.

6. *A doutrina intitula o fato decorrente dessa espécie de flagrante como delito putativo por obra do agente provocador ou crime de ensaio, em que o ato de indução praticado por terceiro atrai a aplicação do art. 17 do Código Penal, culminando, por conseguinte, em crime impossível, visto que inviável sua consumação.*

7. *As nuances fáticas que antecederam a prisão em flagrante acarretam a incidência do enunciado n. 145/STF, posto que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".*

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, cassando o acórdão vergastado, absolver a paciente.

(HC 369.178/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 16/02/2017.)

De acordo com as lições de Nelson Hungria, no crime de ensaio, *somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda a sua plenitude; mas sob o aspecto objetivo, não há violação da lei penal, sendo uma inciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, ab initio, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime* (HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, I v., II t., p. 107).

Oportunamente, como bem destacado no parecer ministerial (fls. 1.440/1.441):

Com efeito, conforme descrito na denúncia, a Agravante recebeu uma ligação em seu consultório de uma pessoa que solicitou lhe fosse fornecida uma receita do medicamento Bromazepan, de uso controlado. Assim o fez, sem qualquer contato pessoal com o paciente e sem conhecimento prévio do histórico médico. *Ocorre que o paciente era fictício e integrava uma equipe de reportagem que pretendia flagrar a venda de receitas de medicamentos controlados e de atestados médicos, sem prévia consulta médica. A conduta foi classificada como tráfico de drogas, na modalidade de prescrever substância entorpecente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

3. No entanto, a Agravante, como médica, tinha autorização para prescrever o medicamento de uso controlado, tanto que detinha receituário em seu nome e com todas as especificidades exigidas pela Portaria n. 344/98 da ANVISA (f. 882). A irregularidade consistente em emitir a receita sem examinar o paciente não constitui determinação legal ou regulamentar, que complemente o tipo penal, sendo atípica do ponto de vista penal.

4. *Fosse típica a conduta, sua consumação seria impossível diante do flagrante preparado ou provocado, pouco importando que o tipo legal seja de perigo abstrato e de mera conduta, ou notícias de que a médica costumava vender receitas do referido medicamento, fato que não foi objeto de apuração.*

Tratando-se de questão de caráter objetivo, cabível a extensão dos efeitos benéficos do julgado à corré V C B, nos moldes do art. 580 do CPP.

Ademais, considerando o acolhimento da tese de crime impossível, torno prejudicado o pleito relacionado à atipicidade.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo regimental a fim de absolver a recorrente ante a prática de crime impossível, com efeitos extensivos à *corré V C B*.

HABEAS CORPUS N. 330.559-SC (2015/0174133-9)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Jose Leo Espindola da Silva (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Nulidade da sentença. Depoimento testemunhal. Direito ao silêncio. Amplitude. Advertência judicial. Reflexos na voluntariedade do depoimento. Prova ilícita. Prejuízo ao acusado. Anulação da sentença. Ordem concedida em parte.

1. A busca da verdade no processo penal sujeita-se a limitações e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional, cujo objetivo maior é a descoberta da verdade *processual e constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

2. Uma dessas limitações, de feição ética, ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a impossibilidade de obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam

para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor. Daí por que a Constituição assegura ao preso o “direito de permanecer calado” (art. 5º, LXIII), cuja leitura meramente literal poderia levar à conclusão de que somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si.

3. Na verdade, qualquer pessoa, ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe a produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente.

4. A moldura fática delineada no acórdão impugnado explicita que o Magistrado, antes de iniciar o depoimento do adolescente, advertiu-o, após externado seu desejo de permanecer em silêncio, de que poderia “ser novamente apreendido se não falasse a verdade”.

5. A hipótese retrata situação em que o destinatário da advertência foi chamado a depor, como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o paciente quando este foi autuado em flagrante, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

6. Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se à definição sobre a propriedade dessa droga, pois nenhum dos dois ocupantes do automóvel – o paciente e o seu carona, o referido adolescente – assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo.

7. Assim, e mais ainda por tal circunstância, a advertência da autoridade judiciária feita ao depoente viciou o ato de vontade e direcionou o teor das declarações.

8. É ilícita, portanto, a prova produzida e, por ter sido desfavorável ao réu e ter-lhe causado notório e inquestionável prejuízo, há de ser afastada, com a consequente anulação da sentença condenatória, de modo a que seja feito o ato decisório, sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento. Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que a sentença faz alusão a outras evidências e a provas produzidas em juízo, de sorte a não autorizar-se a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente.

9. Ordem concedida em parte, a fim de anular o processo a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do adolescente M. S. da C, colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 10.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Jose Leo Espindola da Silva*, paciente neste *habeas corpus*, alega sofrer coação ilegal diante de acórdão prolatado pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina* na Apelação n. 2014.082977-1.

Nesta Corte, a defesa sustenta a nulidade da sentença condenatória, porquanto baseada em depoimento de adolescente *não advertido sobre o direito ao silêncio*. Subsidiariamente, asseve que deve ser aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, por consequência, estabelecido o regime de cumprimento da pena menos gravoso.

Requer, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação. No mérito, postula a absolvição do réu, “em virtude da ausência de prova *válida* para a condenação” (fl. 20, destaque do autor), ou a anulação do “processo desde a sentença, para que o Juízo de primeiro grau prolate nova decisão, vedada a utilização da prova ilícita e as dela decorrentes” (fl. 20). De modo subsidiário, pugna pela redução da pena e pelo abrandamento do regime.

Indeferida a liminar (fls. 413-415) e prestadas as informações (fls. 430-481), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 486-497).

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Extrai-se dos autos que o réu foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Os autos dão conta da apreensão de *1.040 g de maconha*.

O Tribunal de origem, ao se manifestar sobre as provas dos autos que justificam a manutenção do decreto condenatório, *salientou o depoimento do adolescente M. S. da C.*, nos seguintes termos (fl. 398, grifei):

Nesse passo, o adolescente M. S. da C., sob o crivo do contraditório, disse que no dia dos fatos pegou uma carona com o apelante na loja Kiko Auto Som e que estava presente quando ocorreu a prisão em flagrante. Sustenta que viu a droga sendo apreendida, porém não sabe dizer aonde estava. Perguntado se a droga era realmente sua, tal como alega o apelante, *o adolescente perguntou se poderia ficar em silêncio, porém foi advertido da possibilidade de ser novamente apreendido se não falasse a verdade, pois não estava sendo ouvido na qualidade de réu, mas sim como testemunha*. O adolescente disse que a droga não era sua e que não sabia em que parte do carro estava, e nem mesmo de quem era a droga apreendida (mídia de fl. 170).

O Código de Processo Penal, em seu art. 186, prevê que “o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

Pela leitura do trecho transcrito, observo que, de fato, a Corte estadual confirmou que o Magistrado, *ao ouvir o depoimento do adolescente, não só deixou de lhe informar o direito de permanecer calado como lhe advertiu de sua obrigação de falar a verdade*. Além disso, asseriu que o adolescente, depois de haver manifestado o desejo de ficar em silêncio, *foi advertido da possibilidade de ser novamente apreendido se não falasse a verdade*” (fl. 398, destaquei).

Aparentemente, portanto, o Tribunal *a quo* entendeu que o adolescente “não estava sendo ouvido na qualidade de réu, mas sim como testemunha” (fl. 398), e que, nesses termos, incidiria a regra do art. 203 do Código de Processo Penal, a qual dispõe que “*a testemunha* fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”.

A *vexata quaestio*, todavia, deve atrair outra solução jurídica, como a seguir explicitado.

II. Limites condicionantes à atividade persecutória

A partir do ideário iluminista inaugurou-se uma nova era do Direito Criminal, em que a atividade punitiva do Estado passa a vincular-se a valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, motes da Revolução Francesa, no final do século XVIII. Nesse viés, a liberdade jurídica assume lugar de destaque na pauta das nações centrais e sujeita-se a sacrifício *apenas em casos expressamente previstos*, mediante obediência a regras forjadas pelas progressivas conquistas civilizatórias.

Gradualmente, portanto, a persecução penal passa a alinhar-se aos postulados inerentes a um Estado Democrático de Direito e se configura não mais como mero instrumento de realização do Direito Penal, mas, acima de tudo, um meio civilizado de limitação do poder punitivo do Estado frente ao indivíduo.

No que concerne à atividade cognitiva judicial, tem-se hoje como indiscutível que a busca da verdade no processo penal *submete-se a limites e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional*.

É inevitável, assim, que o conteúdo informativo de um processo criminal pautado pelo modelo garantista seja inferior ao reproduzido em um modelo autoritário. Logo, a atividade jurisdicional criminal tem como objetivo maior a descoberta da verdade *processual e constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva. Em outras palavras, o fim do processo “só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça”, por meio de uma decisão obtida de modo “processualmente admissível e válido” (DIAS, Jorge de Figueirado. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 43 e 49).

Tal é o preço que se paga por um modelo em que não apenas importam os fins da jurisdição penal mas também se confere atenção aos meios para atingi-los.

Uma dessas limitações cognitivas ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a *impossibilidade de se obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação*, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor.

Na observação de Maria Elizabeth QUEIJO,

O princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violações físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (*O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2012, p. 77).

Daí por que a Constituição assegura ao preso o “direito de permanecer calado” (art. 5º, LXIII), cuja *leitura meramente literal*, como a que empreendeu o Tribunal local, *poderia levar à conclusão* de que *somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si*.

Assim, todavia, não há de ser. Na verdade, *qualquer pessoa, ao confrontar-se ante o Estado em atividade persecutória deste, deve ter a proteção* jurídica contra a tentativa de forçar ou induzir a produção da prova favorável ao interesse punitivo estatal.

Na lição de João Claudio COUCEIRO, “as testemunhas podem invocar o direito ao silêncio, quer para não se auto-incriminar, quer para escapar da responsabilidade civil e administrativa. [...] Tal direito é amplo, e não depende da existência de procedimento investigativo para apurar os fatos em que a testemunha estava envolvida ...” (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 220).

Mais especificamente sobre a oitiva de adolescentes, pontua COUCEIRO, que “o adolescente deverá ser lembrado, assim, de seu direito de permanecer em silêncio toda vez que for ouvido por qualquer autoridade (pouco importando seja ela policial, membro do Ministério Público ou judicial), ...” (*idem*, p. 260).

Essa é a compreensão moderna, não encontrada, por óbvio, na regra antiga, já presente no Direito Romano, do *nemo tenetur se detegere*, e que vem sendo aperfeiçoada ao longo dos séculos, sobretudo a partir das ampliações conceituais que lhe vêm dando as Cortes Constitucionais de diversos países centrais.

Na Alemanha, por exemplo, relata Theodomiro DIAS NETO que:

A posição dominante da doutrina é de que o direito ao silêncio encontra o seu fundamento no art. 2º, I, CF/88 c/c arts. 1º, I, e 19 II, da CF/88. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º I), na qualidade de principal direito de liberdade, é ponto de partida de todos os direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado (Seifert, 1991: 45). O art. 19 II determina que nenhum direito fundamental pode ser violado em seu núcleo essencial (*Wesensgehalt*). Este núcleo é intangível, determina um *limite absoluto* (*absolute Eingriffsgrenze*) ao

legislador, ao Judiciário e à administração. A referência ao art. 1 I deriva de seu caráter supremo dentro da Constituição alemã; a *proteção da dignidade da pessoa humana* é o mais alto valor da Constituição e permeia todas as demais normas que a compõem. Tal princípio constitui o *núcleo absoluto (absoluter Kernbereich)* e intangível de todos os direitos fundamentais. Em síntese, o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador” (*O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/179)

Foi, porém, a Suprema Corte dos Estados Unidos que deu maior amplitude ao tema em apreço, desde os anos 30 do Século XX, quando passou a tratar da legalidade do interrogatório policial a partir do *teste de voluntariedade (voluntariness test)*, em razão do qual se entendeu que somente seria válido o interrogatório do preso se estivesse em conformidade com os requerimentos da *cláusula do devido processo (due process clause)* da 14ª Emenda à Constituição, ante a proteção mais específica do *privilegio contra autoincriminação* de que cuida a 5ª Emenda à Constituição.

No Direito brasileiro o tema tem sido fertilmente enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, mormente a partir da Constituição de 1988, que inaugurou uma nova compreensão acerca das liberdades públicas no processo penal.

Lapidares, nessa direção, foram algumas decisões da Suprema Corte nos casos que envolviam a convocação de testemunhas para depor em Comissões Parlamentares de Inquérito, que amiúde se valiam de estratégia, repudiada pelo STF, de chamar pessoas na qualidade de testemunhas, as quais, todavia, *eram, na essência, suspeitas das práticas ilícitas que estavam sendo objeto de investigação*.

Eis, ilustrativamente, um desses importantes julgados:

Comissão Parlamentar de Inquérito. Privilégio contra a auto-incriminação. *Direito que assiste a qualquer indiciado ou testemunha*. Impossibilidade de o Poder Público impor medidas restritivas a quem exerce, regularmente, essa prerrogativa. Pedido de *habeas corpus* deferido.

– O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

– O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. **O direito ao silêncio** – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – **impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.**

– Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

(*HC n. 79.812/SP*, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16/2/2001, grifei)

Também digna de registro a análise, em pedido de liminar requerida nos autos do *HC n. 95.037/SP* (DJe 25/6/2008), feita pelo Ministro Celso de Mello, que assim explicitou a matéria (destaquei):

[...] Tenho enfatizado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, a propósito da *prerrogativa constitucional contra a auto-incriminação* (RTJ 176/805-806, Rel. Min. Celso de Mello), e com apoio na jurisprudência prevalecente no âmbito desta Corte, que **assiste, a qualquer pessoa**, regularmente convocada para depor perante Comissão Parlamentar de Inquérito, o *direito de se manter em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano* (*‘Nemo tenetur se detegere’*). É que indiciados ou testemunhas dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a auto-incriminação, consoante tem proclamado a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RTJ 172/929-930, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - RDA 196/197, Rel. Min. Celso de Mello - HC 78.814/PR, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) [...] Cabe acentuar que o privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito (UADI LAMMÊGO BULOS, ‘Comissão Parlamentar de Inquérito’, p. 290/294, item n. 1, 2001, Saraiva; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, ‘Do Inquérito Parlamentar’, p. 47/48 e 58/59, 1964, Fundação Getúlio Vargas; JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA, ‘Comissões Parlamentares de Inquérito’, p. 65 e 73, 1999, Ícone Editora; PINTO FERREIRA, ‘Comentários à Constituição Brasileira’, vol. 3, p. 126-127, 1992, Saraiva, v.g.) – traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

*Convém assinalar, neste ponto, que, “Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação” (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, 1997, RT - grifei). **É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito também em favor de quem presta depoimento na condição de testemunha, advertindo, então, que “Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la” (RTJ 163/626, Rel. Min. Carlos Velloso - grifei). [...]***

III. Violação concreta do direito ao silêncio

Não pode restar nenhuma dúvida, portanto, de que *não apenas o preso, mas qualquer pessoa que seja chamada a depor perante agente estatal, não pode ser compelida, sob qualquer meio, a prestar declarações, máxime quando, como na hipótese sob análise, expressamente manifestou o desejo de permanecer em silêncio*, motivo por que o juiz lhe endereçou a advertência de que, “se não falasse a verdade” poderia “ser novamente apreendido” (fl. 398).

Para contextualizar esse comportamento judicial, registre-se que o destinatário dessa advertência foi chamado a depor, *como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o ora paciente quando este foi autuado em flagrante*, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se à definição sobre a propriedade dessa droga, pois *nenhum dos dois ocupantes do automóvel – o paciente e o seu carona, o referido adolescente – assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo*.

Assim, e mais ainda por tal circunstância, não se revestiu de legalidade a “advertência” feita pela autoridade judiciária ao depoente, de que poderia “*ser novamente apreendido se não falasse a verdade*”, após haver ele expressado a intenção de permanecer em silêncio.

O resultado foi o depoimento do adolescente, certamente influenciado pela “advertência”, em sentido favorável à acusação e, conseqüentemente, prejudicial ao ora paciente, que veio a ser condenado às penas do tipo penal em que foi incursionado pelo Ministério Público.

Não se está a afirmar, vale a observação, que o paciente não deveria ser condenado ou que, sem esse depoimento judicial ora hostilizado, seria ele absolvido das imputações, mas *tão somente que essa prova, por ser formalmente viciada em sua gênese, é manifestamente ilícita*, pois contraria os postulados éticos de um devido processo penal (em sua acepção substantiva) e, particularmente, porque viciada a vontade do declarante.

Enfatize-se que o adolescente, na gama de possibilidades que o caso apresenta, poderia ser de fato o proprietário da droga localizada no interior do veículo em que estava, na ocasião da abordagem policial, ou então poderia ser apenas alguém que acompanhava o condutor, sem nenhuma responsabilidade pela maconha apreendida no automóvel.

Se o adolescente permanecesse em silêncio, como aparentemente era sua intenção inicial – sempre, insista-se, em conformidade com o que ficou assentado no acórdão impugnado –, caberia ao titular da ação penal obter outras provas para amparar a versão acusatória; depondo e assumindo a autoria do crime e a responsabilidade pela droga, provavelmente tal comportamento processual traria dificuldade ao Ministério Público para sustentar a acusação; e, finalmente, depondo e negando qualquer participação no transporte ou na posse da droga – no sentido, aliás, do depoimento que acabou por prestar – a tarefa estatal de comprovar os fatos articulados na denúncia ficou bem facilitada, porque serviu de contraprova à versão sustentada pelo réu, de que a droga não lhe pertencia.

Em decorrência dessas considerações, *reputo ilícita referida prova, por ter sido produzida sob sugestão judicial à testemunha central do processo*, e, porque foi desfavorável ao réu e lhe causou notório e inquestionável prejuízo, há de ser ela afastada, com conseqüente *anulação da sentença condenatória*, de modo a que seja refeito o ato decisório sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento.

Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que *a sentença faz alusão a outras evidências e provas produzidas em juízo*, de sorte a não se autorizar a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem a fim de anular o processo, a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do

adolescente M. S. da C., colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.

Comunique-se, *com urgência*, o inteiro teor deste *decisum* às instâncias ordinárias.

HABEAS CORPUS N. 351.718-PE (2016/0071258-4)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Impetrante: Raquel Braga Vieira e outros
Advogado: Erik Limongi Sial e outro(s) - PE015178
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Paciente: Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira
Paciente: Luiz Eduardo Falco Pires Correa
Paciente: Jose Luis Magalhaes Salazar
Paciente: Julio Cesar Pinto
Advogado: Roberto Podval e outro(s) - SP101458
Paciente: Paulo Altmayer Goncalves

EMENTA

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990) e associação criminosa. Pedido de trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Responsabilidade penal objetiva. Falta de justa causa. Ausência de descrição do elemento fraude. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. A extinção da ação penal na via eleita consiste em medida excepcional, justificando-se somente quando se revelar, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria. Nesse contexto, a jurisprudência desta Casa não aceita, ordinariamente, discussões fundadas na ausência de comprovação do elemento subjetivo do tipo ou na carência de indícios suficientes de autoria do delito, porquanto tais

esclarecimentos demandam, na maior parte das vezes, apreciação detalhada dos elementos de convicção constantes do processo, providência manifestamente inconciliável com o rito célere do remédio constitucional. Precedentes.

2. No caso, a peça acusatória, ao imputar aos pacientes a fraude à Fazenda Nacional, por meio da apresentação de declarações inverídicas de modo a suprimir o pagamento de tributos, baseou-se, apenas, nas funções desempenhadas pelos acusados no âmbito da pessoa jurídica. Assim, o crime descrito no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 foi atribuído aos pacientes somente por ostentarem a qualidade de Presidente e Diretores da companhia. O denunciante não minudenciou a conduta delituosa e o liame dos acusados com o crime narrado na inicial, imputando-lhes o delito exclusivamente em razão dos altos cargos ocupados por eles na empresa. Entretanto, a mera detenção dos postos de Presidente e de Diretores da pessoa jurídica, sem a descrição das competências desempenhadas pelos réus em relação aos fatos criminosos, não evidencia a autoria ou eventual anuência com o crime. Nos termos da orientação desta Corte, não é necessário ao denunciante elucidar a participação de cada acusado do crime societário. Porém, no caso, observa-se a absoluta ausência de descrição do vínculo subjetivo dos acusados com o delito delineado na peça acusatória. Evidente, portanto, o desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. De mais a mais, consoante se observa dos documentos acostados ao processo, embora a Comunicação Fiscal ao Ministério Público aponte a existência de declaração inverídica da contribuinte, não asseverou, nem sequer minimamente, à presença de fraude ou falsificação. As indagações referentes a presença de práticas ardilosas foram todas respondidas negativamente pelos funcionários fiscais. Assim, embora os pacientes possam ter recolhido de forma errônea o imposto devido, não despreveram os auditores fiscais nenhuma fraude ou ardil no procedimento. Além disso, a pessoa jurídica contribuinte mantinha escorreita escrituração e apresentou todos os documentos solicitados por ocasião da autuação fiscal. Desse modo, não há nos autos dados inequívocos bastantes a demonstrar que a supressão ou a redução do tributo ocorrera mediante fraude ou falsificação. A peça acusatória encontra-se consubstanciada apenas na constituição

definitiva do crédito tributário, concluindo o titular da ação penal pública, a partir daí, que a redução dos valores se deu por meio de uma das condutas listadas no art. 1º da Lei 8.137/1990. Precedentes.

4. Relativamente ao crime de associação criminosa, o Ministério Público não descreveu a associação efetiva, tampouco o vínculo permanente de cada um dos membros com o grupo. A inicial apenas se refere ao delito previsto no art. 288 do Código Penal no momento da capitulação legal, porém sem delineá-lo, ainda que sucintamente. Portanto, evidente o constrangimento ilegal. Precedentes.

5. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001 relativamente aos pacientes *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Correa, Jose Luis Magalhaes Salazar, Julio Cesar Pinto e Paulo Altmayer Goncalves*.

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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Erik Limongi Sial, pelas partes pacientes: Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira; Luiz Eduardo Falco Pires Correa; Jose Luis Magalhaes Salazar; Paulo Altmayer Goncalves

Sustentou oralmente o Adv. Odel Mikael Jean Antun, pela parte paciente: Julio Cesar Pinto

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 30.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco*

Pires Correa, Jose Luis Magalhães Salazar, Julio Cesar Pinto e Paulo Altmayer Gonçalves, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Foram os pacientes, em 4 de dezembro de 2013, denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal, bem assim no art. 288 do Código Penal.

Em 17 de março de 2014, a peça acusatória foi recebida, determinando-se a citação dos réus para responderem à acusação.

Buscando o trancamento da ação penal, impetrou a defesa prévio remédio constitucional no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O pedido liminar foi deferido para suspender o processo até o julgamento definitivo do inconformismo.

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 4 de novembro de 2015, a Terceira Câmara Criminal denegou a ordem, cassando a liminar e determinando o prosseguimento regular da ação penal.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 39/40):

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Sonegação fiscal e associação criminosa. Inépcia da denúncia. Improcedência. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Ausência de dolo e fraude. Matéria que exige aprofundamento probatório, inviável pela via estreita do *habeas corpus*. Trancamento da ação penal por garantia integral do débito tributário no juízo cível. Impossibilidade. Independência das esferas cível e penal. Inaplicabilidade do art. 9º da Lei 10.684/2003. Ordem denegada. Liminar cassada. Decisão unânime.

I - Em consonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*, em virtude da sua impossibilidade de dilação probatória, constitui medida excepcional, que somente é admitida quando as provas pré-constituídas nos autos demonstram, de forma inequívoca, a inexistência de elementos indiciários da autoria e da materialidade do delito, a atipicidade da conduta ou a presença de alguma causa excludente da punibilidade.

II - Hipótese em que a denúncia cumpre todos os requisitos legais exigidos pelo art. 41 do CPP, pois descreve o suposto fato delituoso (ausência, reiterada, de destaque ou recolhimento de imposto sobre prestações tributadas de serviços de comunicação declaradas isentas pelo contribuinte sem amparo legal); indica o crime supostamente executado (sonegação fiscal e associação criminosa, em continuidade delitiva); aponta os supostos autores do delito e suas devidas qualificações (diretores da empresa); e apresenta o rol de testemunhas.

III - Nos casos de infrações penais perpetradas no âmbito da administração de pessoas jurídicas, é possível ao órgão acusatório ofertar denúncia atribuindo o delito aos sócios-gerentes e diretores da firma, pois são essas pessoas que se encontram nas condições de praticá-lo ou impedir sua concretização, controlando assim o iter criminis, segundo a consagrada teoria do domínio do fato, sem prejuízo, evidentemente, de que no decorrer da instrução criminal fique demonstrada a ausência de autoria delitiva.

IV - O fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei n. 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie. Precedentes STJ.

V. *In casu*, o paciente não efetuou o pagamento do crédito tributário, as apenas contratou seguro garantia como tentativa de assegurar o seu futuro adimplemento. Destarte, não operou-se a extinção de sua punibilidade. Precedentes do STF.

VI. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independências das esferas cível e criminal. Precedentes do STJ.

VII. Ordem denegada. Liminar Cassada. Decisão unânime.

No Superior Tribunal de Justiça, sustentam os impetrantes, como primeira tese, a inépcia da denúncia. Ponderam, a propósito, que a jurisprudência desta Casa, na contramão da fundamentação apresentada pelo acórdão estadual, assentou o posicionamento de que a peça acusatória deve sim descrever um liame mínimo suficiente a demonstrar de que modo teria se dado a atuação do sócio ou diretor da pessoa jurídica na execução ou participação no suposto crime tributário, sob pena de se incorrer em evidente responsabilização objetiva.

Esclarecem que, na espécie, entretanto, a autoria foi imputada aos pacientes com lastro exclusivamente na condição de ocuparem as posições de presidente ou diretores da empresa Telemar Norte Leste S/A, sem nenhuma distinção ou demonstração da efetiva interligação entre o desempenho das funções exercitadas por cada um dos acusados e a conduta delitiva narrada na inicial.

Sublinham ser da responsabilidade do órgão acusatório perquirir, antes da formalização da persecução criminal, como teria se dado o procedimento interno da pessoa jurídica no que concerne aos aspectos fiscais, bem assim se o presidente e os diretores da empresa possuíam, de fato, ingerência direta ou ao menos conheciam a forma de proceder do setor fiscal da companhia.

No caso, porém, destacam que a incoativa está lastreada, apenas e unicamente, na Comunicação Fiscal ao Ministério Público – COFIMP, cujo questionário, preenchido pela autoridade fiscal, foi respondido negativamente para todas as indagações concernentes a condutas dolosas.

Reverberam, também, a atipicidade formal da conduta. Destacam, no particular, que a peça acusatória apenas narrou o ilícito fiscal, sem demonstrar documentalmente a existência de fraude ou ardil. Elucidam que, conquanto a Comunicação Fiscal ao Ministério Público indique a existência de declaração inverídica, não externou fosse a referida declaração fraudulenta.

Afirmam, a propósito, que a autuação fiscal que deu azo à Comunicação Fiscal ao Ministério Público – única invocada na denúncia como materialidade do crime – foi lastreada pelo equivocado cadastramento de fornecedores no sistema informatizado como isentos, quando haveriam de ser tributados. Ressalta que tal fato foi confessado pela Telemar Norte Leste durante o limiar do procedimento fiscal, com o conseqüente recolhimento da exação devida, excetuados, apenas, os valores calculados pela Fazenda Nacional pelo método “por dentro” e a multa confiscatória. Diante disso, argumentam que não houve recolhimento a menor de tributos, mas lídima insurgência da contribuinte contra a sistemática do cômputo de ICMS, matéria divergente no âmbito da própria Administração Fazendária Estadual, de modo que assente a inexistência de conduta eivada de ardil ou fraude.

Noutro giro, asserem que apenas foi possível ao Fisco Estadual verificar as atividades da empresa Telemar Norte Leste S/A, chegando à conclusão do suposto recolhimento a menor de tributos, em razão da escrituração contábil formalizada e regularmente apresentada pela pessoa jurídica.

Por fim, relativamente à afirmação do Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade de trancamento da ação penal diante da garantia integral dos valores, por força do postulado da independência entre as instâncias, anunciam que não se busca a extinção da punibilidade pelo simples fato da constituição de seguro-garantia, mas pela manifesta ausência de justa causa, pois o pagamento será alcançado caso os embargos à execução sejam julgados improcedentes.

Diante dessas considerações, pedem, em tema liminar, seja suspenso o curso do processo originário até o julgamento definitivo do presente remédio constitucional. No mérito, buscam a cassação do acórdão estadual, determinando-se o trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 1.486/1.489).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 1.507/1.518), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem.

Recebeu o parecer esta ementa (e-STJ fls. 1.549/1.556):

Habeas corpus. Sonegação fiscal e formação de quadrilha. Atipicidade da conduta. Inexistência. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Trancamento da ação penal. Necessidade de revolvimento e valoração de fatos e provas. Inviabilidade de análise da tese na restrita via do writ. Constrangimento ilegal não configurado. Denegação da ordem. - Segundo a firme jurisprudência dessa Augusta Corte Superior, a falta de justa causa a ensejar o trancamento da ação penal só pode ser reconhecida quando, de plano, sem um juízo de valoração das provas, se evidencie a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de elementos mínimos de autoria e materialidade, hipóteses não verificadas no presente caso. - Parecer pelo não conhecimento do writ e, acaso conhecido, pela denegação da ordem de habeas corpus.

Em 9 de novembro de 2017, deferi o pedido de reconsideração formulado pela defesa para suspender o curso da ação penal até o julgamento definitivo do presente inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Lembremo-nos que a extinção da ação penal na via eleita consiste em medida excepcional, justificando-se somente quando se revelar, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria. Nesse contexto, a jurisprudência desta Casa não aceita, ordinariamente, discussões fundadas na ausência de comprovação do elemento subjetivo do tipo ou na carência de indícios suficientes de autoria do delito, porquanto tais esclarecimentos demandam, na maior parte das vezes, apreciação detalhada dos elementos de convicção constantes do processo, providência manifestamente inconciliável com o rito célere deste remédio constitucional.

Feitas essas considerações, passo à apreciação do pedido inicial.

Foram estes os fatos narrados na peça acusatória (e-STJ fls. 396/399):

Em 05 de dezembro de 2011, por ocasião de fiscalização procedida pelo Fisco Estadual, foi constatado que os denunciados, nos períodos fiscais do exercício de 2006, agindo com pleno domínio dos fatos na administração e gerência da empresa Telemar Norte Leste S/A, CNPJ n. 33.000.118/0014-93 e Inscrição Estadual n. 0019146-93, localizada na Rua do Brum, 485, Sala 101, nesta cidade, os denunciados, reiteradamente, fraudaram a Fazenda Estadual, através de declaração inverídica de modo a suprimir ou reduzir tributos, dando margem ao Auto de Infração n. 2011.000003483170-53 (fls. 06/07).

Dita conduta incidiu sobre a falta de destaque e recolhimento do ICMS em prestações de serviço de telecomunicação legalmente tributadas, importando na supressão do pagamento de ICMS Normal no valor original de R\$ 2.839.880,19 (dois milhões, oitocentos e trinta e nove mil, oitocentos e oitenta reais e dezenove centavos).

Tal conduta, objeto de autuação ao fisco, produziu constituição do crédito tributário, justamente em face da preclusão recursal no âmbito administrativo, importando em lançamento definitivo por força do referido decurso de tempo em razão da inércia do contribuinte na esfera administrativa resultando no ato de lançamento do crédito tributário, bem como sua inscrição na Dívida Ativa em 09 de maio de 2012, como bem demonstram os documentos acostados as fls. 06, 07, 08, 196, 197, 199 e 200.

Consta da peça informativa que os denunciados deixaram de recolher o ICMS Normal, através da emissão de Notas Fiscais de Saída, escrituradas como isentas as saídas de prestações de serviços de telecomunicação legalmente tributadas com alíquota interna de 28% (vinte e oito por cento), reduzindo, sem amparo legal, o imposto devido.

Tal fato resulta da conduta ilícita dos denunciados em lançar as saídas tributadas como isentas no Livro de Registro de Apuração do ICMS, reduzindo, dessa forma, o valor do ICMS Normal a recolher, importando tal procedimento em supressão do referido imposto em prejuízo da Fazenda Estadual.

Esses fatos foram constatados pela análise das prestações realizadas no exercício de 2006, que foram apresentadas à fiscalização, em meio magnético, onde por meio do programa 'IDEA' foi identificadas prestações não tributadas que, por sua vez, após ser analisada sua regularidade, constatou-se que não houve o destaque e nem recolhimento do imposto sobre prestações tributadas de serviços de comunicação, declaradas isentas pelo contribuinte, sem amparo legal.

A prática relatada perdurou, em continuidade delitiva, no período acima discriminado, resultando em supressão de tributo em detrimento dos cofres estaduais.

A prova da materialidade encontra-se nos autos, representada pela cópia do Auto de Infração (fl. 06/07), Demonstrativo de Crédito Tributário (fl. 08), Demonstrativo de Prestações de Serviço de Telecomunicação (fls. 09/11),

Demonstrativo dos Recolhimentos (fl. 12), Quadro resumo do ICMS a recolher (fl. 13) e DVD-R - Arquivos dos Demonstrativos das Prestações de Serviço de Telecomunicação, Arquivos do Convênio n. 115/03.

*O mesmo se dá em relação à autoria, posto que sendo os denunciados **Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Corrêa, José Luís Magalhães Salazar, Júlio César Pinto e Paulo Altmayer Gonçalves**, Presidentes e diretores, conforme Atas do Conselho Administrativo (fls. 201/216), detêm o domínio do fato, o poder de determinar, de decidir e de fazer com que seus empregados e contratados executem o ato, sendo responsáveis pela ocorrência da redução do tributo, de acordo com as Atas da 79ª Reunião Ordinária do Conselho de Administração e da 90ª Reunião Extraordinária do Conselho de Administração realizadas em 29 de abril de 2005 e 28 de junho de 2006, respectivamente.*

Por fim, em que pese a alegação de que o crédito tributário estava sendo discutido e garantido judicialmente (fls. 39 a 192), há que se observar que a independência entre as instâncias autoriza a propositura da ação penal, inclusive porque somente esta interrompe o prazo prescricional (art. 117, inciso I, do Código Penal), da mesma forma que a garantia do juízo cível não se equivale a pagamento do crédito tributário, de forma a ensejar a ausência de justa causa para a sua propositura. Neste sentido:

[...]

Diante de todo o exposto, resta manifesto estarem os denunciados *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Corrêa, José Luís Magalhães Salazar, Júlio César Pinto e Paulo Altmayer Gonçalves* incurso nas penas do artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90 (sonegação fiscal), art. 71 (continuidade delitiva) e art. 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público oferece a presente denúncia, para que, recebida, seja instaurado o processo crime. (Grifei.)

Sustentam os impetrantes, como primeira tese, a ausência de demonstração de nexo causal entre a conduta dos pacientes e o evento supostamente delituoso, resultando em imputação objetiva em razão da simples circunstância jurídica de os acusados ocuparem, à época dos fatos, os cargos de Presidente e Diretores da empresa Telemar Norte Leste S/A. Ponderam, a propósito, inexistir a mínima demonstração de liame psicológico entre os pacientes e os funcionários da empresa responsáveis pelo pagamento dos tributos respectivos.

Sobre o tópico, assim se pronunciou a Corte estadual (e-STJ fls. 48/49):

No tocante a alegação de inépcia da denúncia, após uma análise dos elementos constantes na denúncia, verifica-se que este pedido não há como prosperar, uma vez que a exordial cumpre todos os requisitos do art. 41 do CPP.

Com efeito, a denúncia efetivamente descreve o suposto fato delituoso (ausência, reiterada, de destaque ou recolhimento de imposto sobre prestações tributadas de serviços de comunicação declaradas isentas pelo contribuinte sem amparo legal); indica o crime supostamente executado (sonegação fiscal e associação criminosa, em continuidade delitiva); aponta os supostos autores do delito e suas devidas qualificações (diretores da empresa); e apresenta o rol de testemunhas.

A denúncia, ao apontar os Pacientes como os detentores do domínio do fato, leva em consideração as funções exercidas por estes dentro da empresa, já que são eles que detêm o poder de determinar, de decidir e de fazer com os seus empregados e contratados executem o ato hora tido como delituoso, sendo, portanto, válida a imputação. (Grifei.)

Diante do modelo de responsabilidade penal adotado em nosso ordenamento jurídico, bem assim dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, incumbe ao órgão acusatório delinear, na denúncia, até mesmo no âmbito dos crimes societários, as condutas que, imputadas aos acusados, evidenciam a norma penal incriminadora.

Na mesma linha, os ensinamentos de Hugo de Brito Machado:

Admitir-se a denúncia na qual alguém é acusado pelo simples fato de ser gerente, ou diretor, ou até simplesmente sócio ou acionista de uma sociedade, como se tem visto, é admitir não apenas a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade por fato de outrem, o que indiscutivelmente contraria os princípios do Direito Penal de todo o mundo civilizado. (Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002, p. 136)

Entretanto, em se tratando de crime societário, defronta-se o órgão acusatório, no momento de oferecer a denúncia, com uma pluralidade de acusados envolvidos na prática delituosa, tornando demasiadamente penosa a identificação da origem dos atos volitivos. Nessa situação, a narrativa minudente de cada uma das condutas atribuídas aos vários integrantes da estrutura empresarial é tarefa bastante árdua, muitas vezes impraticável. Diante de tal peculiaridade, a jurisprudência desta Casa vem admitindo possa o titular da ação penal descrever os fatos de forma geral, sem apontar, separadamente, a conduta atribuível a cada um dos acusados, tendo em vista a incapacidade de se mensurar, com precisão, em detalhes, o modo de participação de cada um dos réus na empreitada criminosa. Todavia, “é sempre necessário correlacionar o crime com as atividades dos acusados (ainda que em decorrência de poderes de gerência ou de administração, que serão melhor aprofundados no decorrer da instrução criminal), pois ser diretor ou integrante de pessoa jurídica não constitui, por si

só, fato ilícito. O crime somente é imputável a quem lhe deu causa e *a descrição contida na denúncia deve evidenciar, com grau mínimo de segurança, a intenção do réu em utilizar sua posição para infringir a norma penal*” (HC n. 283.610/ES, relator Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifei). Em conclusão, será válida a peça acusatória quando, a despeito de não delinear as condutas individuais dos acusados, anunciar o liame entre a atuação do denunciado e a prática delituosa, demonstrando a plausibilidade da imputação e garantindo o pleno exercício do direito de defesa.

Essa mesma percepção foi registrada por Guilherme de Souza Nucci, cujo autorizado magistério assim apreciou a questão:

Denúncia genérica: os crimes contra a ordem tributária, cometido em concurso de agentes, pode admitir a denominada denúncia genérica, a peça acusatória, por absoluta impossibilidade, indica apenas os coautores e eventuais partícipes do delito, porém sem precisar, detalhadamente, a conduta de cada um deles. Sabe-se que A, B e C, com o apoio de D e E, promoveram uma fraude na fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em livros exigidos pela legislação fiscal, conseguindo, com isso, a supressão do recolhimento de vários tributos. Entretanto, embora esta clara a colaboração de todos eles, não se consegue saber, exatamente, quem fez o que durante a fase executória. Por isso, têm os Tribunais admitido a apresentação de denúncia genérica. Se assim não ocorresse, haveria impunidade generalizada. O Ministério Público e as autoridades fazendárias não possuem o dom da vidência, de forma que, sem a colaboração dos autores do delito, possam apontar o que cada um dos coautores e partícipes fez para chegar ao resultado criminoso. Sabe-se, no entanto, que todos atuaram para a concretização do delito, o que é suficiente para a imputação (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 603).

No caso em desfile, como se observa dos trechos acima, a peça acusatória, ao imputar aos pacientes a fraude à Fazenda Nacional, por meio da apresentação de declarações inverídicas de modo a suprimir o pagamento de tributos, baseou-se, apenas, nas funções desempenhadas pelos acusados no âmbito da pessoa jurídica. Noutras palavras, o crime descrito no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 foi atribuído aos pacientes somente por ostentarem a qualidade de Presidente e de Diretores da companhia. O denunciante não minudenciou a conduta delituosa e o liame dos acusados com o crime narrado na inicial, imputando-lhes o delito exclusivamente em razão dos altos cargos ocupados por eles na empresa. Com efeito, a mera detenção dos postos de Presidente e de Diretores da pessoa jurídica, sem a descrição das competências desempenhadas pelos réus em relação aos fatos criminosos, não evidencia a autoria ou eventual

anuência com o crime. Não é necessário ao denunciante, repita-se, elucidar a participação de cada acusado do crime societário. Porém, no caso que se encontra sob nossos cuidados, observo a absoluta ausência de descrição do vínculo subjetivo dos acusados com o delito delineado na peça acusatória. É evidente, portanto, o desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo caminhar:

Habeas corpus. Associação criminosa. Trancamento do processo. Atipicidade da conduta não demonstrada. Inépcia formal da denúncia. Reconhecimento. Responsabilização penal objetiva. Vício caracterizado. Habeas corpus concedido para trancar o processo somente em relação aos pacientes.

[...]

4. A seu turno, a postulada da inépcia da denúncia há de ser reconhecida a favor dos pacientes, tendo em vista que da narrativa acusatória não se extrai a necessária indicação da relação de causalidade entre conduta e resultado, estabelecida no art. 13 do Código Penal.

5. *Em tema de idoneidade formal da imputação, há de seguir-se o disposto no art. 41 do CPP e, em relação a crime de autoria coletiva ou societário, esta Corte Superior aceita por válida a exordial que, apesar de não pormenorizar a conduta dos acusados, demonstra nexos entre suas ações ou omissões relevantes e o evento criminoso, a fim de estabelecer a plausibilidade da imputação e possibilitar a ampla defesa.*

6. É sempre necessário correlacionar o crime com as atividades dos acusados integrantes de pessoa jurídica - ainda que em decorrência de poderes de gerência ou de administração, melhor delimitados no decorrer da instrução criminal -, pois o mero exercício do cargo de diretor não constitui, por si só, fato ilícito, sob pena de admitir odiosa responsabilidade penal objetiva.

7. *Na espécie, a denúncia é inepta quanto aos pacientes porque lhes atribui o crime de associação criminosa pela mera detenção de cargos de diretoria em uma seguradora que possui escritórios em várias unidades federativas, sem especificar eventuais atividades de gerência ou de administração que teriam sido exercidas pelos réus em relação ao fato criminoso ou, mesmo, qual omissão denotaria a mencionada anuência com o esquema fraudulento.*

8. *Habeas corpus concedido para trancar o processo em relação aos pacientes, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que nova exordial seja oferecida, com a correção do vício assinalado.*

(HC 283.610/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifei.)

No entanto, vou além.

Assere a defesa, outrossim, a ausência de justa causa para o prosseguimento da demanda, pois a autuação fiscal que deu ensejo à COFIMP, invocada pelo órgão de acusação como prova da materialidade do crime contra a ordem tributária, foi lastreada pelo cadastramento de fornecedores como isentos, quando haveriam de ser tributados, fato confessado à época pela contribuinte – Telemar Norte Leste S/A – perante o Fisco, com o recolhimento da exação devida e dos respectivos encargos, excetuados, apenas, os montantes calculados pela Fazenda por meio do método “por dentro” – *Gross Up* –, destacando, ademais, que a escorreita quantificação do tributo devido deveu-se à regular escrituração fiscal da concessionária, situação bastante a demonstrar a ausência de má-fé.

Sobre o tema, sabemos todos que, diante da natureza material dos crimes contra a ordem tributária descritos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, somente há justa causa para a persecução penal com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário. A propósito, o teor do enunciado Vinculante n. 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Registro, também, acerca do assunto, que, de acordo com a orientação firmada pela jurisprudência desta Casa, diante do mencionado lançamento definitivo do crédito tributário, a propositura de embargos à execução buscando discutir o débito fiscal não impede o prosseguimento da demanda voltada à apuração do crime contra a ordem tributária, ante a independência das instâncias.

Nesse sentido:

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Pedido de suspensão da ação penal. Pendência de ação anulatória de débito fiscal em que se discute o crédito tributário, já definitivamente constituído, relacionado com os fatos em apuração. Integridade do lançamento realizado não afetada. Independência entre as instâncias.

I - “A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes. Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em

contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado” (RHC n. 21.929/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 10/12/2007).

II - Não se pode, na hipótese, tomar o fato de existir ação anulatória de débito fiscal, ainda que como questão prejudicial heterogênea facultativa (art. 93 do Código de Processo Penal) da questão penal, porquanto, até aqui, o lançamento do tributo não foi atingido.

III - A prejudicial heterogênea não obriga a suspensão da ação penal. Vale dizer, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, *ex vi* do art. 93 do CPP.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 57.238/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016, grifei.)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntica orientação:

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Encerramento do procedimento administrativo-fiscal. Mandado de segurança impetrado posteriormente e sem efeito suspensivo. Possibilidade de ajuizamento da ação penal. Reclassificação do delito e exclusão da continuidade delitiva. Não-conhecimento dessas matérias pelo Superior Tribunal de Justiça. Análise reservada à instrução criminal. Precedentes. 1. Denúncia oferecida após a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, com a constituição, de ofício, do crédito tributário, não estando, portanto, a decisão questionada em contradição com a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que a ausência de lançamento definitivo do crédito tributário impede o ajuizamento da ação penal pelo crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90. 2. *A impetração de mandado de segurança, após o lançamento definitivo do crédito tributário, não tem o condão de impedir o início da ação penal, principalmente porque a ordem foi denegada em 1º grau e a apelação interposta, ainda pendente de julgamento, não tem efeito suspensivo.* 3. (...). 5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 95.578, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe 16/04/2009, grifei.)

Contudo, a constituição definitiva do crédito tributário é apenas um dos requisitos para a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária.

A norma penal define como criminosa a conduta de suprimir ou reduzir tributo *mediante o emprego de artifício fraudulento*, seja pelo descumprimento do dever de informação imposto ao contribuinte, ou pela apresentação de dados falsos à autoridade fazendária.

Consoante a melhor doutrina, a mencionada exigência “decorre de interpretação das disposições incriminadoras que se conforma com a proibição

constitucional da prisão por dívida. Considerando que a Constituição da República não permite a prisão por dívida (art. 5º, LXVII) e que a Fazenda Pública dispõe do processo de execução fiscal (Lei n. 6.830/80) como meio para satisfazer o crédito tributário, é possível identificar na criminalização da mera dívida tributária uma inconstitucionalidade”. Nesse palmilhar, a incriminação prevista na Lei n. 8.137/1990 não se fundamenta na simples inadimplência da obrigação tributária. “Não se trata de incriminar a conduta do devedor por não ter quitado sua dívida, mas de incriminar a ofensa ao bem jurídico que se realiza por meio do uso da fraude. O uso da fraude impede (ou, ao menos, dificulta) o fisco de perceber a ilicitude da conduta do sujeito passivo da obrigação tributária, com repercussão direta na possibilidade de satisfação do crédito tributário, e constitui o fundamento da incriminação. Tal interpretação deixa claro que, sem que o sujeito passivo empregue fraude em sua relação com o fisco não é possível caracterizar o crime contra a ordem tributária” (GALVÃO. Fernando. Direito Penal Tributário. Imputação Objetiva dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 206).

Sobre o tema, os ensinamentos de Hugo de Brito Machado:

O núcleo do tipo, no crime de que se cuida, é suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório. O modo de fazê-lo consiste em uma das condutas meio, descritas nos incisos do art. 1º, da Lei n. 8.137/90. Assim, o aperfeiçoamento do tipo penal depende da ocorrência da supressão, ou da redução do tributo e das condutas desenvolvidas para esse fim.

[...]

A supressão ou redução de tributo obtida por outro meio que não seja uma das condutas descritas nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/90 também não configura o tipo penal em questão.

(Crimes contra a ordem tributária. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 328 e 343).

No mesmo sentido, colaciono este precedente:

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. Inquérito policial. Crime tributário. Lançamento definitivo do crédito. Pressuposto. Súmula Vinculante 24/STF. 3. Propositura de ação anulatória. Ausência de óbice à continuidade das investigações. Independência entre as esferas cível e penal. 4. Peculiaridades do caso. Dúvida sobre a incidência do tributo. Ação declaratória de inexistência de

relação jurídico-tributária. Propositura anterior à constituição do crédito tributário. Tributo instituído em 2002. Ação ajuizada em 2003. Exigibilidade do crédito suspensa em liminar. Auto de infração lavrado em 2008. Ação cível parcialmente procedente. Existência de valores depositados em juízo e de carta-fiança. 5. Ausência de mínimas evidências de falso ou fraude. Tipo penal que não se perfaz com a simples supressão do tributo. Inquérito instaurado exclusivamente em virtude de dívida de natureza tributária. Constrangimento ilegal. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para trancar o IP n. 26/2009.

[...]

2. Nos termos da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, somente há justa causa para a persecução penal, pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 - por ser delito material ou de resultado -, com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário, o que efetivamente se verificou no caso dos autos. No entanto, não se pode descurar que a constituição definitiva do crédito tributário, apesar de ser pressuposto para a persecução penal, não enseja, por si só, sua deflagração.

3. Havendo lançamento definitivo, a propositura de ação anulatória de débito fiscal não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, haja vista a independência das esferas cível e penal.

4. Contudo, o ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, em momento anterior à constituição definitiva do crédito tributário e logo em seguida à entrada em vigor da lei que instituiu o tributo, demonstra a presença de dúvida sobre a legislação. Foi, inclusive, deferida a liminar para suspender a exigibilidade do crédito, e, ao final, julgada parcialmente procedente a ação, consignando-se, ainda, a existência de valores depositados em juízo e de carta-fiança.

5. *Portanto, a representação fiscal para fins penais se deu de forma automática, sem se perquirir a mínima existência de indícios de crime ou se cogitar de fraude ou falsificação. O procedimento adotado levou em consideração apenas a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, a existência de uma dívida. No entanto, não se mostra plausível que toda dívida de natureza tributária, por si só, gere automaticamente a instauração de um inquérito policial, sem um crivo prévio acerca da potencial existência de crime. O art. 1º da mencionada lei define ser crime suprimir ou reduzir tributo, mediante as condutas que enumera, as quais se referem ao emprego de fraude. Destarte, o simples fato de dever tributo não é crime, razão pela qual se mostra patente o constrangimento ilegal no prosseguimento do inquérito policial.*

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar o inquérito policial n. 26/2009, instaurado perante a Superintendência de Polícia Especializada - Divisão de crimes contra a Fazenda.

(HC 189.970/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013, grifei.)

Na espécie, a Comunicação Fiscal ao Ministério Público esclareceu que a contribuinte Telemar Norte Leste S/A deixou de recolher ICMS Normal, relativamente ao período de janeiro a dezembro de 2006, oriundo da aplicação da alíquota sobre serviços de telecomunicações de 28% sobre a base de cálculo total.

Narrou que o primeiro auto de infração foi consubstanciado pela falta de recolhimento de ICMS em prestações de serviço de comunicação legalmente tributadas, apresentadas à fiscalização por meio magnético.

Nesse cenário, a pessoa jurídica contribuinte reconheceu e recolheu parcialmente o tributo mencionado.

Ato contínuo, procedeu-se ao abatimento do montante da base de cálculo, resultando no débito de R\$ 3.269.457,39 (três milhões, duzentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e trinta e nove centavos).

Para o cômputo do tributo a recolher, considerou-se como base de cálculo o valor total e, sobre este montante, aplicou-se o percentual de 38,89%, correspondente à inclusão do valor do imposto devido. Sobre esta base de cálculo devidamente reconstituída, aplicou-se a alíquota de 28%, referente à prestação de serviços de telecomunicações (e-STJ fl. 150).

Encerrada a discussão do âmbito administrativo, as autoridades vinculadas à Secretaria de Fazenda lançaram o débito na situação “aguardando regularização”, comprometendo a regularidade fiscal da concessionária.

Nessa toada, a contribuinte apresentou ação cautelar para o oferecimento antecipatório de caução, esclarecendo discordar da exigência fiscal, cuja legitimidade objetivava discutir no âmbito da execução fiscal a ser ajuizada oportunamente, mediante a oposição de embargos à execução.

Foi concedida a antecipação de tutela pleiteada, após a concordância da Fazenda Pública Estadual (e-STJ fl. 336).

Promovida a execução fiscal, a concessionária opôs embargos à execução. Na oportunidade, elucidou que, do total de R\$ 5.022.818,26 (cinco milhões, vinte e dois mil, oitocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos), constituído pela fiscalização estadual por meio de processo administrativo, a embargante entendeu ser devido o montante de R\$ 952.084,08 (novecentos e cinquenta e dois mil, oitenta e quatro reais e oito centavos), promovendo a quitação do referido valor. Ponderou a nulidade do remanescente exigido,

pois inconstitucional a forma de cálculo adotada pela fiscalização estadual na constituição do crédito tributário combatido (e-STJ fl. 363).

Consoante se observa dos documentos acostados ao processo, embora a Comunicação Fiscal ao Ministério Público aponte a existência de declaração inverídica da contribuinte, não asseverou, nem sequer minimamente, a presença de fraude ou falsificação. Reparem que as indagações referentes à presença de práticas ardilosas foram todas respondidas negativamente pelos funcionários fiscais (e-STJ fls. 381/382). Noutras palavras, embora os pacientes possam ter recolhido de forma errônea o imposto devido, não descreveram os auditores fiscais nenhuma fraude ou ardil no procedimento. De mais a mais, a pessoa jurídica contribuinte mantinha escoreita escrituração fiscal e apresentou todos os documentos solicitados por ocasião da autuação fiscal.

Sendo assim, na minha compreensão, não há nos autos elementos ou dados inequívocos bastantes a demonstrar que a supressão ou redução do tributo ocorrera mediante fraude ou falsificação. Na realidade, a peça acusatória parece-me consubstanciada apenas na constituição definitiva do crédito tributário, concluindo o titular da ação penal pública, a partir daí, que a redução dos valores se deu por meio de uma das condutas listadas no art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

Porém, como vimos linhas acima, a existência de dívida de natureza tributária não implica necessária e automaticamente a configuração de crime.

A relevância típica da conduta depende da constatação de que o agente atuou com consciência e vontade de causar prejuízos ao erário público. Deve o titular da ação penal pública, portanto, demonstrar que o sujeito ativo atuou para evitar, fraudulentamente, o pagamento do tributo que sabia devido.

Repito, o mero inadimplemento da obrigação tributária não configura crime, mas somente um ilícito tributário, parecendo-me importante apartar, na seara do direito penal da culpabilidade, os conceitos de inadimplência e de sonegação.

Na dúvida, o dolo não pode ser presumido, pois isso significaria atribuir responsabilidade penal ao contribuinte apenas inadimplente.

Diante desse cenário, “pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que tampouco existe crime quando o agente encontra-se em erro, equivocando-se na interpretação e aplicação das normas tributárias que instituem e regulam a obrigação de pagar” (BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 730)

Ainda sobre o assunto, extraio dos autos que a interpretação da legislação tributária acerca da matéria não é pacífica sequer no âmbito da Secretaria de Fazenda Estadual, tanto que em 24 de maio de 2014 – após a apresentação de resposta à acusação na ação penal em desfile – o Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco reconheceu a ilegalidade do “procedimento do Fisco de agregar o percentual de 38,89% ao preço do serviço praticado” (e-STJ fl. 1.175).

Nesse caminhar, entendo que mencionada Comunicação ao Ministério Público cuida de mera divergência de interpretação da legislação tributária no tocante ao método de cálculo do tributo a ser recolhido pela companhia.

Com efeito, não configura declaração falsa, nos moldes do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, aquela que, envolvendo de algum modo o significado jurídico tributário de algum fato, atribua a este fato um significado diverso daquele que lhe atribui a autoridade da administração tributária. A falsidade relaciona-se ao fato e não ao significado jurídico dele.

Portanto, não havendo previsão para a punição do crime em desfile na modalidade culposa e não demonstrado o elemento subjetivo necessário para a caracterização do ilícito em tela, já que atuaram os pacientes com base em interpretação equivocada da legislação tributária sobre o tema – objeto de decisões conflitantes do âmbito da própria Secretaria de Fazenda – é inviável a perfeita subsunção da conduta ao delito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

A propósito, a lição de Luiz Regis Prado:

A conduta típica descrita no artigo 1º, *caput*, consiste em suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório. Nos cinco incisos seguinte são destacadas as várias modalidades pelas quais isso pode ocorrer, de forma que somente há crime contra a ordem tributária se o agente realiza qualquer das condutas mencionadas. *Portanto, não é suficiente para a configuração do tipo a supressão ou redução do tributo, mas exige-se também que sejam consequência de um comportamento anterior fraudulento.* (Direito Penal Econômico. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 275.)

O referido autor, ao tratar especificamente da omissão e da declaração falsa descritas no inciso I do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, deixa claro:

Na primeira hipótese, tem-se como figura típica a omissão de informação, entendida como qualquer dado considerado relevante do ponto de vista

tributário, por ser gerador de uma obrigação tributária, seja ela principal ou acessória; na segunda, tem-se a declaração falsa, a infirmação inverídica, que não condiz com a realidade dos fatos. *Em ambos os casos é indispensável que o sujeito ativo viole o dever jurídico de prestar informações verdadeiras às autoridades fazendárias, expresso em norma tributária, que a falsidade seja capaz de enganar ou que a informação omitida seja relevante, de modo a implicar a supressão ou redução do tributo devido, e que tenha por objeto dado relacionado ao fato gerador, seja no tocante ao seu surgimento, seja com relação ao quantum da obrigação tributária. Não configura declaração falsa aquela que, envolvendo de alguma forma o significado jurídico de um fato, atribua a este um significado diverso daquele que lhe atribui a autoridade fazendária.*

Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, colaciono estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus substituto de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Crime contra a ordem tributária. Recolhimento de ICMS em operações interestaduais. Incentivo fiscal concedido pelo Estado de origem. Não reconhecimento do benefício pelo Estado destinatário das mercadorias. Contexto de guerra fiscal entre Estados Federados. Lançamento exato de crédito de ICMS com base em lei estadual presumidamente válida. Posterior declaração de inconstitucionalidade da lei estadual pelo Supremo Tribunal Federal. Ausência do dolo de fraudar no momento dos lançamentos. Atipicidade da conduta. Constrangimento ilegal configurado. Trancamento da ação penal. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

[...]

3. Hipótese em que o paciente foi acusado de sonegar tributo estadual devido ao Estado de São Paulo, na medida em que teria inserido, em suas escriturações, entre abril de 2005 e dezembro de 2006, créditos de ICMS não reconhecidos por esse ente federativo, no valor de R\$ 744.146,79, decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelo Estado do Paraná, com base nos art. 2º, § 2º e art. 4º, ambos da Lei estadual n. 13.212, de 29/6/2001, desse ente estatal.

4. O crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.

5. No contexto da chamada “guerra fiscal”, o creditamento de ICMS realizado pelo contribuinte, com base em benefício fiscal previsto em lei vigente, utilizando-se de lançamentos exatos, afasta o dolo necessário para a configuração do ilícito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, pois, nessa hipótese, não há falar em meio fraudulento para reduzir ou suprimir tributos. Precedentes.

6. A superveniente declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.212/2001, do Estado do Paraná, pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 2.548-1/PR), não retira a boa-fé do paciente por ocasião dos lançamentos realizados entre abril de 2005 e dezembro de 2006, pois são anteriores à publicidade do acórdão proferido na referida ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, não obstante a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produza, em regra, efeitos *ex tunc*, a qual não foi excepcionada no julgamento da referida ADI, importa considerar que a conduta do paciente pautou-se no princípio da presunção de legitimidade (ou da constitucionalidade) da lei e dos atos normativos do Poder Público.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente na ação penal n. 0000671-90.2013.8.26.0576 e determinar o seu trancamento.

(HC 326.959/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016, grifei.)

Habeas corpus. Sonegação fiscal. Fraude. Elemento do tipo. Inexistência. Modalidade culposa. Ausência de previsão legal. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

1. *O legislador ordinário, ao descrever abstratamente o crime de sonegação fiscal, não previu a possibilidade de sua punição pela forma culposa, restringindo-o à regra prevista no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".*

2. Para que o delito em comento se caracterize, não basta que o agente obtenha a redução ou supressão do tributo, mas que tal desiderato tenha sido alcançado mediante a utilização de um artifício fraudulento, seja por meio da omissão de um dever de informação que lhe é imposto, ou pela declaração de informações falsas à autoridade fazendária.

3. *Sem que seja necessário o revolvimento do conjunto probatório, constata-se que, assim como reconhecido pelo próprio Conselho de Contribuintes, a conduta do paciente, embora tenha importado na supressão ou redução de tributo devido, não foi praticada com o dolo necessário para a caracterização do ilícito em tela, já que atuou mediante um conceito equivocado sobre o fato gerador da exação devida, e não se negou em prestar as informações necessárias para a correta quantificação do tributo.*

4. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade penal da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada.

(HC 135.426/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 18/04/2013, grifei.)

Habeas corpus. Erro de interpretação da lei tributária. Ausência de fraude.

1. A errônea exegese da lei tributária quanto ao cálculo correto do ICMS no lançamento de crédito, em face da diferença de alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem, ausente o elemento fraude, não configura a infração tipificada no art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/90.

2. A segurança jurídica não pode nem deve permitir que simples desconcontros interpretativos, ocorrentes muitas vezes até mesmo nas altas esferas do Judiciário sirvam de pretexto para acionamento da Justiça Criminal, como meio rápido, eficaz e expedito de incrementar as receitas governamentais.

3. Na operação não houve fraude nem inserção de elementos inexatos em documentos, mas mero aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de transações interestaduais.

4. Ordem concedida.

(RHC 7.798/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 25/05/1999, DJ 14/06/1999, p. 227, grifei.)

Sobremais, os documentos acostados ao processo demonstram que foram opostos embargos à execução com o objetivo de questionar o método de cálculo empregado pela autoridade fiscal. Como vimos dos esclarecimentos acima, foi oferecida e aceita garantia integral sobre os valores devidos. Tal o quadro, comprovado que o tributo era realmente devido, a mencionada garantia, após o trânsito em julgado da decisão, será entregue à Fazenda Pública – art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980. Diante dessas circunstância, notadamente considerando a orientação desta Casa firmada no sentido de que o pagamento integral do tributo é causa extintiva da punibilidade, não encontro motivos para o prosseguimento da persecução criminal, pois, diante da garantia integral dos valores, qualquer solução alcançada no juízo cível acarretará a extinção da presente demanda criminal.

No mesmo sentido:

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Inépcia e falta de justa causa. Denúncia que descreve fatos típicos de forma a permitir o exercício do direito de defesa. Investigação iniciada pelo Ministério Público e falta de inquirição dos acusados. Prescindibilidade para o oferecimento da denúncia. Comprovação de que os pacientes eram os ordenadores dos documentos fiscais da empresa. Exame aprofundado do conjunto fático-probatório. Inadequação da via eleita. Autos de infração contestados em juízo. Garantia integral dos valores devidos. Trancamento da ação penal. Ordem concedida.

1. Não é inepta a denúncia que apresenta o nexo de causalidade entre o crime praticado e a conduta dos pacientes, que, na condição de ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da sociedade anônima, determinaram ou se omitiram de forma a permitir que ocorresse a fraude na fiscalização por meio de inserção de elementos inexatos em livro fiscal.

2. A denúncia aponta com clareza as infrações cometidas e o liame entre elas e as condutas dos pacientes que, na qualidade de diretores de sujeitos passivos de obrigação tributária da empresa, “fraudaram a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos em livro fiscal” e “deixaram de recolher valores a título de tributo (ICMS - Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços e acessórios) totalizando R\$ 72.866.995,14 (setenta e dois milhões, oitocentos e sessenta e seis mil, novecentos e noventa e cinco reais e quatorze centavos)”, de modo a permitir o pleno exercício da defesa.

3. 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.

4. Verificando o *dominus litis* a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria, deve ele, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, oferecer a denúncia, que prescinde da prévia instauração de inquérito policial.

5. A alegação de não ter sido comprovado que os pacientes ‘eram os ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da empresa’ requer o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do *habeas corpus*.

6. *Diante das peculiaridades do caso concreto em que foram oferecidas garantias integrais sobre os valores devidos, garantias estas aceitas pelo Juízo e pela Fazenda Pública, não se justifica a manutenção do processo criminal, pois em qualquer das soluções a que se chegue no juízo cível ocorrerá a extinção da ação penal.*

7. *Habeas corpus* concedido.

(HC 155.117/ES, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 03/05/2010, grifei.)

Passo, por derradeiro, à alegação de inexistência de elementos bastantes a respaldar a imputação do crime descrito no art. 288 do Código Penal.

Um registro: o tema em análise não foi abordado nas razões do remédio constitucional impetrado nesta Casa. Os impetrantes somente mencionaram o assunto ao descreverem os pedidos formulados perante a Corte Estadual (e-STJ fl. 7). Entrementes, considerando o pedido final redigido pela defesa –

trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001 –, passo à análise da questão no intuito de perquirir a existência de constrangimento ilegal.

Como bem destaca Rogério Sanches da Cunha, o art. 288 do Código Penal pune a associação de três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes. Associar-se significa reunir-se em sociedade para determinado objetivo, havendo uma vinculação sólida, quanto à estrutura, e durável, quanto ao tempo. A finalidade da associação criminosa deve ser a prática de crimes indeterminados. O elemento subjetivo especial do injusto é justamente a finalidade de cometer crimes, sem a qual o delito não se configura. Por fim, o delito se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre ao menos três pessoas e, quanto àqueles que venham posteriormente integrar o grupo, na adesão de cada qual (Manual de Direito Penal: Parte Especial. 7ª Edição. Editora Juspodivm: Salvador, 2015, p. 621).

Consoante se depreende dos precedentes tópicos da inicial, o órgão acusatório imputou aos pacientes a conduta de fraudar a Fazenda Estadual por meio da apresentação de declaração inverídica de modo a suprimir tributos. Narrou a falta de destaque e de recolhimento de ICMS em prestações de serviços de telecomunicação legalmente tributadas, importando a redução do pagamento do imposto mencionado no valor de R\$ 2.839.880,19 (dois milhões, oitocentos e trinta e nove mil, oitocentos e oitenta reais e dezenove centavos). Esclareceu que os lançamentos das saídas tributadas como isentas no Livro de Registro de Apuração foram constatados pela análise das prestações realizadas no exercício de 2006, resultando em supressão de tributo em detrimento aos cofres estaduais.

Observem: o denunciante não minudencia a associação efetiva, tampouco o vínculo permanente de cada um dos membros com o grupo. Lendo e relendo a denúncia verifico que a inicial apenas se refere ao crime previsto no art. 288 do Código Penal no momento da capitulação legal, porém sem descrevê-lo, ainda que sucintamente. A peça acusatória, sabemos todos, há de ser uma exposição narrativa e demonstrativa, apresentando de forma “clara e completa a acusação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia, ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve

defender-se” (Vicente Greco Filho. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, p. 64). Nesse contexto, é evidente a nulidade da incoativa.

A título de amostragem, colaciono estes precedentes:

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus*. Substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal; art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal; art. 163, parágrafo único, inciso II e art. 288, ambos do Código Penal, na forma do art. 69 do referido diploma legal e art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90. Autoria coletiva. Inicial acusatória que não descreve minimamente as condutas imputadas ao réu. Inépcia da denúncia. Concessão de ofício da ordem.

[...]

3. Não descrevendo a denúncia o modo de colaboração do réu para os crimes, sem sequer mencionar seu nome na descrição fática, deixando de demonstrar qual foi o liame entre a sua conduta e as práticas delituosas a ele imputadas, não se tem por atendidos os requisitos do art. 41 do CPP, com prejuízo direto ao exercício da defesa, sendo reconhecida a inépcia da inicial acusatória.

4. *Habeas corpus* não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem para trancar a Ação Penal n. 406.1997.000052-7 em relação ao paciente, diante da inépcia da denúncia. (HC 161.195/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não conhecimento do *writ*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Trancamento da ação penal. Crimes de esbulho possessório (art. 161, II, do Código Penal) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal). Ausência de justa causa. Superveniência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena em abstrato, quanto ao crime de esbulho possessório. Causa extintiva da punibilidade. Crime de quadrilha. Ausência de indicação, na denúncia, de vínculo associativo estável e permanente entre os denunciados. Deficiência da narração dos fatos, na inicial acusatória. Constrangimento ilegal demonstrado. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício.

[...]

VIII. A configuração típica do crime de quadrilha deriva da conjunção dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes, voltada ao cometimento de delitos, e c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa. Diferentemente do concurso de agentes, que exige, apenas, um ocasional e transitório encontro de vontades para a prática de determinado crime, a configuração do delito de quadrilha pressupõe a estabilidade ou permanência do vínculo associativo, com o fim de prática de delitos.

IX. O crime de formação e quadrilha ou bando é delito formal, que se consuma com a reunião ou a associação do grupo, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, e independentemente do cometimento de algum dos crimes acordados pelos membros do bando, tendo em vista que a convergência de vontades já apresenta perigo suficiente para conturbar a paz pública.

X. Na hipótese, entretanto, não restou minimamente evidenciada, na inicial acusatória, a existência do crime de quadrilha, à míngua de elementos que demonstrassem a existência de vínculo associativo estável e permanente entre os denunciados, com o fito de delinquir.

XI. Ordem não conhecida.

XII. Concessão da ordem, de ofício, para declarar extinta a punibilidade dos pacientes, quanto ao delito de esbulho possessório, e reconhecer a inépcia da denúncia, relativamente ao crime de quadrilha, anulando a inicial acusatória da Ação Penal 250-53.2010.8.10.0026, em tramitação na 1ª Vara da Comarca de Balsas/MA, por ausência de justa causa, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, se for o caso, quanto ao delito de quadrilha, atendidos os requisitos do art. 41 do CPP. (HC 186.197/MA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 17/06/2013) (grifei)

Diante dessas considerações, *concedo a ordem* para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0007676-60.2014.8.17.0001 relativamente aos pacientes *Ronaldo Iabrudi dos Santos Pereira, Luiz Eduardo Falco Pires Correa, Jose Luis Magalhaes Salazar, Julio Cesar Pinto e Paulo Altmayer Goncalves.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 445.325-SP (2018/0084444-8)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Impetrante: Josimary Rocha de Vilhena

Advogados: Josimary Rocha de Vilhena - SP334889

Aline Cristina de Lima Higino e outro(s) - DF048543

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Angelo Invernizzi Lopes

EMENTA

Habeas corpus. Decisão de desembargador. Súmula n. 691 do STF. Superação inicial. Concessão de liminar. Ordem denegada na origem. Interesse de agir. Subsistência. Desvio de verbas públicas. Salário-educação. Quota municipal. Competência. Justiça Estadual. Cassada liminar e denegada a ordem.

1. Nos termos do art. 15 da Lei n. 9.424/1996, que regulamenta o § 5º do art. 212 da Constituição Federal, a receita total do salário-educação, contribuição social destinada ao financiamento de programas, projetos e ações voltados para a educação pública básica, é arrecadada – tão somente arrecadada – pela União, que, após a dedução de 1% destinada ao INSS, retém imediatamente 10% líquido para, por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, financiar projetos programas e ações da educação básica. Os 90% líquidos restantes são desdobrados em duas diferentes quotas (uma federal e outra estadual e municipal) e automaticamente disponibilizados aos seus respectivos destinatários.

2. Nessa quadra, nem todo numerário entregue aos Estados e Municípios, pela União, por meio do FNDE, conduz ao inequívoco interesse direto na sua correta aplicação, de maneira a atrair a competência da Justiça Federal. Em caso de malversação dos recursos, há de se observar, por exemplo, a sua origem e até mesmo, em consectário lógico simples, a qual erário deveram ser restituídos os valores desviados. Inteligência das Súmulas n. 208 e 209 desta Corte Superior.

3. Assim, consoante entendimento consolidado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, “Uma vez verificado que os recursos supostamente desviados do salário-educação integravam a quota municipal, sem qualquer repasse por parte dos órgãos federais, não há que falar em conexão direta entre tais delitos a justificar o deslocamento de todo o processo à Justiça Federal. (AgRg no CC n. 145.372/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ 31/5/2006).

4. Sob essas perspectivas, na situação posta sob exame, embora seja inequívoco que a verba pública foi repassada à Municipalidade pelo FUNDEF/FUNDEB, há elementos probatórios a demonstrar,

especialmente na origem, que tais recursos correspondiam à quota municipal do salário-educação, a firmar a competência da Justiça Estadual para o processamento e o julgamento do suposto desvio do numerário público em questão.

5. Ordem denegada e cassada a liminar, permitindo-se o prosseguimento da ação penal perante o juízo estadual competente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar a ordem, cassada a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). Josimary Rocha de Vilhena, pela parte paciente: Angelo Invernizzi Lopes.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 31.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Angelo Invernizzi Lopes* alega sofrer constrangimento ilegal ao seu direito de locomoção, em decorrência da *decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que indeferiu a medida de urgência postulada no HC n. 2027240-03.2018.8.26.0000.

Busca a impetrante, então, em suma, a *superação da Súmula n. 691 do STF*, a fim de que seja *reconhecida a nulidade de “todos os atos praticados até o momento”* (fl. 25) na Ação Penal n. 0028396-82.2016.8.26.0000 – *Operação Sevandija, núcleo da Terceirização de Mão-de-Obra (CODERP)* – e remetidos os autos à Justiça Federal, sob a assertiva de que *as condutas ilícitas ali imputadas ao paciente teriam ofendido, em tese, bens e/ou interesses da União*, considerada a *malversação de verba advinda do FNDE* (quotas do salário-educação – QSE).

Por cautela, *concedi a liminar, para sobrestar o andamento do feito* na origem, até o julgamento do mérito deste *writ* (fls. 1.142-1.147).

Às fls. 1.160-1.230, com o intuito de reforçar a tese trazida a baila, a impetrante colacionou novos documentos.

Com as informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau (fls. 1.233-1.272), o Ministério Público Federal ofertou *parecer pelo não conhecimento do writ* (fls. 1.275-1.279).

Os corréus Marco Antonio Santos e Layr Luchesi Junior, processados nos três seguimentos da Operação Sevandija e, portanto, interessados no deslinde da controvérsia consoante vindicado pela impetrante, apresentaram a estes autos, respectivamente, os documentos de fls. 1.284-1.324 e 1.332-1.527.

O *Ministério Público estadual*, de outra parte, procurou trazer os esclarecimentos que entendeu pertinentes ao caso. Em síntese, *rechaçou com veemência a tese ventilada pela defesa*, insistindo, pois, na competência da Justiça Estadual. Aduziu que empregadas sim, com desvio, quotas do salário-educação, mas *quotas estaduais e/ou municipais* (fls. 1.650-1.693).

Instado a se manifestar novamente nos autos, haja vista a farta documentação acostada, o Parquet *federal* ratificou o seu posicionamento pela *inadmissibilidade do habeas corpus* e, agora, também pelo *desentranhamento e/ou indeferimento dos pleitos formulados incidentalmente* pelos corréus, bem como, *no mérito*, pela *denegação da ordem* (fls. 1.698-1.714).

Em consulta ao sítio eletrônico da *Corte de origem*, verifica-se que, *mesmo após a concessão da liminar neste writ*, a ordem foi denegada no *habeas corpus* lá impetrado, a *revelar a subsistência do interesse no julgamento do mérito deste mandamus*.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Pelo que se afere dos autos, pende sob o paciente a *acusação de integrar, com certo protagonismo* – uma vez que ocupava o cargo de *Diretor do Departamento Administrativo da Secretaria de Educação* e, posteriormente, o cargo de *Secretário Municipal de Educação* –, *organização criminosa* (art. 2º da Lei n. 12.850/2013) que teria se associado com o escopo de cometer, para proveito de todos eles, diversos *crimes contra a Administração Pública* do Município de Ribeirão Preto,

entre os quais desvio de verba pública, fraudes a licitações, corrupção ativa e passiva, apuradas no âmbito da nominada *Operação Sevandija*.

Paira a querela posta neste *mandamus*, em essência, sobre a *origem do dinheiro público empregado pela Prefeitura de Ribeirão Preto*, a partir de sua Secretaria de Educação, para pagamento dos **contratos n. 25/2011, n. 59/2015 e n. 79/2016**, firmados, por meio de suposta *dispensa indevida de licitação, com a CODERP*, o qual, por sua vez, *teria servido de substrato financeiro para o pagamento dos contratos n. 84/2012, n. 65/2015 e n. 15/2016, pactuados entre a referida empresa de economia mista* (cujo principal acionista é a Prefeitura de Ribeirão Preto) e a empresa *Atmosfera*, a partir, nesta ordem, dos **Pregões Presenciais n. 16/2012, n. 11/2015 e n. 04/2016**.

Aduz a impetrante, em síntese, que a verba teria origem nas quotas de salário-educação repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, vinculado ao Ministério da Educação, motivação bastante, por si só, a atrair a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito.

Apesar de a defesa não haver apresentado formalmente exceção de incompetência do juízo, o Magistrado de origem rejeitou essa preliminar, por mais de uma vez, quando ventilada. Consoante noticiado nas informações que prestou ao Tribunal paulista, o reproche que desencadeou a impetração do *habeas corpus* na origem ocorreu nos seguintes termos (fls. 30-32):

Em 30 de outubro de 2017 (fls. 13.107/13.127) e na audiência de instrução, realizada em 08 de novembro de 2017 (fls. 13.933/13.934), a defesa do paciente requereu, em síntese, que este juízo se declarasse incompetente, remetendo os presentes autos ao Juízo competente, ou seja, a Justiça Federal, tendo em vista que as *verbas QSE (Salário Educação)*, mencionadas em depoimento de uma das testemunhas, ouvida no denominado "Núcleo de Honorários", *possuem caráter Federal, estando sujeitas à fiscalização pela Controladoria Geral da União – CGU*, por meio do informativo anual SIOPE (Sistema de Orçamentos Públicos da Educação), sendo proferida decisão por este juízo em 09 de novembro de 2017 (fls. 13.961/13.962), com os fundamentos a seguir expostos:

Acolho o parecer do Ministério Público e indefiro o pedido. Com efeito, nos termos da manifestação do Ministério Público, *a quota estadual e municipal repassada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação por força do art. 15 da Lei n. 9.424/96 integra o orçamento do ente federado destinatário e, portanto, não é considerada receita da União, propriamente dita, mas sim, receita estadual e municipal.*

Além disso, ontem a corré Maria Lúcia Pandolfo, ao ser interrogada, foi inquirida por este Juízo a respeito das *verbas utilizadas pela Prefeitura Municipal para pagamento à Coderp*, tendo ela esclarecido que **diferentes verbas compunham os pagamentos, ou seja, verbas próprias advindas de tributos municipais, assim como de repasses estaduais e federais**. Desta forma, entendo que não estamos lidando com verbas federais propriamente ditas, em que haveria interesse da União em sua eventual recuperação.

Todas as verbas utilizadas para os pagamentos feitos pela Prefeitura Municipal à Coderp e esta à Atmosphaera eram verbas que **integram a receita municipal**, composta de verbas próprias (tributos municipais) e repasses dos governos estadual e federal, de tal sorte que a competência para julgar o feito é da Justiça comum estadual.

Assim, **indefiro** o pedido de remessa dos autos à Justiça Federal.

A par dessas informações, o *Desembargador relator indeferiu pedido liminar*, similar ao formulado neste *writ*, porque: *a)* “a zelosa defensora não aforou pedido de exceção de incompetência na origem” (fl. 34) e inadequado o uso do *habeas corpus* para impugnar decisão em que o Juízo de primeiro grau, de certa forma, reconheceu sua competência para processar o feito (fl. 34); *b)* inviável “no sumário momento de cognição provisória, [...] admitir [...] a incompetência absoluta do Juízo Estadual” (fl. 33); *c)* já muito adiantado o curso do processo, não se mostrando oportuno “postergar o sentenciamento do feito que já se aproxima” (fl. 33).

Em um juízo perfunctório do caso, e *diante do quadro fático-probatório então apresentado*, pareceu-me haver certa plausibilidade jurídica no alegado pela impetrante e, por conseguinte, possível constrangimento ilegal decorrente da manutenção da ação penal sob a jurisdição estadual.

A fim de apreciar o caso com mais vagar e evitar futura anulação de atos processuais, entendi prudente determinar o sobrestamento do feito na origem, conforme requerido pela impetrante.

II. Fundamentos para a concessão da liminar

Ressalto, de plano, que não descurei do entendimento pacífico de que, “prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*” (*HC n. 320.306/SP*, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, 5ª T., DJe 11/10/2016) –, o *Superior Tribunal de Justiça* na esteira do que decidiu a autoridade inquinada coatora e do que vem decidindo o Supremo Tribunal

Federal, ***também não admite que o remédio constitucional seja utilizado com substitutivo do meio impugnativo próprio, sobretudo quando o intento é dirimir questões de índole processual, em clara intervenção precoce do Juízo recursal.***

Tampouco me olvidei que o *habeas corpus*, respeitada a sua autêntica natureza de ação de impugnação autônoma prevista constitucionalmente, *demanda*, para o seu conhecimento, a sua admissibilidade, *imprescindível apresentação, ao Juízo competente para o seu julgamento, de ofensa ou previsão de ofensa direta – e não simplesmente remota – a direito líquido e certo de liberdade*, o que, nas palavras de Pontes de Miranda, é “aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é de si mesmo concludente e inconcusso” (História e prática do habeas corpus, p. 325).

Assinalei que, mesmo se identificada a incompetência do Juízo estadual, os atos praticados não são, de plano, declarados nulos. Ao revés: permanecem hígidos até que a autoridade reconhecida competente decida sobre a sua convalidação ou revogação. Nesse sentido, trouxe à colação os seguintes julgados:

[...] As duas Turmas que compõem a Terceira Sessão desta Col. Corte de Justiça, firmaram entendimento no sentido de que a modificação da competência não invalida automaticamente os atos instrutórios já praticados. Assim, é suficiente a remessa dos autos para a autoridade competente, que poderá ratificá-los, notadamente em razão do disposto no art. 102, I, “c”, da CF e no art. 567, do CPP, a saber: “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”. (RHC n. 82.698/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 21/2/2018)

[...] O entendimento - que passou a ser denominado teoria do juízo aparente - surgiu como fundamento para validar medidas cautelares autorizadas por Juízo aparentemente competente que, em momento posterior, fora declarado incompetente. Contudo, a partir do julgamento do HC 83.006/SP (Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 18/6/2006, DJ 29/8/2003), passou-se a entender que mesmo atos decisórios - naquele caso, a denúncia e o seu recebimento - emanados de autoridades incompetentes *rationae materiae*, seriam ratificáveis no juízo competente. Precedentes do STF. (AgRg no HC n. 393.403/TO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 16/2/2018)

Sem embargo, consoante a firme jurisprudência desta Corte Superior, de fato, “*Compete à Justiça Federal processar e julgar crime relacionado ao desvio de verbas provenientes do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Súmula 208/STJ*” (HC n. 335.512/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 25/5/2016).

Ademais, nos termos da hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] havendo entre os delitos, no mínimo, uma conexão teleológica e probatória (art. 76, II e III, do CPP), é recomendável o deslocamento da competência para [...] a Justiça Federal, em atenção ao enunciado n. 122 da Súmula desta Corte, segundo a qual “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, ‘a’ do Código de Processo Penal” (CC n. 149.026/CE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 2/3/2017)

Assim, diante de todo esse quadro, malgrado não seja o habeas corpus a via escoeireta para suscitar conflito de competência, tampouco para discutir a origem dos recursos financeiros em questão e a sua incorporação ou não ao patrimônio municipal, a proximidade da prolação de sentença, por Juízo que poderia vir a ser declarado incompetente para o julgamento de alguma ou algumas das condutas imputadas ao paciente, levou-me a determinar, ad cautelam, a suspensão da ação penal na origem.

A partir de um minucioso cotejo entre os argumentos embaixadores da pretensão e tudo o mais que dos autos passou a constar, reví a compreensão inicial, *de sorte a propor que a ordem seja denegada e, por conseguinte, cassada a liminar.*

III. Caso concreto

Como já relatado, aduz a impetrante que as condutas imputadas ao paciente envolveriam a malversação de recursos da União, integrantes do FNDE, a atrair a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da lide penal, consoante a pacífica jurisprudência desta Corte Superior.

No ponto, insiste a impetrante que “as provas carreadas nos autos originários em que se aponta o constrangimento ilegal, frisa-se, após o oferecimento da denúncia e a apresentação da resposta à acusação, deixam claro que os contratos foram pagos com recursos da União, cuja fiscalização é submetida aos órgãos federais” (fl. 4).

Alega que “a defesa do Paciente [...] requereu, por meio de certidão pública, via Sistema Eletrônico do Serviço ao Cidadão, solicitação n. 378 – informação sobre a existência ou não de verbas federais constantes nos contratos objetos da Ação Penal” (fl. 5). E ressalta haver respondido “A municipalidade, de forma detalhada, [...]”

que a favorecida CODERP Cia de Desenvolvimento Econômico de Ribeirão Preto no período de 2010 a 2016 utilizou os recursos federais da verba QSE – quota salário educação – para pagamento dos contratos – objeto da ação penal em discussão – no valor de R\$ 27.070.390,11” (fl. 5).

Exalta a jurisprudência deste Superior Tribunal e também precedentes da Excelsa Corte, que confirmam a competência da Justiça Federal para processar e julgar persecuções penais que envolvam o mau uso, a dilapidação de verba federal proveniente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, vinculado ao Ministério da Educação.

De fato, a compressão resumida no *verbete sumular n. 208 desta Corte Superior* é a de que “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.

No ponto, *parte a impetrante*, todavia, *de premissa equivocada*, uma vez que *nem todo numerário entregue aos Estados e Municípios, pela União, por meio do FNDE conduz ao inequívoco interesse direto na sua correta aplicação, de maneira a atrair a competência da Justiça Federal*. Em caso de malversação dos recursos há de se observar, por exemplo, a sua origem constitucional e até mesmo, em consectário lógico simples, a qual erário devem ser restituídos os valores desviados.

Com efeito, o *salário-educação* é uma *contribuição social destinada* ao financiamento de programas, projetos e ações voltados para a educação pública básica, prevista no § 5º do art. 212 da *Constituição Federal*, que assim dispõe:

Art. 212. [...]

§ 5º. A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

Nos termos do *art. 15 da Lei n. 9.424/1996*, que regulamenta esse mandamento constitucional, a receita *total* dessa contribuição social é *arrecadada* – tão somente arrecadada – pela União, que, após a dedução de 1% destinada ao INSS, retém imediatamente 10% líquido para, por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, financiar projetos programas e ações da educação básica. Os 90% líquidos restantes são desdobrados em *duas diferentes quotas (uma federal e outra estadual e municipal)* e *automaticamente disponibilizados* aos seus respectivos destinatários, na seguinte proporção:

Art. 15.

[...]

I – *Quota Federal*, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II – *Quota Estadual e Municipal*, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental.

Assim, tanto os referidos 10% do total líquido da contribuição social em questão quanto a quota federal correspondente a 1/3 dos 90% líquidos restantes integram receita da União. Constitui, pois, inequivocamente, verba federal, sujeita a **fiscalização** dos órgãos públicos federais competentes, **inclusive quando “doadas” aos demais entes da Federação para aplicação em projetos específicos.**

A quota estadual e municipal do salário-educação, por sua vez, nos termos do que dispõe o § 6º do art. 212 da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 2º da Lei n. 9.766/1998, será distribuída proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação. E, consoante o Decreto-Lei n. 1.805/1980, que dispõe sobre as transferências aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios das parcelas ou quotas-partes dos recursos tributários arrecadados pela União, esses recursos “ser-lhes-ão automaticamente entregues pelo Banco do Brasil S.A., observados os percentuais de distribuição ou índices de rateio definidos pelos órgãos federais competentes (art. 1º).

Estabelece, ainda, o *Decreto-Lei n. 1.805/1980* que:

Art. 2º *Os órgãos federais responsáveis pela fixação das alíquotas ou percentagens dos fundos ou transferências, a que se refere o artigo anterior, comunicarão ao Banco do Brasil S.A, até o último dia útil do mês ou do trimestre seguinte ao do recolhimento, conforme o caso, os percentuais de distribuição ou índices de **rateio atribuídos** aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios.*

§ 1º *Recebida a comunicação de que trata este artigo, o Banco do Brasil S.A. creditará, imediatamente, **nas contas especiais nele mantidas** pelas entidades credoras, as quantias devidas com base nos respectivos percentuais de distribuição ou índices de rateio.*

[...]

Art. 3º *Na aplicação dos recursos provenientes das parcelas ou quotas-partes de que trata este Decreto-Lei, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios respeitarão exclusivamente as vinculações a funções de Governo previstas na legislação específica, observadas as peculiaridades locais e as normas, diretrizes e prioridades estabelecidas pela Presidência da República.*

[...]

Art. 4º *A fiscalização da entrega, às entidades credoras, dos recursos de que trata este Decreto-Lei será feita pelo Tribunal de Contas da União [...].*

[...]

Art. 6º *A fiscalização da aplicação dos recursos de que trata este Decreto-Lei será exercida pelo órgão legislativo competente com o auxílio:*

I - dos Tribunais de Contas dos Estados, ou dos Conselhos de Contas dos Municípios, quando houver, ou, ainda, dos Tribunais de Contas Municipais, consoante o disposto nos artigos 13, item IV, e parágrafos, da Constituição

Nessa quadra, o Superior Tribunal de Justiça também tem entendimento consolidado em *Súmula*, a de *n. 209*, segundo a qual “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

Veja-se, ilustrativamente, a ementa do *CC n. 13.574/RS* que, julgado pela 3ª Seção deste Superior Tribunal, em 26/9/1995, sob a relatoria do Ministro *Cid Flaquer Scartezzini*, entre outros, deu origem à edição do enunciado em questão, há 23 anos:

Compete ao Tribunal de Justiça do Estado apreciar e julgar originariamente, os crimes de malversação de verba pública praticado por ex-prefeito municipal no exercício da função.

Como bem lembrado naquela oportunidade:

“O entendimento já pacificado desta eg. Corte é no sentido de que, havendo a verba federal sido repassada ao município, a ele compete geri-la e fiscalizá-la, bem como responsabilizar os que deram a ela destino diverso do que o devido, o que implica na competência da Justiça Comum estadual para apuração dos possíveis crimes” (DJ 23/10/1995).

Trago, ainda, à colação *juulgado mais recente*, também da Terceira Seção desta Corte Superior, a demonstrar a persistência do entendimento:

[...] Uma vez *verificado que os recursos supostamente desviados do salário-educação integravam a quota municipal, sem qualquer repasse por parte dos órgãos federais, não há que falar em conexão direta entre tais delitos a justificar o deslocamento de todo o processo à Justiça Federal. (AgRg no CC n. 145.372/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, DJ 31/5/2016)*

Desse mesmo valioso precedente, extraio o seguinte trecho, de relevo para o deslinde da controvérsia posta neste *mandamus*: “o desvio de verbas provenientes do salário-educação, as quais, apesar de serem arrecadadas pela Receita Federal do Brasil, por força do art. 15 da Lei n. 9.424/96 *integra o orçamento do ente federado destinatário* e, portanto, *não é considerada receita da União* (art. 2º, inciso IV, alínea a, da LC 101/00), mas receita estadual e municipal”.

No ponto, ressalto apenas que tal numerário, de fato, não é aglutinado a todo o orçamento municipal, pois não é de livre aplicação; sua destinação é o investimento em ações voltadas à educação básica. De toda forma, em caso de não utilização do numerário naquele ano, os recursos permanecem depositados na conta especial, isto é, continuam à disposição da municipalidade para aplicação no ano seguinte; não voltam para a União.

O TCU, inclusive, tem entendimento consolidado de que *a competência de fiscalização da União recai tão somente sobre a quota federal de 1/3 do salário educação; sobre os 2/3 da quota estadual e municipal, à União cabe fiscalização tão somente da entrega desse montante à respectiva esfera beneficiada*. Com o aporte desses recursos nos cofres públicos pertinentes, cabe *aos Tribunais de Contas dos Estados, aos Conselhos de Contas dos Municípios, quando existentes, e/ou aos Tribunais de Contas Municipais, auxiliar o órgão legislativo competente no supervisionamento da devida aplicação desses recursos*.

Nesse sentido, à guisa de exemplo (grifei):

Tomada de contas especial. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Prefeitura Municipal de Canoas/RS. Aquisição de uniformes escolares. Irregularidades. Recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. FNDE. Processo arquivado sem julgamento do mérito. Unanimidade.

1. A matéria encaminhada não se insere na competência do Tribunal de Contas da União, uma vez que os valores utilizados para o custeio do objeto em questão correspondem ou a recursos oriundos do tesouro do próprio município (Fonte 0001) ou à *quota municipal de 2/3 do salário educação que, transferida automaticamente pelo FNDE, **passa a integrar o patrimônio municipal*** (Fonte 1006);

2. Consoante os termos da Decisão 51/2002-TCU-Plenário e do Decreto-Lei 1.805/80, **os recursos provenientes da Fonte 1006 são estaduais ou municipais, a depender da esfera beneficiária, cuja fiscalização compete ao respectivo tribunal de contas;**

3. Ainda em conformidade com a Decisão 51/2002-TCU-Plenário, a competência de fiscalização da União recai sobre a quota federal de 1/3 do salário educação e, sobre os 2/3 da quota estadual e municipal, *realiza-se tão somente a fiscalização de entrega desse recursos aos respectivos credores, estados e municípios, mas não quanto à destinação final desses recursos no âmbito da esfera beneficiária da transferência automática*, consoante disposto no art. 4º do Decreto-Lei 1.805/80. (Acórdão n. 3.173/2014, Plenário/TCU, Rel. Ministro Bruno Dantas, sessão de 19/11/2014).

Nesse diapasão, há de se ressaltar: embora a malversação de verbas complementares, oriundas do FUNDEF/FUNDEB, acarrete a competência da Justiça Federal, *havendo, na origem, elementos a demonstrar que os recursos supostamente desviados do salário-educação correspondiam à quota municipal, é da competência da Justiça Estadual o processamento e julgamento do suposto desvio dessas verbas.*

Diante desse quadro, *na situação posta sob exame, não identifiquei ilegalidade no processamento e julgamento da causa pela Justiça Estadual, se os recursos supostamente desviados não foram transferidos voluntariamente pelo FNDE à Municipalidade a partir da quota federal do salário-educação – ou de outra fonte de recursos federais –, mas transferidos por constituírem um direito, constitucionalmente previsto, a uma quota-parte da contribuição social estabelecida no § 5º do art. 212 da Constituição Federal.*

E, consoante as informações prestadas a esta Corte Superior, esclareceu o Juízo de primeiro grau – com a propriedade que lhe compete na imersão vertical sobre fatos e provas, incabível nesta ação constitucional de cognição sumária –, que (fls. 1.238-1.239, acompanhada dos documentos de fls. 1.263-1.271, destaquei):

[...] as testemunhas Carmem Lúcia Gouveia Zeoti e Rosemeire Buosi, (funcionárias da Secretaria Municipal da Fazenda, ouvidas em Juízo no dia 27/07/2017), ao serem inquiridas a respeito de quais verbas eram utilizadas nos pagamentos realizados à CODERP, afirmaram expressamente que as notas fiscais emitidas pela CODERP eram pagas com recursos próprios (ou seja, do Município) e recursos estaduais (fls. 8.811/8.819), conforme depoimentos abaixo transcritos:

Testemunha de acusação Carmem Lúcia Gouveia Zeoti:

[...]Tinha recurso do ensino, com recurso próprio, da receita de impostos, e também tinha do Estado, com o QESE. Então pagava uma parte com recurso próprio da Prefeitura, da educação, e o recurso do Estado, QESE.

Testemunha de acusação Rosemeire Buosi:

[...] Como já vinha liquidado dentro do recurso, muitas vezes, normalmente, da Prefeitura o volume era pequeno, que era recurso próprio, só podia sair do recurso próprio, os tributos municipais. Mas, dentro desse montante, tinha notas da educação, que saía do recurso próprio da educação, que seria os 25% que a Prefeitura, por lei, tem que depositar na conta da educação. Tem o recurso do QESE e, normalmente, do Federal não saía. Geralmente pagava sempre com esses recursos, municipais e estaduais.

Na data de 11 de maio de 2018, o *Ministério Público juntou aos autos cópia do requerimento que formulou junto à Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos pedindo informações a respeito das verbas do Salário Educação que foram utilizadas para pagamento dos contratos 25/11, 59/15, 79/16, firmados entre a Secretaria da Educação e a CODERP, tendo o Secretário Municipal da Fazenda (Manoel de Jesus Gonçalves) e a Diretora do Departamento de Despesa e Orçamento da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto (Ednéa Eliana dos Santos), informado que **nos três contratos acima referidos foram utilizadas apenas Recursos Municipais e Quota Estadual do Salário Educação-QESE da Lei n. 10013/1998, não havendo uso ou mesmo recebimento da Quota Federal do Salário Educação, (que corresponde a 1/3 dos recursos gerados em todas as Unidades Federadas, o qual é mantido no FNDE, que o aplica no financiamento de programas e projetos voltados para a educação básica), não havendo, nos três contratos acima referidos, prestação de contas per ante o Tribunal de Contas da União, sendo que as contas foram prestadas exclusivamente ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.***

Note-se Sr. Ministro, que **não havia convênio específico ou projeto desenvolvido pelo Município com verbas Federais e que estivessem sujeitos à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União-TCU.**

S.M.J. os repasses obrigatórios (artigo 212 da Constituição Federal) do Salário-Educação, recolhido ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE feitos aos Estados e Municípios (Quota Estadual e Municipal) ficam sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado ou do município, onde houver e aos órgãos do Ministério Público estadual.

Segundo a Súmula 208 do STJ, somente será da competência da Justiça Federal, quando houver desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão Federal, o que, S.M.J., não é a hipótese dos autos.

[...]

Concluo, portanto, pela suficiência de elementos de convicção a atestar a competência da Justiça Estadual para processar e julgar *a ação penal a que se refere este writ*.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, *casso a liminar concedida e denego a ordem*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 95.595-PR (2018/0050896-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Alex Sandro Magalhaes dos Santos

Advogado: Fernando Jorgeto da Silva - PR076369

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. *Operação fronteira/resposta integrada*. Roubos com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, latrocínio, sequestro ou cárcere privado. Crimes iniciados por brasileiro(s) no exterior (Paraguai) e continuados em solo pátrio com prática de novos crimes graves. Alegação de incompetência da Justiça Federal nacional e de negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Parecer acolhido.

1. Caso em que o Juízo Federal julgou improcedente a exceção de incompetência arguida pela defesa do ora recorrente, acusado de praticar os crimes tipificados nos arts. 157, § 3º, e 7º, II, *b* (roubo circunstanciado e latrocínio) e 148 (sequestro ou cárcere privado), do Código Penal, ao fundamento de que os fatos praticados no Brasil, enquanto desdobramentos do latrocínio inicialmente perpetrado no Paraguai, justificariam a fixação da competência na Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR, com jurisdição sobre os locais onde se deram os aludidos confrontos e a prática das outras infrações (art. 70 do

CPP). Também motivou seu *decisum* na existência de conexão entre os crimes supostamente praticados pelo recorrente e pelos corréus (art. 76, I, II, e III, do CPP), devendo ainda ser avaliada a questão da continência, pois todos os acusados nos autos da ação penal são acusados pela mesma infração (art. 77, I, do CPP).

2. Diante do complexo contexto dos fatos que deram ensejo à ação penal, não há falar em negativa de prestação jurisdicional por não ter o Tribunal *a quo* conhecido do *writ* ajuizado para questionar aquele *decisum*. De fato, a ilegalidade apta a justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal. E, na espécie, para se concluir pela incompetência da Justiça Federal de Foz do Iguaçu seria imprescindível o revolvimento de fatos e de provas.

3. No caso, não há constrangimento ilegal evidente, pois há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dispondo que *aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7º, inciso II, alínea b, e § 2º, alínea a, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional e que o crime cometido, no estrangeiro, contra brasileiro ou por brasileiro, é da competência da Justiça Brasileira e, nesta, da Justiça Federal, a teor da norma inserta no inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal, por força dos princípios da personalidade e da defesa, que, ao lado do princípio da justiça universal, informam a extraterritorialidade da lei penal brasileira (Código Penal, artigo 7º, inciso II, alínea b, e parágrafo 3º) e são, em ultima ratio, expressões da necessidade do Estado de proteger e tutelar, de modo especial, certos bens e interesses.*

4. 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Fernando Jorgeto da Silva pelo recorrente, Alex Sandro Magalhaes dos Santos.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 2.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Alex Sandro Magalhaes dos Santos* contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo Regimental no HC n. 5061277-84.2017.4.04.0000, cuja ementa é a seguinte (fl. 46):

Agravo regimental. Decisão que negou seguimento a *habeas corpus*. Ausência. Constrangimento ilegal.

Não é possível, em sede de *habeas corpus*, ação constitucional que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, de rito célere e cognição sumária, afirmar constrangimento ilegal em razão de decisão que rejeitou exceção de incompetência, máxime quando a análise da questão demandar incursão na seara fático-probatória, vedada na via estreita do *writ*.

Alega o recorrente que ocorreu negativa de prestação jurisdicional e aponta a incompetência do Juízo Federal *a quo* para processar e julgar a Ação Penal n. 5004772-19.2017.7.4.04.7002.

Argumenta, em síntese, que, *da análise do material angariado e colacionado aos autos, a Defesa percebe, e por oportuno requer, que seja analisada a devida competência territorial para o exercício da jurisdição com relação aos fatos apontados pela acusação em sua denúncia – ou aditamento* (fl. 101).

Assevera que, *muito embora seja o Juízo Federal de Foz do Iguaçu/PR aquele em que seguem tramitando os autos, o que se percebe, no entanto, é que, conforme a narrativa ministerial, os fatos do crime mais grave, qual seja, o latrocínio, ocorreram em Ciudad del Este, no vizinho estado nacional paraguaio. Assim, [...] torna-se competente o estado paraguaio para a apuração, investigação, tramitação e eventual execução de pena dos imputados* (fl. 105).

Defende que *não basta que seja consolidada uma operação envolvendo os dois estados nacionais para que se atraia a competência em matéria penal para o Brasil. A investigação, ou operação, não é critério modificativo de competência* (fl. 106).

Para o recorrente, caso não se admita a proposta regra da incompetência territorial ora suscitada, os autos devem ser *remetidos à capital do estado sul mato-grossense para a persecução penal* (fl. 108), ante a aplicação do art. 88 do Código de Processo Penal.

Sustenta que tal regra também se amolda perfeitamente à hipótese, *visto que o delito fora cometido fora do território brasileiro, pois em Ciudad del Este-Paraguai, configurando outro critério mais idôneo para a determinação de competência do que aquele firmado pela autoridade coatora de 1ª instância* (fl. 108). Tendo o imputado residido em Ponta Porã/MS, ele deve ser processado e julgado em Campo Grande/MS. Caso entendam que o imputado residira por último no estado do Paraná, devem, portanto, ser *os autos remetidos ao juízo da capital deste estado membro da federação, mas em hipótese algum ser processado na comarca de Foz do Iguaçu, ante a ausência de previsão legal para a determinação desta competência à cidade fronteiriça* (fl. 109).

Requer o imediato sobrestamento do feito principal e, ao final, busca o provimento do recurso *reconhecendo a incompetência do juízo de Foz do Iguaçu/PR, ante o critério da territorialidade, da natureza da infração e do último local em que residira o Recorrente, por serem os únicos critérios idôneos para a fixação de competência ao caso dos autos* (fl. 110).

Sem contrarrazões (fl. 182), o recurso foi admitido na origem (fls. 185/186).

Indeferi o pedido liminar (fls. 200/201).

Opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso, conforme este resumo (fl. 205):

Penal. Processo Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Roubos qualificados, latrocínio, sequestro ou cárcere privado. Crimes iniciados por brasileiro(s) no exterior (Paraguai) e continuado em solo pátrio com prática de novos crimes graves. Competência da Justiça Federal nacional. Artigo 7º, inciso II, alínea b, e § 2º, do CP. Natureza do crime. Existência de interesse nacional (artigo 109, da CF/88). Necessidade de trâmite da ação penal perante a Justiça Federal, in casu a 4ª Vara da Subseção Judiciária Federal em Foz do Iguaçu/PR, local de consumação de vários crimes conexos. Artigo 70, do CPP. Jurisprudência assente. Parecer pelo desprovimento do recurso.

Na origem, os autos da ação penal estão conclusos para sentença desde 18/7/2018.

Os presentes autos foram a mim distribuídos por prevenção. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes feitos que estão vinculados à denominada *Operação Fronteira/Resposta Integrada*: HC n. 430.263, RHCs n. 96.597, 95.614, 95.613 e 88.721, este já julgado pela Sexta Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): De início, verifiquei que prestação jurisdicional houve, mas contrária à pretensão do ora recorrente.

A defesa do recorrente opôs a Exceção de Incompetência Criminal n. 5007939-44.2017.4.04.7002, que foi julgada improcedente pelo Magistrado *a quo* no dia 9/10/2017.

Diante dessa decisão, optou por impetrar *habeas corpus*, ao qual o Desembargador Federal Leandro Paulsen negou seguimento, entendendo que (fls. 25/26):

[...]

o magistrado de origem julgou improcedente a exceção de incompetência, ao fundamento de que os fatos praticados no Brasil, enquanto desdobramentos do latrocínio inicialmente perpetrado no Paraguai, justificariam a fixação da competência na Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR, com jurisdição sobre os locais onde se deram os aludidos confrontos e a prática das outras infrações (art. 70 do CPP).

Ressaltou o Juízo *a quo*, também, a conexão entre os crimes supostamente praticados pelo paciente e pelos corréus (art. 76, I, II, e III, do CPP), devendo ainda ser avaliada a questão da continência, pois todos os acusados nos autos da ação penal supracitada são acusados pela mesma infração (art. 77, I, do CPP).

A ilegalidade apta a justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal e inviável no âmbito estreito do *writ*, o que não ocorre na hipótese em tela.

[...]

Nesse contexto, inadmissível o conhecimento da ação mandamental.

[...]

A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou essa conclusão ao negar provimento ao agravo regimental.

Embora não tenham sido juntados a estes autos nem a denúncia nem o respectivo aditamento, levando em consideração as palavras do Magistrado de piso, é possível descrever assim os fatos que derem ensejo à ação penal em questão e à acusação do recorrente pela prática dos crimes tipificados nos arts. 157, § 3º, e 7º, II, *b* (roubo circunstanciado e latrocínio) e 148 (sequestro ou cárcere privado), do Código Penal (fls. 152/153):

[...]

A referida Ação Penal versa sobre os fatos relacionados ao noticiado assalto à transportadora de valores "Prosegur", ocorrido na madrugada do dia 24/04/2017, em Ciudad Del Este/Paraguai, quando criminosos fortemente armados invadiram a sede daquela transportadora e roubaram elevada quantia em dinheiro (mais de US\$ 11 milhões de dólares).

Na ação em comento, além de armas de grosso calibre (fuzis de longo alcance, pistolas etc.), foram utilizados explosivos para ter acesso ao dinheiro e barricadas com carros incendiados para conter a polícia. Quando da fuga do local em direção a Hernandarias/Paraguai, os assaltantes espalharam nas ruas dispositivos conhecidos como "miguelitos" - utilizados para furar pneus de veículos/viaturas -, incendiaram vários automóveis, trocaram tiros com a polícia e acabaram por ferir de morte um policial paraguaio.

Atto contínuo, parte dos envolvidos no assalto se deslocou, via Lago de Itaipu, utilizando embarcações, até as cidades de São Miguel do Iguazu/PR e Itaipulândia/PR (que margeiam o Lago de Itaipu). Durante as buscas realizadas na região, houve diversos confrontos e trocas de tiros entre policiais (Policiais Federais, Policiais Rodoviários Federais, Policiais Militares e Policiais Cíveis) e bandidos, tomada de cidadãos da região como reféns e, também, roubo de veículos. Alguns dos supostos envolvidos foram presos, tendo havido, ainda, a apreensão de diversas armas de grosso calibre, grande soma em dinheiro, celulares, explosivos, munições etc. os envolvidos, quando de suas fugas, havia se embrenhado em matagais e plantações agrícolas da região, ali permanecendo por alguns dias, justamente para se furtarem da ação policial.

Segundo relata a denúncia, o excipiente Alex Sandro foi preso (no IPL n. 5003330-18.2017.4.04.7002) por suposto envolvimento no assalto praticado no Paraguai, bem como por ter, em tese, mantido em cárcere privado uma família residente na zona rural do município de Itaipulândia/PR.

As circunstâncias da prisão em flagrante e os depoimentos dos condutores, das testemunhas e da vítima, bem como o interrogatório do flagrado em sede policial, além de diversos laudos de exame pericial, permitiram que o Ministério

Público Federal concluiu pelo envolvimento dele nos fatos descritos acima, motivo pelo qual ofereceu denúncia em seu desfavor na Ação Penal n. 5004772-19.2017.4.04.7002.

Conforme consta nos supramencionados autos, Alex Sandro foi preso em Cascavel/PR, quando policiais militares que estavam prestando apoio à captura de suspeitos do roubo à Prosegur abordaram um ônibus, na Avenida Tancredo Neves, naquela cidade. Na ocasião, as suspeitas em relação ao excipiente foram motivadas porque ele tinha vários arranhões nas pernas, pés, mãos e braços, além de hematomas no braço.

Ainda segundo consta dos autos, posteriormente, foram recebidas informações de que, no município de Itaipulândia/PR, uma família havia sido mantida como refém por um indivíduo com as características físicas do denunciado (ora excipiente). Em razão disso, uma equipe de policiais militares se deslocou até Itaipulândia/PR e mostrou para uma das vítimas uma foto dele, o qual foi imediatamente reconhecido como sendo a pessoa responsável pela manutenção deles em cativeiro e também por ter obrigado um dos integrantes da família a levá-lo até a rodoviária da cidade de Medianeira/PR.

Por fim, a denúncia narra que, na residência da família mantida em cárcere privado, foram deixados pelo réu (ora excipiente) um fuzil AK-47, carregadores, munições e uma jaqueta camuflada.

Como se vê, os fatos que deram supedâneo ao oferecimento da denúncia perante este Juízo são complexos e envolvem análise mais aprofundada quanto à competência para processá-los e julgá-los.

[...]

Mesmo diante de tão complexo contexto, o Juízo Federal *a quo* chegou à conclusão – respaldado pela manifestação do *Parquet* – de *que estão preenchidos, no caso concreto, todos os requisitos previstos no art. 7º, II, “b”, c/c § 2º, do Código Penal, restando autorizada, portanto, a aplicação da lei brasileira ao crime cometido no estrangeiro* (fl. 156).

Para S. Exa., é descabido *cogitar do encaminhamento dos autos ao Paraguai, vez que plenamente possível o processamento do feito pela jurisdição nacional. Tanto mais porque o crime de latrocínio pelo qual Alex Sandro foi denunciado – conforme suas próprias palavras – ocorreu em linhas gerais no exterior, mas, seus desdobramentos se deram principalmente no Brasil, nesta região (afeta à competência da Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR). Com efeito, segundo relatado na peça acusatória da ação penal em comento, durante a fuga, após o assalto em Ciudad Del Este/Paraguai, enquanto o excipiente e os demais envolvidos adentravam em território nacional, houve confrontos com autoridades brasileiras (policiais militares,*

federais, rodoviários federais) e, inclusive, no caso do excipiente, o sequestro/cárcere privado da família em Itaipulândia/PR, entre outras ocorrências (fl. 156).

O Magistrado de piso levou em conta também o fato de que o caso do ora recorrente *não poderia ser separado dos demais denunciados, visto que há nítida conexão entre os crimes (art. 76, I, II, e III, do CPP). Há, ainda, continência a ser avaliada, visto que todos os acusados nos autos da ação penal supracitada são acusados pela mesma infração (art. 77, I, do CPP) (fl. 157). E resume (fl. 157):*

[...] tem-se que os fatos praticados no Brasil, enquanto desdobramentos do latrocínio inicialmente perpetrado no Paraguai, justificariam a fixação da competência na Justiça Federal de Foz do Iguaçu/PR, com jurisdição sobre os locais onde se deram os aludidos confrontos e a prática das outras infrações (art. 70 do CPP). Nesse sentido, aliás, destaque-se que, além do excipiente, outros réus na Ação Penal n. 5004772-19.2017.4.04.7002 são acusados de crimes praticados integralmente em território brasileiro (roubo de veículos, uso de documentos falsos e sequestro ou cárcere privado), tudo na linha de continuidade da fuga iniciada no Paraguai.

[...]

Não discordo da conclusão da Corte Regional de que o *writ* não é o meio próprio para se debater a competência na hipótese sob exame. Realmente, as circunstâncias fáticas são muito peculiares e para se chegar a alguma conclusão diferente da exposta pelo Juízo Federal *a quo* seria imprescindível esquadriñar fatos e provas.

De qualquer maneira, vale registrar o substancioso parecer do Subprocurador-Geral da República, que trata da temática de forma bem percuciente. Com esta manifestação estou de pleno acordo (fls. 207/209):

[...]

A defesa requer a declaração de incompetência da Justiça brasileira e remessa dos autos ao país vizinho para prosseguimento da ação penal instaurada (embora a denúncia e seu aditamento não tenham sequer sido juntados) por crimes cometidos por cidadão brasileiro com base no artigo 69, inciso I, do CPP que determina competência jurisdicional para crimes no Brasil ao juízo do lugar da infração.

Ora, *ictu oculi* verifica-se que a norma invocada aplica-se a crimes cometidos em território pátrio, e na presuntiva descrição fática que deva constar na *opinio delicti* há de se asseverar constarem crimes graves praticados em solo brasileiro, descabendo trazer regra de extraterritorialidade de delitos cometidos por nacionais, já que determina a lei sujeição de brasileiros à jurisdição nacional

ainda que os crimes sejam perpetrados no exterior, *ut* artigo 7º, inciso II, alínea *b*, da CP, cujo parágrafo segundo alinhava requisitos a que se opere transferência de competência para o Brasil de crimes cometidos em outro país, o que afasta a tese defensiva, aliás já dirimida/rejeitada na exceção de incompetência supra mencionada.

In casu os crimes iniciaram no Paraguai, na fronteira, prosseguindo fuga e novos crimes graves em solo brasileiro até para manter impune a “cinematográfica ação” criminosa, com troca de tiros com autoridades policiais tanto lá quanto cá e roubos, sequestro e cárcere privado de civis locais; a regra geral pátria é apurar-se o crime no local em que ocorreu, similar ao artigo 168, 1º, do Código Penal paraguaio ao dispor sobre roubo com resultado morte; permitindo-se extradição nos termos do artigo 2º, inciso, do Decreto n. 4.975/94 (acordo de extradição entre Estados Parte do Mercosul).

Não há notícia nos autos de que tenha havido condenação, absolvição, perdão ou extinção da punibilidade delitiva em prol do ora recorrente, quer pela Justiça paraguaia, quer brasileira, não havendo justa causa a que se coarctar ação penal regular e devidamente instaurada no juízo nacional competente, não cabendo vislumbrar ou defender hipóteses inexistentes de *bis in idem*, litispendência, prevenção ou incompetência da Justiça Federal brasileira, por patente inexistir violação aos artigos de lei invocados.

Cumpridos os requisitos do artigo 7º, inciso II, alínea *b*, e seu § 2º, do CP, não existe óbice a que prossiga a apuração de fatos criminosos e de responsabilidade(s) penais na jurisdição federal pátria, por aplicar-se *in casu* a lei brasileira a crimes cometidos no estrangeiro cujos efeitos (além de outros graves crimes ocorridos em solo nacional) terem alcançado o Brasil, revelando-se despicendas as renitentes teses defensivas. Veja-se, exemplificativamente, este precedente:

*Conflito negativo de competência. Homicídios qualificados. Crimes perpetrados por brasileiro, juntamente com estrangeiros, na Cidade de Rivera - República Oriental do Uruguai. Região fronteira. Vítimas. Policiais civis brasileiros. Residentes em Santana do Livramento/RS. Extraterritorialidade. Agente brasileiro, que ingressou no País. Último domicílio. Cidade de Ribeirão Preto/SP. O iter criminis ocorreu no estrangeiro. 1. Os crimes em análise teriam sido cometidos por brasileiro, juntamente com uruguaios, na cidade de Rivera - República Oriental do Uruguai, que faz fronteira com o Brasil. 2. Aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7º, inciso II, alínea *b*, e § 2º, alínea *a*, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional. 3. Nos termos do art. 88 do Código de Processo Penal, sendo a cidade de Ribeirão Preto/SP o último domicílio do indiciado, é patente a competência do Juízo da Capital do Estado de São Paulo. 4. Afasta-se a competência da Justiça Federal, tendo em vista a inexistência de qualquer hipótese prevista no art.*

109 da Carta da República, principalmente, porque todo o *iter criminis* dos homicídios ocorreu no estrangeiro. 5. Conflito conhecido para declarar a competência de uma das Varas do Júri da Comarca de São Paulo/SP.

(STJ, 3ª Sc, CC 104.342/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 26/08/2009, gizado).

Eventual entendimento contrário, ademais, implicaria obrigatória extradição de nacional, o que se configura inconstitucional por frontalmente chocar-se contra preceito fundamental inserto no artigo 5º, inciso LI, da CF/88, que veda a extradição de qualquer cidadão brasileiro, excetuando o naturalizado.

Por outro viés, alega a defesa – caso se mantenha a competência da Justiça brasileira – dever-se atender à regra do domicílio do acusado, nos termos do artigo 88, do CPP, sendo competente o juízo estadual da comarca de Ponta Porã/MS, onde presuntivamente residi(r)a o ora recorrente, haja vista falta de interesse da União nos termos do artigo 109, inciso I, da CF/88; ora, a regra interna aplica-se como segundo critério de definição de competência jurisdicional, olvidando-se a defesa de que não há como afastar o primeiro inciso quanto à regra geral que afirma ser competente o juiz do foro do local do crime, e mesmo *in casu* não se trata de mera competência territorial mas material, haja vista a natureza dos crimes cometidos, segundo leciona Carlos Frederico Coelho Nogueira:

O art. 88 do CPP soluciona o problema da competência nos casos em que é aplicável a lei penal brasileira a crimes perpetrados no Exterior (...). Essas regras devem ser conjugadas com as que estabelecem a competência material das diversas justiças em que se divide o Poder Judiciário brasileiro. Assim sendo, se o crime for de competência da Justiça Federal (art. 109 da CF), competente será qualquer das varas criminais federais situadas na seção ou subseção judiciária à qual pertencer a capital do Estado em que por último tiver residido o acusado. Se nunca tiver residido no Brasil, competente será qualquer das varas criminais federais existentes em Brasília. A distribuição (art. 75 do CPP) determinará a competência em havendo mais de uma vara criminal federal na mesma seção ou subseção judiciária. Tratando-se de delito de competência da Justiça comum local, o foro será o de qualquer das varas criminais estaduais da capital do Estado em que residiu o acusado ou qualquer das varas criminais locais da Justiça do Distrito Federal.

Patente o interesse do Estado Brasileiro (União) haja vista a transnacionalidade ínsita à “cinematográfica ação” criminosa, sendo inegável a obrigação perante outros Estados de processar brasileiros que cometam delitos no exterior e busquem eximir-se de responsabilidade adentrando solo pátrio, pois é a República Federativa do Brasil que tem personalidade de Direito Internacional Público; nos moldes do artigo 109, IV da CF/88, ademais, “cabe ao Estado Nacional responder perante a comunidade internacional pelos ilícitos nas quais incorre”.

Novamente lapidar se mostra este aresto da Corte Superior:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Competência. Homicídio cuja execução se iniciou no Brasil e o resultado se ultimou no exterior. Princípio da extraterritorialidade. Competência da Justiça Federal. 1. O crime cometido, no estrangeiro, contra brasileiro ou por brasileiro, é da competência da Justiça Brasileira e, nesta, da Justiça Federal, a teor da norma inserta no inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal, por força dos princípios da personalidade e da defesa, que, ao lado do princípio da justiça universal, informam a extraterritorialidade da lei penal brasileira (Código Penal, artigo 7º, inciso II, alínea b, e parágrafo 3º) e são, em ultima ratio, expressões da necessidade do Estado de proteger e tutelar, de modo especial, certos bens e interesses. O atendimento dessa necessidade é, precisamente, o que produz o interesse da União, em detrimento do qual o crime cometido, no estrangeiro, contra ou por brasileiro é também praticado. 2. Por igual, compete à Justiça Federal julgar os crimes “previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.” (Constituição Federal, artigo 109, inciso V). 3. Julgados já os executores do homicídio, a competência para o julgamento do mandante, quando questionada isoladamente, resta insulada no tema da continência. 4. Ordem denegada. (STJ, 6ª T, HC 18.307/MT, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 10/03/2003, p. 313, gizado).

[...]

Pelo exposto, restando descabido alegar competência alienígena e por restar patente o interesse da União, mister ratificar-se a competência do juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária Federal de Foz do Iguaçu/PR por ser o lugar em que se desdobrara o latrocínio iniciado no Paraguai e terem acontecido outros crimes graves afetos a sua jurisdição nos moldes do artigo 70 do CPP.

[...]

Por todo o exposto, *nego provimento* ao recurso em *habeas corpus*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 99.735-SC (2018/0153349-8)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: A C DA C

Recorrente: D C DA C

Advogados: Henrique Labes da Fontoura - SC012033
César Castellucci Lima e outro(s) - SC022369
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Autorização judicial de espelhamento, via *WhatsApp Web*, das conversas realizadas pelo investigado com terceiros. Analogia com o instituto da interceptação telefônica. Impossibilidade. Presença de disparidades relevantes. Ilegalidade da medida. Reconhecimento da nulidade da decisão judicial e dos atos e provas dependentes. Presença de outras ilegalidades. Limitação ao direito de privacidade determinada sem indícios razoáveis de autoria e materialidade. Determinação anterior de arquivamento do inquérito policial. Fixação direta de prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.

1. Hipótese em que, após coleta de dados do aplicativo *WhatsApp*, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão judicialmente autorizada de celular e subsequente espelhamento das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

2. O espelhamento das mensagens do *WhatsApp* ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado *WhatsApp Web*. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (*Quick Response*), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar.

3. Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta *WhatsApp Web* foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se

por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da *internet*, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada.

4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

5. Cumpre assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por *e-mail*, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo *WhatsApp*, com o propósito de periciar seu conteúdo.

6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1º, da Lei n. 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

7. Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma *online*, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura.

8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica.

9. Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*).

10. Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura – embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto –, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.

11. Hipótese concreta dos autos que revela, ainda, outras três ilegalidades: (a) sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida foi autorizada quatro meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos; (b) ausência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal a respaldar a limitação do direito de privacidade; e (c) ilegalidade na fixação direta do prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período.

12. Recurso provido, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via Código QR, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam

ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, 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), 27 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 12.12.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, sem pedido liminar, interposto por A. C. DA C. e D. C. DA C. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no HC n. 4011613-76.2018.8.24.0000.

Consta dos autos que, após coleta de dados do aplicativo *WhatsApp*, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão do celular de A. C. DA C. e subsequente espelhamento, via QR Code, das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram, em 22/02/2018, decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

O *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal de origem foi denegado, em acórdão assim ementado (fl. 147):

Habeas corpus Crimes contra a saúde e a administração públicas. Tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Associação para tal finalidade e corrupção ativa (Lei 11.343/2006. Arts. 33, caput, e 35, caput combinado com art. 40, III, e Código Penal. Art. 333, parágrafo único). Decretação da prisão preventiva. Alegada nulidade da decisão que determinou interceptação de mensagens transmitidas e recebidas por

aparelho celular de um dos pacientes. Improcedência. Possibilidade de captação de comunicações telefônicas de qualquer natureza. Requisitos presentes. Razoáveis indícios da autoria de injustos sancionados com pena de reclusão e impossibilidade de obtenção de provas por outros meios. Estipulação de prazo para a diligência superior àquele previsto na Lei 9.296/1996 que, em princípio, não macula o monitoramento, face à possibilidade de sucessivas prorrogações. Representação da autoridade policial e decisão que a defere devidamente fundamentadas. Pedido de dilação temporal da providência não assinado digitalmente pelo Delegado de Polícia. Irrelevância. Utilização de endereço de correio eletrônico funcional. Inexistência de dúvida sobre a identidade do remetente. Ordem denegada.

No presente recurso, a Defesa reitera integralmente as teses suscitadas no *writ* originário, a saber:

(I) ofensa aos princípios da reserva legal, estrita legalidade, segurança jurídica e moralidade, em razão da *ausência de previsão legal* do espelhamento de mensagens em outro aparelho quando o código QR é originado pelo mecanismo alvo e submetido a leitura, mediante acesso físico do aparelho alvo (fl. 175);

(II) inviabilidade de *analogia* com a interceptação telefônica, por se tratar de acesso remoto a todo o aplicativo do *WhatsApp*, ou seja, conversas passadas, presentes e futuras, “podendo, inclusive, serem editadas, alteradas, enviadas, excluídas, enfim” (fl. 177);

(III) falta de advertência “do direito constitucional de ficar calado e não produzir prova contra si mesmo e muito menos do direito de não permitir que os policiais acessem seu aparelho celular para espelhamento (para a própria operacionalização já há violação da privacidade e intimidade)” (fl. 179);

(IV) ausência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, tendo em vista que *já havia sido deferido, pelo Jutzo, o pedido ministerial de arquivamento do inquérito policial*;

(V) insuficiência de *denúncia anônima* com o objetivo de implementar, sem qualquer diligência prévia, a medida de espelhamento do *WhatsApp*;

(VI) vedação de investigação por prospecção, haja vista “a medida de penetração da privacidade e vida privada da pessoa, como *ultima ratio*, somente [ser] possível para fins de investigação criminal; não para prospecção, arapongagem ou bisbilhotagem para saber se a pessoa está ou não cometendo crime” (fl. 185), mormente quando há *prévio arquivamento* do inquérito policial;

(VII) ausência de demonstração no sentido de que a prova não poderia ter sido obtida por outro meio;

(VIII) ofensa ao art. 244 do Código de Processo Penal, por ter a Autoridade Policial abordado o Recorrente A. C. DA C. sem que este estivesse “praticando qualquer ilícito e sem indício concreto e contemporâneo da prática de crime” (fl. 187);

(IX) *ausência de autorização*, por parte da decisão do Juízo de primeira instância, de interceptação de comunicações telefônicas, de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, por ter sido utilizada a expressa “quebra dos dados do celular” e por não terem sido indicados meios de operacionalização e execução das medidas;

(X) *falta de fundamentação* na decisão constritiva, por não terem sido demonstrados indícios de autoria ou participação em infração penal, tampouco de materialidade do delito;

(XI) ausência de pedido de *prorrogação do prazo*, pois formulado via correio eletrônico, sem assinatura digital e sem qualquer arquivo anexo;

(XII) ausência de fundamentação na decisão que determinou a prorrogação da medida, tendo em vista que a Lei da Interceptação Telefônica, por analogia, exige, para a prorrogação, relatório circunstanciado dos elementos colhidos, devidamente instruído, suficientes a justificar a dilação;

(XIII) *excesso de prazo* da medida, por ter a medida sido fixada diretamente pelo período de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por mais 60 (sessenta);

(XIV) contaminação das demais provas, por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

(XV) ofensa ao Pacto de San José da Costa Rica e ao caso *Escher e outros v. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a revelar necessidade de controle de convencionalidade.

Requer o provimento de recurso, para que seja declarada a nulidade do meio de obtenção de prova consistente no espelhamento de mensagens via *WhatsApp Web*, da decisão judicial que autorizou a medida, do correio eletrônico utilizado para solicitar a prorrogação da medida, e do prazo do prazo de 60 (sessenta) dias fixado para a execução da medida.

Requer, ainda, seja declarado “contaminado o ato seguinte, bem como indiciamento, prisão preventiva e busca e apreensão dos recorrentes, contaminando-se todos os elementos informativos colhidos, desentranhando-os dos autos, trancando-se o inquérito policial ou a ação penal, por falta de justa causa” (fl. 203).

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso, e, nessa extensão, pelo seu desprovimento, em parecer assim ementado (fls. 236-237):

Ementa: Recurso em *habeas corpus*. Quebra de sigilo de dados telefônicos. *WhatsApp*. Acesso remoto. Origem em denúncia anônima. Vedação de investigação baseada em prospecção. Desrespeito ao art. 244 do CPP. Determinação de interceptação telefônica de ofício. Matérias que não foram objeto de debate no Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Não conhecimento. Medida prevista no ordenamento jurídico. Decisão fundamentada. Prazo (60 dias) e prorrogação deferidos à margem da legislação. Inexistência de limite legal quanto à duração do monitoramento. Constrangimento ilegal não caracterizado.

1. A ausência de exame pelo Tribunal *a quo* das teses de que a quebra de sigilo de dados telefônicos se deu com base em denúncia anônima, com objetivo de investigação prospectiva, em desrespeito ao art. 244 do CPP, e de que foi determinada indevidamente interceptação telefônica de ofício, em tese, inviabiliza a apreciação dos pleitos pelo Superior Tribunal de Justiça, por implicar supressão de instância.

2. Não deve ser declarada nulidade da prova produzida com amparo legal, mediante quebra de sigilo de dados telefônicos, por ausência de fundamentação da decisão, se está motivada no pedido da autoridade policial, que aponta, de forma detalhada e com base em elementos concretos, a necessidade da medida para o desbaratamento de organização criminosa voltada à prática de diversos crimes graves.

3. A repetição dos motivos da quebra na decisão de prorrogação não constitui, por si só, inidoneidade na fundamentação. Precedentes do STJ e do STF.

4. Diferentemente da interceptação telefônica, não há previsão legal limitando o prazo, bem como a prorrogação, para a quebra de sigilo de dados telefônicos, sendo lícito o lapso de 60 (sessenta) dias, prorrogado pelo mesmo período.

5. Ainda que se apliquem todas as regras da Lei n. 9.296/96 à quebra de sigilo de dados telefônicos, eventual nulidade, em razão do prazo superior ao estabelecido na legislação, não atingiria os primeiros 15 (quinze) dias permitidos por lei, razão pela qual é inviável analisar, no âmbito deste *writ*, a permanência dos motivos que fundamentaram a deflagração da persecução penal dos recorrentes.

6. O controle de convencionalidade é aplicável ao ordenamento jurídico interno desde que o precedente guarde similitude com o caso examinado e assim seja demonstrado.

7. Parecer pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme relatado, o presente recurso dirige-se à desconstituição da decisão judicial que autorizou a Autoridade Policial a apreender o celular do Recorrente A. C. DA C. com o propósito de efetuar o espelhamento das mensagens enviadas e recebidas dentro do aplicativo *WhatsApp*.

A decisão do Juízo de primeiro grau de jurisdição tem o seguinte teor (fl. 72):

Trata-se de representação formulada pela autoridade policial, visando a quebra do sigilo dos dados telefônicos do aparelho celular alvo, de propriedade do investigado Antônio Carlos da Costa (Caio) e seus interlocutores.

Instado, o Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.

É o relatório. Decido.

In casu, está-se diante de investigação criminal justamente para angariar elementos probatórios acerca da prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, apurados no Inquérito Policial n. 112.2017.00107.

Dito isso, em um juízo de prelibação, a quebra do sigilo de dados telefônicos é necessária à elucidação dos fatos.

Ante o exposto, *defiro* a quebra do sigilo dos dados do celular alvo do investigado Antônio Carlos da Costa (Caio) e seus interlocutores em especial do aplicativo *WhatsApp* da forma como solicitada pela autoridade policial.

Autorizo ainda, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, o monitoramento e captura de arquivos (mensagens e conseqüente gravação de telas de conversas e áudio, para utilização como meto de prova da prática de delitos de tráfico de drogas e outros.

Aproveito o ensejo para transcrever, igualmente, a decisão que prorrogou a medida (fl. 76):

Considerando o ofício de fl. 18, considerando ainda o parecer ministerial de fls. 22/23, *defiro* a prorrogação da interceptação telefônica e telemática e quebra de sigilo de dados telefônicos, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, nos termos da decisão de fl. 16.

Por tratar-se de medida vinculada a recente evolução tecnológica, entendo que a solução jurídica deste caso demanda a compreensão prévia das características do mencionado espelhamento, de como deve ser operacionalizado

na prática, das possibilidades que abre ao investigador criminal e das dificuldades jurídicas e probatórias que enseja.

No caso dos autos, o Poder Judiciário deferiu pedido da Autoridade Policial no sentido de apreender o celular de A. C. DA C. Diante da autorização judicial, o Recorrente foi abordado em 17/11/2017 pelo Delegado de Polícia e por policiais, os quais operacionalizaram a medida (fl. 175, nota de rodapé).

O espelhamento das mensagens do *WhatsApp* ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado *WhatsApp Web* (<https://web.whatsapp.com/>). Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (*Quick Response*), o qual *só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço*. Daí a necessidade, enfatizada pela Autoridade Policial, de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico de A. C. DA C.

A leitura do Código QR pode ser realizada com a opção “Mantenha-me conectado”, hipótese em que o emparelhamento entre o celular e o computador ocorrerá por tempo indeterminado, até que o usuário, via celular ou via *WhatsApp Web*, decida encerrar o mencionado emparelhamento.

Na hipótese dos autos, após a apreensão do celular, a Autoridade Policial procedeu em sigilo – isto é, sem comunicar ao Recorrente – ao emparelhamento das plataformas, tendo, logo após, devolvido a ele a posse do aparelho.

Isso permitiu aos investigadores não apenas o acesso a *todas* as conversas – conteúdo das mensagens e dados anexados – que *já estavam registradas* no *WhatsApp* do Recorrente (*ex tunc*), *independentemente da antiguidade ou do destinatário*, como também o *acompanhamento, dali para frente* (*ex nunc*), de todas as conversas que fossem iniciadas pelo Recorrente ou por algum de seus contatos.

Mas não é só.

Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta *WhatsApp Web* foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de *todos os atos de comunicação* a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, *simultaneamente*, no navegador da *internet*, ocasião em que as conversas são *automaticamente atualizadas* na plataforma que não esteja sendo utilizada.

Ainda mais relevante para a discussão presente nestes autos é o seguinte detalhe: **tanto no aplicativo, quanto no navegador**, é possível, com **total liberdade**, o **envio** de **novas** mensagens e a **exclusão** de mensagens antigas (registradas *antes* do emparelhamento) ou recentes (registradas *após*), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato.

Não bastasse, eventual **exclusão** de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) **não deixa absolutamente nenhum vestígio**, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser **recuperada** para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, **não armazena** em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

Sobre esse último aspecto, mostra-se relevante a explicação de Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Maranhão e Marcelo Finger, em texto intitulado “WhatsApp mostra a necessidade de regulação da criptografia”, publicado em 16/08/2016 na revista *online* Consultor Jurídico:

A possibilidade de criptografar mensagens existe há milhares de anos. A tecnologia moderna permite que cada usuário do *WhatsApp* tenha uma chave pública, comunicada a todos que desejem lhe endereçar mensagens. Todos podem codificar e enviar mensagens de acordo com esse recurso, com a privacidade garantida.

Só quem possui a chave de decodificação (armazenada no celular de cada usuário) pode ler as mensagens. O provedor do aplicativo cria a possibilidade de codificação e decodificação, mas não possui nem tem como acessar as chaves.

Portanto, a questão crucial não é se o *WhatsApp* (ou outro aplicativo do gênero) teria a obrigação de revelar o teor das mensagens, pois isso é impossível, mas se as empresas de tecnologia estão autorizadas a comercializar produtos que proporcionem ao usuário ambientes de informação absolutamente inacessíveis.

Cumpra assinalar, portanto, que *o caso dos autos difere* da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por *e-mail*, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo *WhatsApp*, com o propósito de periciar seu conteúdo.

Exemplificativamente:

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Alegada ilicitude da prova. Prisão em

flagrante. Elementos probantes colhidos no curso da diligência. Perícia no celular. Autorização judicial. Manipulação das conversas do *WhatsApp* pelos policiais. Inocorrência. Instrução deficiente. Ausência de comprovação da nulidade alegada. Recurso não provido.

[...].

3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 9/10/2015).

4. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a suas diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audíveis, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

5. *Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, a cujo acesso é exigida prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa WhatsApp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal, o que não ocorreu na espécie.*

6. No caso em exame, *é lícita a apreensão do celular, pois efetuada no bojo de prisão em flagrante, bem como o acesso aos dados neles contidos, dada a existência de autorização judicial para perícia do seu conteúdo, de modo que não há falar em ilicitude das provas que suportam o decreto condenatório.* [...] (RHC 90.276/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018 – sem destaque no original.)

A meu ver, a análise feita acima, acerca de como funciona o espelhamento do *WhatsApp*, demonstra ser *impossível*, tal como pretendido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1º, da Lei n. 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

O argumento analógico, conforme ensina a teoria, é uma “representação de uma forma de raciocínio analógico que cita similaridades aceitas entre dois sistemas a fim de dar suporte à conclusão de que alguma outra similaridade existe” (Tradução livre do verbete “Analogy and Analogical Reasoning”, disponível na Enciclopédia de Filosofia de Stanford).

Sendo assim, para que ao caso de espelhamento via *QR Code* fosse aplicável, por analogia, a legislação atinente às interceptações telefônicas, com o propósito de dar suporte à conclusão de que as duas medidas são admitidas pelo direito,

seria impescindível a demonstração, por parte do intérprete, de similaridades entre os dois sistemas de obtenção de provas, sobretudo no que diz respeito à operacionalização e ao acesso às comunicações pertinentes.

Tais similaridades, todavia, *não existem*.

Em primeiro lugar, ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como *mero observador* de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como *participante* tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma *online*, de interagir diretamente com conversas que estão sendo travadas, de enviar novas mensagens a qualquer contato presente no celular, e de excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, qualquer mensagem passada, presente ou futura.

Nesse ponto específico, insta registrar que, por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de *presunção relativa*, que pode ser ilidida por contra-prova apresentada pelo particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente *nenhum vestígio* nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, *não ficarem armazenadas em nenhum servidor*, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida *presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores*, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de *prova diabólica* (o que não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportuniza a realização de perícia).

Cito, por oportuno, o seguinte precedente:

[...] 3. Dada a presunção de legitimidade da degravação das escutas telefônicas realizada por órgão público, cabe à defesa requerer, uma vez comprovada dúvidas quanto à veracidade dos áudios, a realização da perícia respectiva com a finalidade de afastar a prova contra os acusados. [...] (HC 218.742/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014.)

Em segundo lugar, ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas *depois* da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via QR Code viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada *antes* da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às conversas *ex nunc*) e em quebra de sigilo de *e-mail* (quanto às conversas *ex tunc*). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido.

Por fim, ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via QR Code depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura – embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto –, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.

Esses fundamentos são suficientes, por si sós, para o provimento do recurso, a fim de declarar a nulidade da decisão que autorizou a medida.

Devo registrar, todavia, que existem outras três flagrantes ilegalidades que corroboram a solução pretendida no recurso.

Como bem salientou a Defesa, sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida de espelhamento via QR Code foi autorizada seis meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos, em razão da inexistência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva relativamente a A. C. DA C.

Confira-se a decisão de arquivamento, proferida em 10/07/2017 (fl. 43, sem destaque no original):

I - Será adotado o procedimento descrito na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Notifiquem-se os réus para apresentarem defesa, no prazo de 10 (dez) dias, deprecando-se se necessário.

II - Quanto ao investigado Antônio Carlos da Costa, razão assiste ao Ministério Público, porquanto da leitura do caderno processual não exsurgem elementos bastantes para a deflagração da ação penal.

Assim, acolho integralmente o parecer ministerial, e determino o arquivamento do presente caderno investigativo, ressalvada a hipótese contida no artigo 18 do Código de Processo Penal.

O entendimento das instâncias ordinárias está em desacordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, de que, “Após o arquivamento do inquérito policial, por ordem da autoridade judiciária e a requerimento do Ministério Público, a retomada da persecução estatal, seja pelo desarquivamento do inquérito policial, seja pelo oferecimento de denúncia, **fica condicionada à existência de outras provas**” (RHC 41.933/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 11/06/2015, DJe 19/06/2015 – sem destaque no original).

Considerando que o inquérito policial já estava arquivado e que o espelhamento foi a primeira medida decretada com o objetivo de reabrir a investigação, há violação, igualmente – caso se entenda, como o fez o Tribunal de origem, pela viabilidade de analogia com a interceptação telefônica –, da exigência, prevista no art. 2º, inciso I, da Lei n. 9.296/1996, de existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal” a respaldar a limitação do direito de privacidade.

Não bastasse, conforme argumentou a Defesa, foi fixado diretamente o prazo de 60 (sessenta) dias para a execução da medida, bem como a prorrogação por igual período, “em manifesta contrariedade e negativa de vigência ao artigo 5º da Lei n. 9.296/1996, que fixa o prazo de 15 (quinze) dias” (fl. 195).

Esclareço, por fim, que as prisões preventivas dos Recorrentes foram decretadas com base na medida interventiva que agora se declara inválida, inclusive com inserção de captura de tela (*printscreen*) de conversa monitorada mediante o emparelhamento (fl. 104), razão pela qual devem ser revogadas, tal como pleiteado pela Defesa.

Diante da complexidade da investigação, que se dirige a diversas outras pessoas e abrange outros inquéritos, caberá ao Juízo de primeiro grau de jurisdição identificar as demais provas e atos que dependem diretamente ou que são consequência do ato ora declarado nulo (art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via QR Code, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam

ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.719.933-MG (2018/0009825-6)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Arthur Borges da Costa

Advogado: Elias Ferreira Nunes Pires e outro(s) - MG124393N

Recorrido: Hugo Alves Marques

Advogados: Adriano Parreira de Carvalho - MG084920

Danilo Severino Oliveira Faria e outro(s) - MG097239

Emiliano Edson Silva - MG084032N

Recorrido: Robson de Azevedo

Advogado: Robson Jose de Oliveira - MG046914

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídios qualificados tentados. Tribunal do Júri. Nulidade reconhecida de ofício pelo Tribunal de Justiça. Mídia digital. Volume do áudio. Sessão de julgamento. Art. 231 do CPP. Transcrição da mídia produzida espontaneamente pela acusação juntada aos autos. Possibilidade. Documento que não possui caráter protelatório ou tumultuário. Celeridade e efetividade ao processamento do feito. Precedentes. Ausência de demonstração de efetivo prejuízo pelas partes. *Pas de nullité sans grief*. Cerceamento de defesa não caracterizado.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do Código de Processo Penal, firmou em diversas oportunidades a orientação de que o pedido de juntada de documentos

é permitido em qualquer fase processual, cabendo ao magistrado indeferir a providência caso tenha caráter irrelevante, protelatório ou tumultuário, nos termos do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

2. Na hipótese, o documento apresentado pelo Ministério Público não possui natureza protelatória ou tumultuária; longe disso, os autos evidenciam situação peculiar, qual seja, a demonstração de que, apesar da baixa qualidade da gravação da sessão de julgamento, por conta do baixo volume do áudio, a mídia apresenta compreensão das declarações, tanto que o seu conteúdo foi objeto de degravação por empresa especializada, contratada às expensas do próprio representante do Ministério Público.

3. Busca-se, no processo penal, a verdade real, cabendo ao Juiz ir ao encontro de todos os elementos que possam retratar a realidade dos fatos, com adoção de meios ou providências que garantam a celeridade de sua tramitação e a razoável duração do processo, compreendendo-se as facilidades tecnológicas atualmente disponíveis, ainda que promovidas por uma das partes interessadas.

4. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa. Precedentes.

5. Extrai-se dos autos que os réus e seus defensores não cogitaram a existência de vícios na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, nem na ata de julgamento ou mesmo em seus recursos de apelação, sendo o caso de aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

6. Recurso especial provido para afastar a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, cabendo ao Tribunal *a quo* determinar a juntada aos autos da documentação apresentada pelo Ministério Público, abrindo-se vistas às partes, para fins do contraditório e da ampla defesa, prosseguindo na análise das manifestações e do recurso de apelação, como entender de direito.

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 especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Exmo. Sr. Dr. SPGR Nicolao Dino de Castro e Costa Neto pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 1º.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público de Minas Gerais*, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local proferido na Apelação Criminal n. 1.0702 13.014130-3/001, assim ementado (fl. 700):

Apelação criminal. Tribunal do Júri. Homicídios qualificados tentados. Preliminar. Nulidade do julgamento. Mídia eletrônica inaudível. Ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Prejuízo evidente para os acusados. Nulidade absoluta declarada. Preliminar suscitada de ofício para declarar a nulidade do julgamento.

- A sessão do Tribunal do Júri Popular ao qual foram submetidos os recorrentes deve ser anulada, de ofício, por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois o DVD contendo a mídia de gravação magnética das provas produzidas durante a sessão de julgamento está inaudível, o que impossibilita a análise das teses defensivas expostas no apelo.

- No processo penal, quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da Súmula 523 do STF.

- Questão prejudicial suscitada, de ofício, para que os réus sejam submetidos a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

A acusação opôs, por duas vezes, embargos de declaração. Ambos foram rejeitados (fls. 744/753 e 816/820).

Nas razões recursais, aponta o recorrente negativa de vigência aos arts. 231, 405, §§ 1º e 2º, 475, *caput* e parágrafo único, 479, 563, 565 e 571, VIII, do Código de Processo Penal.

Sustenta, de início, a audibilidade do CD que contém a gravação da sessão do Tribunal do Júri, sendo possível, embora a gravação não apresente áudio de boa qualidade, a compreensão da maior parte do conteúdo do disco. Registra que foram feitas transcrições por empresa especializada, as quais, apesar de anexadas em sede de embargos declaratórios, foram desentranhadas dos autos por determinação do Tribunal mineiro. Aduz que, não obstante a Central de Taquigrafia do Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirme ser inaudível a gravação, *verifica-se o contrário*, constando, ainda, do acórdão recorrido, que a referida coordenadoria não dispõe de mecanismos, *softwares* ou aparelhagem que possa melhorar, ou mesmo amenizar, o elevado nível de ruídos presentes na gravação (fls. 837/839).

Defende a possibilidade de juntada de documentos em qualquer fase do processo penal e que, ainda que haja vedação no Regimento Interno do TJMG, deve prevalecer o disposto na lei processual penal, não incidindo, no caso, a vedação prevista no art. 479 do Código de Processo Penal, já que, *embora os autos versem sobre crime de competência do Tribunal do Júri, a degravação em comento não foi lida durante a sessão de julgamento, até porque estava sendo produzida naquele momento, por tratar-se de transcrição dos depoimentos colhidos na própria sessão, e registrados em gravação magnética* (fls. 840/843).

Assevera que a transcrição de mídia eletrônica constitui faculdade da parte, sendo admissível a sua realização mesmo sem autorização judicial (fls. 546/548).

Entende que a ausência de transcrição dos depoimentos e alegações prestados na sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri não tem o condão de anular a decisão, constituindo-se mera nulidade relativa, sendo prescindível a sua juntada, consoante dispõe o art. 2º da Resolução n. 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, tanto que nem mesmo as defesas dos acusados levantaram a mencionada deficiência do CD, limitando-se *a arguir a ausência de prova da autoria (acusado Robson) e a pleitear a redução das reprimendas* (fls. 848/854).

Requer, ao final, a cassação do acórdão recorrido, com o prosseguimento da análise do recurso de apelação interposto pelos acusados. Subsidiariamente, postula a anulação do acórdão que julgou os embargos ministeriais e determinou o desentranhamento da degravação ofertada, de forma que seja juntada a

referida transcrição ao feito, aberta vista à defesa e, em seguida, julgados os aclaratórios, com análise da referida degravação (fl. 855).

Oferecidas contrarrazões (fls. 906/912; 935/937 e 977/979) e admitido o recurso na origem (fls. 981/982), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, nos seguintes termos (fl. 919):

Recurso especial. Homicídio qualificado. Pelo provimento.

1. Admite-se a valoração de provas a fim de analisar contrariedade e negativa de vigência a regras jurídicas no campo probatório.

2. Essa Corte Superior de Justiça, ao interpretar o art. 231 do Código de Processo Penal, tem admitido a juntada de documentos em qualquer fase processual, somente sendo possível o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário.

3. Parecer pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Extrai-se dos autos que os recorridos Arthur Borges da Costa e Robson de Azevedo, juntamente com Hugo Alves Marques, pronunciados e submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, foram condenados, o primeiro, à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, na forma do art. 70, por duas vezes, todos do Código Penal, e o segundo à pena de 9 anos, 10 meses e 27 dias de reclusão, também em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, na forma do art. 70, por duas vezes, todos do Código Penal.

As defesas apelaram. No julgamento dos recursos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decretou, de ofício, a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, por afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, determinando a submissão dos réus a novo julgamento, mediante os seguintes fundamentos (fls. 702/706 – grifo nosso):

[...] De início, tenho preliminar de ofício para suscitar, com relação à nulidade do julgamento realizado, por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da

Constituição Federal, bem como por falta de fórmulas ou termos do processo, nos termos do que prevê o art. 564, IV, do CPP (por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato).

Explico.

O Júri Popular ao qual foram submetidos os recorrentes deve ser anulado, na medida em que o DVD contendo a mídia de gravação das provas produzidas durante a sessão de julgamento, acostado à fl. 443 dos autos, está inaudível, o que impossibilita a análise das teses de defesa expostas nos apelos, principalmente a alegação de que a condenação dos acusados é contrária ao acervo probatório produzido.

Registro que, diante da impossibilidade de escutar qualquer dos depoimentos fornecidos pelas testemunhas e interrogatório dos réus, bem como o que foi dito pela acusação de defesa quando do plenário, tentei solucionar o problema quando converti o julgamento em diligência e determinei a remessa dos autos ao Setor de Taquigrafia deste TJMG, a fim de que fosse realizada a degravação do referido DVD.

Porém, a Coordenadoria da Central de Taquigrafia do TJMG, em resposta à determinação acima narrada, consignou que: "conforme a mídia (DVD) juntada à fl. 443, o áudio do referido disco não se encontra em condições de ser reduzido a termo, em virtude da baixa qualidade de som, e que a Central de Taquigrafia não dispõe de mecanismos, softwares ou aparelhagem que possam melhorá-la, bem como amenizar o elevado nível de ruídos presentes na gravação" (fl. 543).

Em seguida, à fl. 549, despachei no seguinte sentido: "Por ocasião do documento da fl. 543, oficie-se o juízo da Comarca de origem para que informe se foi feita cópia do CD constante à fl. 443, já que, considerando-se que os depoimentos das testemunhas referidas às fls. 434/439 e os interrogatórios de fls. 440/441 foram registrados por meio audiovisual, a degravação do referido CD é medida necessária para o julgamento do presente feito", quando foi juntada aos autos a mídia de fl. 559, da mesma forma completamente inaudível.

Novamente remetido ao Setor de Taquigrafia deste TJMG, que é o órgão especializado nesta tarefa, obtive a mesma resposta à fl. 562, dando conta de que o referido disco também não se encontrava em condições de ser reduzido a termo em virtude da baixa qualidade de som e do elevado nível de ruídos presentes na gravação.

Por fim, foi juntada aos autos certidão proferida pelo escrivão da Vara Judicial de Crimes Contra a Pessoa da instância a quo (comarca de Uberlândia), na qual foi por ele declinado que "os arquivos da gravação audiovisual da instrução plenária da Sessão do Tribunal do Júri datada de 13/03/2014, referente ao processo acima reportado, ficaram inaudíveis, mesmo com o emprego de recursos de amplificação e de equalização" (fl. 576).

Assim, a meu sentir, é de se anular o julgamento realizado perante o Júri, uma vez que a ausência do áudio dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos

réus presentes no DVD, colhidos durante a realização do julgamento, acarreta a sua quase inexistência, devendo, portanto, ser declarada a nulidade do Júri, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

O prejuízo advindo aos réus é patente, uma vez que ambos restaram condenados a penas acima de oito anos de reclusão, em regime fechado. Ora, *se a gravação em fita magnética é inaudível por defeito do meio ou demais elementos externos, as partes e o Tribunal de Justiça estão sem acesso aos dados nela registrados e que deveriam ser públicos, mas não o são.* Isso equivale dizer que estamos diante da inexistência do Julgamento ocorrido em plenário, ferindo garantias do Estado Democrático de Direito, porque materialmente não se tem acesso aos termos e às palavras proferidas pelas partes, testemunhas, réus, advogados, etc.

Nesse contexto, lembremos que dispõe a Súmula 523 do STF:

“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu.” Explicando a Súmula acima transcrita surge a doutrina de Fernando Capez, em sua obra Curso de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 626:

“Trata-se de exceção aos critérios acima indicados, pois, no caso de ofensa à ampla defesa, embora se trate de princípio constitucional, sua ofensa acarretará nulidade absoluta somente quando a violação importar em total aniquilamento da defesa do acusado.” *Itálico nosso.*

Isto posto, é absolutamente nulo o julgamento, já que a ausência do áudio dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos réus presentes no DVD, colhidos durante a realização do julgamento, acarreta a sua inexistência material, ainda que a gravação (inválida) tenha ocorrido.

Destarte, *tratando-se de nulidade absoluta*, pode ser ela declarada a qualquer tempo, e por eiva processual insanável e evidente prejuízo aos acusados.

Neste sentido, o aresto a seguir transcrito:

“No processo penal, quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da Súmula 523” (RT 542/438).

E ainda, decisões proferidas em igual sentido:

[...]

Nesse contexto, restam prejudicadas as teses de defesa.

Por fim, deve ser estendido ao corréu Hugo Alves Marques o benefício do novo julgamento, com fundamento no artigo 580 do CPP, embora ele não tenha recorrido da sentença penal condenatória.

Por estas razões, suscito preliminar de nulidade da sentença e anulo a sessão de julgamento do Tribunal do Júri, “ab initio”, bem como os atos posteriores, nos termos do art. 573 e parágrafos do CPP.

[...]

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração pelo Ministério Público estadual, suscitando a existência de obscuridades e omissão no acórdão. Aduziu que, embora o CD juntado aos autos contendo a gravação da sessão de julgamento em comento não apresente áudio de boa qualidade, é suficientemente audível, sendo poucos os trechos ininteligíveis, o que teria sido inclusive comprovado por uma empresa privada especializada em transcrições de áudio, contratada por iniciativa do próprio representante do Ministério Público, que, até mesmo, juntou aos autos as gravações por ela realizadas.

A Quarta Câmara Criminal rejeitou os embargos de declaração. Foram estes os fundamentos apresentados pelo Colegiado (fls. 746/751 – grifo nosso):

[...] Conheço dos embargos, aos seus pressupostos.

Ressalta-se, a princípio, que os embargos declaratórios visam sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 619, do CPP.

Cumpra salientar que o recurso apresentado pelo embargante visa à reapreciação de questões já decididas e rebatidas à exaustão, por ocasião da apelação criminal, não se vislumbrando, destarte, quaisquer vícios passíveis de serem sanados, sendo desnecessário tecer nesta oportunidade, maiores considerações, uma vez que os fundamentos que levaram à decretação da nulidade da sessão de julgamento do tribunal do Júri popular estão estritamente pautados nos fatos constantes dos autos e na lei.

Portanto, tenho que a análise objetiva das questões suscitadas já se realizara no acórdão guerreado, e como é curial, os embargos declaratórios não se prestam a esclarecer ou alterar os fundamentos de uma decisão de mérito, mas, sim, dirimir ambiguidades, obscuridades, contradições e omissões, a meu sentir, inexistentes na espécie.

Neste diapasão, a ementa abaixo transcrita:

[...] Cumpra ainda salientar que o embargante está se utilizando dos presentes embargos com a pretensão finalística de modificar essencialmente a decisão embargada, o que não se justifica nem tem amparo legal.

Todavia, não se admite o efeito infringente aos declaratórios, já que a sua função é apenas a de esclarecer algum ponto omissivo, obscuro ou contraditório do julgado.

Neste sentido, os seguintes julgados:

[...] Portanto, a meu sentir, *inexiste no acórdão embargado qualquer omissão, contradição ou obscuridade*, como procura fazer crer o culto Procurador de Justiça, posto que toda a matéria dos autos foi exaustivamente analisada, em todas as suas circunstâncias, e não há como modificar o acórdão dada a sua clareza no exame das provas.;

Isso porque o referido acórdão foi claro ao consignar que:

[...] De início, *data venia*, registro que *não é permitida a juntada de documentos aos autos na fase em que o processo se encontra, nos termos do que prevê o CPP e o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, devendo, portanto, serem desentranhadas dos autos a documentação constante nas fls. 619/665*.

De outro lado, *a afirmação de que as gravações constantes no DVD de fl. 443 estão inaudíveis não foi conclusão isolada deste Relator, mas de toda a Turma Julgadora, que não só observou a impossibilidade de escutar o conteúdo do referido DVD, como também verificou o parecer técnico do setor competente deste Tribunal de Justiça especializado em gravações e degravações, sendo o responsável legal para executar esse tipo de serviço*.

Ademais, as próprias informações trazidas pelo i. Procurador de Justiça nos presentes Embargos reforçam a certeza da sensata decisão proferida pela Turma Julgadora, pois à fl. 614 confessa ser “baixa a qualidade do áudio”, bem como afirmou que “as poucas partes ininteligíveis não impedem, nem dificultam, a inteligência do todo” (fl. 615), tanto que *necessitou recorrer a órgãos estranhos ao poder Judiciário e ao próprio Ministério Público, diga-se de passagem, sem a devida autorização judicial para tal, a fim de proceder à degravação do conteúdo do DVD*.

Portanto, ainda que se pudesse juntar documentos novos na fase dos Embargos Declaratórios (o que não é legalmente previsto), *a documentação juntada às fls. 619/665 não tem qualquer valor jurídico e não substitui as oitivas, depoimentos e alegações das partes constantes no DVD oriundo da sessão do Tribunal do Júri, remetidas a este Tribunal pelo Juiz de 1º Grau*.

Reafirmo que *foi impossível ouvir diretamente e de forma justa e plena o conteúdo do DVD de fl. 443, bem como de degravá-lo, conforme os já citados ofícios remetidos pela Coordenadoria da Central de Taquigrafia do TJMG (fls. 543 e 562) e pelo escrivão da comarca de Uberlândia (fl. 577), que deram conta que “em virtude da baixa qualidade de som, e que a Central de Taquigrafia não dispõe de mecanismos, softwares ou aparelhagem que possam melhorá-la, bem como amenizar o elevado nível de ruídos presentes na gravação”*.

Além disso, cumpre ressaltar que, contraditoriamente, *inexiste nos autos qualquer investigação ou denúncia contra o referido Setor de Taquigrafia deste Egrégio Tribunal de Justiça por parte do Ministério verdade*.

Importante frisar, ainda, que a publicidade que constitucionalmente se exige do processo e do julgamento realizado perante o Tribunal do Júri deve ser de modo irrestrito e acessível ao cidadão comum e a qualquer pessoa, *não podendo a gravação da sessão de julgamento constar nos autos de forma tão inaudível el ininteligível a ponto de necessitar de alto grau de tecnologia externa ou da intervenção de empresa especializada em “traduzir” parte dos autos do processo.*

Se a decisão ora embargada não correspondeu à correta aplicação do Direito ou à melhor interpretação das provas, como cediço, esta via não se apresenta apropriada para sua reapreciação.

Ora, pode verificar que nem mesmo a d. Procuradoria de Justiça se insurgiu contra o acórdão na ocasião da sessão de julgamento neste TJ MG.

Conforme doutrina e jurisprudência fartamente majoritárias, a via eleita não se presta para o reexame de matéria de mérito já debatida em tempo oportuno, não merecendo provimento, ainda que impetrado com o objetivo de pré-questionamento, se não vislumbrada, na decisão recorrida, as hipóteses previstas no artigo 619, do CPP.

Nesse sentido:

Público, muito embora a d. Procuradoria Geral de Justiça tenha dado a entender, por meio dos presentes embargos, que os supracitados ofícios de fls. 543 e 562 não estão corretos e não representam a

[...]

Novos aclaratórios foram opostos pela acusação, os quais foram novamente rejeitados (fls. 816/820).

Todavia, entendo que a irresignação merece acolhida, como bem expôs o parecer ministerial, cujos fundamentos também adoto como razões de decidir, pois em conformidade com a orientação que tem sido estabelecida por esta Corte (fls. 997/1.006 – grifo nosso):

[...] 11. No mérito, a pretensão merece prosperar.

12. Na espécie, por ocasião da sessão de julgamento das apelações interpostas pelos recorridos, a Corte de Justiça Estadual suscitou, de ofício, preliminar de nulidade da sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri ao seguinte argumento:

(...) O DVD contendo a mídia de gravação das provas produzidas durante a sessão de julgamento acostado à fl. 443 dos autos, está inaudível, o que impossibilita a análise das teses de defesa expostas nos apelos, principalmente a alegação de que a condenação dos acusados é contrária ao acervo probatório produzido. (fl. 702 e-STJ)

13. Em suas razões, aponta o *Parquet* Estadual contrariedade ao art. 475 do Código de Processo Penal, uma vez que embora o áudio do referido CD não apresente muito boa qualidade, é suficientemente audível, podendo, inclusive, ser compreendido seu conteúdo com singelos fones de ouvido (informa que a audição é melhor com fones de ouvido e volume baixo).

14. Em razão da baixa qualidade do áudio, o representante do Ministério Público Estadual enviou o conteúdo digital do áudio, via *internet*, à empresa *Steno do Brasil Importação e Exportação Comércio Assessoria Ltda*, a qual, segundo afirma, realiza todas as transcrições das reuniões dos órgãos colegiados da Administração Superior do MPMG, para a gravação do conteúdo da mídia dos presentes autos.

15. Destacou o órgão ministerial mineiro que “tal empresa possui vários contratos firmados com o setor público, como, por exemplo, com o Supremo Tribunal Federal - para a audiodescrição e implantação de legenda oculta na programação da TV Justiça -, com o Tribunal Regional Federal da 3ª Região - para prestação de serviços de estenotipia para audiências e interrogatórios em processos judiciais -, e com a Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (documentos anexos)” (fls. 838/839 e-STJ).

16. Acrescenta, neste aspecto, que, *a mencionada empresa contratada para realizada a gravação dos autos “verificou ser possível a compreensão da maior parte do conteúdo do disco, sendo certo que as poucas partes ininteligíveis não impedem, nem dificultam, a inteligência do todo”* (fl. 839 e-STJ).

17. Após realizadas as transcrições, foram enviadas ao *Parquet* Estadual e anexadas aos primeiros embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente. Contudo, o Tribunal *a quo*, ao julgar os segundos aclaratórios ministeriais, determinou o desentranhamento da mencionada gravação, violando o disposto nos arts. 231, 405, §§ 1º e 2º, 475, *caput*, e parágrafo único, 479, 563, 565 e 571, inc. VII, todos do Código de Processo Penal. Razão lhe assiste.

18. Com efeito, o art. 231 do Decreto-Lei n. 3.689/41 estabelece que “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”. Ora, *se não há qualquer ressalva legal quanto à juntada de documentos em determinadas fases do processo, o desentranhamento realizado pela Corte de origem afronta diretamente o referido preceito legal*.

19. Acerca do tema, *essa Corte Superior de Justiça, ao interpretar o art. 231 do Código de Processo Penal, tem admitido a juntada de documentos em qualquer fase processual, admitindo-se, entretanto, o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário*. Nesta diretriz:

Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Atentado violento ao pudor. Alegada nulidade pelo desentranhamento de laudo produzido pela defesa. Apontada violação ao art. 231 do CPP. Inocorrência. Pleito de absolvição. Necessidade de reexame do acervo probatório. Vedação da Súmula 7/STJ. Agravo não provido.

1. “O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do CPP, firmou entendimento de que é facultada às partes a juntada de documentos em qualquer fase processual, admitindo-se, entretanto, o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário” (HC 151.267/PR, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 25/05/2010, DJe 14/06/2010).

2. Por outro vértice, a desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de piso diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando a absolvição, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias - soberanas no exame do conjunto fático-probatório -, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido. (g.n.) (AgRg no AREsp 13.573/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 23/10/2013)

20. *No caso em comento, resta patente que o novo documento apresentado pelo ora recorrente não tem caráter meramente protelatório ou tumultuário, uma vez que buscou-se comprovar que a mídia tida como inaudível e que foi determinante para a declaração de nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri era perfeitamente audível, podendo ser escutada com singelos fones de ouvidos.*

21. Ademais, sabe-se que o Parquet *afigura-se como órgão legitimado à colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua opinio delicti, não havendo cogitar-se de qualquer nulidade da prova juntada por ocasião da oposição de embargos declaratórios, conforme autoriza o art. 231 do Código de Processo Penal.* Neste sentido:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processual Penal. Pedido ministerial de juntada de documentos indeferido. Prova obtida em investigação promovida pelo Ministério Público. Legitimidade. Providência assegurada pelo art. 231 do Código de Processo Penal. Recurso provido.

1. O Ministério Público tem legitimidade para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua *opinio delicti*. Não havendo nulidade na prova colhida diretamente pelo órgão ministerial, nada impede sua juntada ao autos nos termos do art. 231 do Código de Processo Penal, que assegura às partes apresentar documentos em qualquer fase do processo.

2. Basta para assegurar o cumprimento dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que o julgador intime a parte contrária para se manifestar a respeito.

3. Recurso provido para determinar a juntada dos documentos. (g.n.) (RMS 31.878/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012)

22. Ainda acerca do tema, dispõe o art. 479 do Estatuto Processual Penal que “durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”.

23. Não obstante, como bem ressaltou o recorrente, “não incide a vedação prevista no artigo 479 do CPP, já que, embora os autos versem sobre crime de competência do Tribunal do Júri, a degravação em comento não foi lida durante a sessão de julgamento, até porque estava sendo produzida naquele momento, *por tratar-se de transcrição dos depoimentos colhidos na própria sessão, e registrados em gravação magnética*” (fl. 843 e-STJ).

24. Lado outro, ao revés do entendimento perfilhado no acórdão estadual, *a realização de transcrição da mídia consitui faculdade da parte, inexistindo qualquer obrigatoriedade de degravação no caso de depoimentos registrados em meio audiovisual. Tanto que esse Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com orientação do Conselho Nacional de Justiça, tem orientação no sentido de que cabe ao interessado promovê-la, às suas expensas. Confira-se:*

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Homicídio. Tribunal do Juri. Audiência na primeira fase do procedimento do júri realizada por meio audiovisual. Degravação. Desnecessidade. Orientação do CNJ. Art. 475, parágrafo único do CPP. Incidência no fase do Plenário do Júri. Ausência de ilegalidade manifesta. Ordem denegada.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Consoante o art. 405, § 2º do CPP, bem como orientação do Conselho Nacional de Justiça não há necessidade de degravação no caso de depoimentos registrados em meio audiovisual, cabendo ao interessado promovê-la, a suas expensas e com sua estrutura, se assim o desejar, “ficando vedado requerer ou determinar tal providência ao Juízo de primeiro grau”.

- Tratando-se de processo da Competência do Tribunal do Júri, a colheita da prova efetuada na primeira fase poderá ser repetida em Plenário, podendo, nessa etapa, incidir o art. 475, parágrafo único do CPP.

Ordem denegada. (g.n.) (HC 247.920/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

25. De mais a mais, *a simples ausência de transcrição dos depoimentos e alegações prestados na sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri, contido no CD acostado aos autos, não enseja, por si só, a declaração de nulidade do julgamento popular, haja vista que o art. 405 c/c art. 475, ambos do Código de Processo Penal, objetivam promover maior celeridade ao processo.*

26. Corroborando tal prescindibilidade, cito a ressalva do § 2º do art. 405 daquele diploma, legal, que exclui, expressamente, a obrigatoriedade de transcrição da gravação contida na mídia. Veja: “§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição” (g.n.).

27. Não é outra a orientação do art. 2º da Resolução n. 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, *in verbis*:

Art. 2º Os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição.

Parágrafo único. O magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço.

28. É também a jurisprudência desse Egrégio Tribunal, conforme os seguintes julgados:

Penal. Processual Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia. Nulidade. Confissão mediante tortura. Verificação. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Prova oral colhida por tecnologia audiovisual. Prescindível a degravação. Princípio da celeridade processual. Precedentes. Agravo regimental não provido.

(...) 2. Predomina no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de, em respeito ao princípio da celeridade processual, ser prescindível a degravação da prova oral colhida por meio de tecnologia audiovisual. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (g.n.) (AgRg no AREsp 501.650/AP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. (1) Impetração substitutiva de recurso ordinário. Improriedade da via eleita. (2) Tribunal do Júri. Primeira fase. Degravação da audiência. Desnecessidade. Art. 405, § 2º do CPP e orientação do CNJ. (3) Art. 475, parágrafo único do CPP. Incidência apenas na segunda fase do Júri. Ausência de ilegalidade manifesta. (4) *Writ* não conhecido.

1. Tem-se como imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Há determinação legal no sentido de não ser necessária a degravação de depoimentos colhidos por meio audiovisual, nos termos no artigo 405, § 2º do CPP. Há mais, o Conselho Nacional de Justiça orienta no mesmo sentido.

3. A colheita da prova efetuada na primeira fase do Júri, caso dos autos, poderá ser repetida em plenário, podendo, nessa etapa, incidir o art. 475, parágrafo único do CPP.

4. *Habeas corpus* não conhecido. (g.n.) (HC 239.454/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)

29. Por derradeiro, sabe-se que, em se tratando de nulidade, predomina, em nosso ordenamento jurídico, o “sistema da instrumentalidade das formas”, em que se dá o maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo viciado, bem como ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal.

30. Segundo o escólio de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, destacam-se, na ótica da instrumentalidade das formas, os princípios do prejuízo, da causalidade, do interesse e da convalidação. Acerca do princípio do prejuízo, confira as seguintes lições dos renomados juristas:

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

31. *In casu*, se a baixa qualidade do áudio do CD da sessão de julgamento do Tribunal do Júri pudesse gerar sua nulidade, deve-se considerar que se trata de nulidade relativa, cujo prejuízo aos ora recorridos deveria ter sido comprovado. Não é outro o entendimento dessa Corte Superior de Justiça:

Processo Penal. Ofensa ao art. 619 do CPP não configurada. Ausência de provas em relação a qualificadora e julgamento contrário à prova dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. Nulidade. Não demonstração do prejuízo. Agravo regimental desprovido.

(...) 3. O eventual reconhecimento da nulidade por não observância do art. 475 do CPP demanda a efetiva comprovação do prejuízo.

4. Agravo regimental desprovido. (g.n.) (AgRg no AREsp 555.360/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

32. A propósito, conclui o recorrente que, *“se os réus, nem na ata de julgamento do Júri, nem em seus recursos, sequer arguíram tal nulidade (contribuindo para o suposto vício), é porque não houve prejuízo, aplicando-se o disposto nos arts. 563, 565 e 571, VII (preclusão), todos do Código de Processo Penal”* (fl. 853 e-STJ).

[...]

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do Código de Processo Penal, firmou em diversas oportunidades a orientação de que o pedido de juntada de documentos é permitido em qualquer fase processual, cabendo ao magistrado indeferir a providência caso tenha caráter irrelevante, protelatório ou tumultuário, nos termos do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

Ilustrando esse entendimento:

Habeas corpus. Tráfico e associação para o tráfico. Absolvição. Juntada de laudo pericial após o oferecimento, pela defesa, de contrarrazões ao recurso do Ministério Público. Ausência de manifestação das partes. Documento utilizado na condenação. Constrangimento ilegal.

1. De acordo com o art. 231 do Código de Processo Penal, salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

2. Embora seja possível a juntada de documentos até mesmo na fase recursal, é certo que, em obediência aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, deveria a defesa ter sido intimada a se manifestar.

3. No caso presente, houve a juntada de laudo da perícia realizada no aparelho celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante dos corréus quando já interposta a apelação e oferecidas contrarrazões a tal recurso. Não se procedeu, posteriormente, à oitiva da defesa, para que pudesse se manifestar sobre o novo documento trazido aos autos.

4. De se ver, ainda, que o referido documento foi efetivamente utilizado pela Corte de origem quando do julgamento da apelação, que culminou na reforma da sentença e consequente condenação do paciente.

5. "Acórdão condenatório que se louvou, entre outras provas, em peças técnicas inseridas nos autos após as contra-razões oferecidas pela defesa, que sobre elas não foi chamada a pronunciar-se. Alegada violação ao princípio do contraditório. Alegação de todo procedente". (STF, HC 69314/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 4.9.92).

6. Ordem concedida para, de um lado, anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja procedido, após abertura de vistas às partes, com o intuito de se manifestarem acerca do documento juntado em momento posterior às contrarrazões oferecidas pela defesa; de outro lado, assegurar possa o paciente aguardar em liberdade o desfecho do processo.

(HC n. 88.765/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/12/2009)

Não tem sido diversa a orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

Processual Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Condenação por crime de concussão. Execução provisória. Possibilidade. Alegação de nulidade em razão do não oferecimento de defesa prévia. Ausência de comprovação de prejuízo. Desentranhamento de documentos. Ausência de ilegalidade flagrante.

[...]

2. "O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção" (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux)

3. "O pedido de juntada de documentos é permitido (art. 231, do CPP), cabendo ao relator indeferir a providência, caso tenha caráter irrelevante, impertinente, protelatório ou tumultuário, nos termos do art. 400, § 1º, do CPP" (Inq 3.998-AgR, Rel. Min. Edson Fachin).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no HC n. 149.890 AgR, Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25/4/2018)

Na espécie, é evidente que o documento apresentado pelo Ministério Público não possui natureza protelatória ou tumultuária; longe disso, os autos evidenciam situação peculiar, qual seja, a demonstração de que, apesar da baixa qualidade da gravação da sessão de julgamento, por conta do baixo volume do áudio, a mídia apresenta compreensão das declarações, não obstante, repito, a pouca qualidade, tanto que o seu conteúdo foi objeto de degravação por empresa especializada, contratada às expensas do próprio representante do Ministério Público.

Imperioso registrar que, se no processo penal se busca a verdade real, cabendo ao Juiz ir ao encontro de todos os elementos que possam retratar a realidade dos fatos, a sua validade também depende, sobretudo, do bom andamento do feito, com adoção de meios ou providências que garantam a celeridade de sua tramitação, assegurando a razoável duração do processo.

Esta Turma, ao examinar aspecto semelhante, já se posicionou no sentido de que *a mera alegação de juntada inoportuna de prova documental aos autos, desprovida de qualquer fundamentação tendente a demonstrar o prejuízo da irregularidade advindo, ou, mesmo, a interferência no conhecimento da verdade substancial da causa, não determina a nulidade do processo* (HC n. 18.568/RS, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25/2/2002).

Além disso, nem sequer seria o caso de nulidade absoluta.

De um lado, é certo que o § 2º do art. 405 do Código de Processo Penal, visando assegurar a razoável duração do processo e celeridade em sua tramitação, permite o registro das provas em mídia eletrônica *sem* necessidade de transcrição. Isso porque eventual prejuízo *deve* ser arguido e provado *oportunamente*, já que ensejaria nulidade de natureza relativa, o *que não ocorreu na hipótese dos autos*.

Extrai-se facilmente dos autos que os réus e seus defensores não cogitaram a existência de vícios na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, *nem na ata de julgamento ou mesmo em seus recursos de apelação*, sendo o caso de aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

A esse respeito, inúmeros julgados:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Fraude à licitação e desvio de verbas públicas. Inobservância de rito processual. Supressão de instância. Prejuízo não demonstrado. Princípio da consunção. Independência entre os delitos. Matéria de prova. Elevação da pena base. Agravante era proprietário da empresa vencedora. Fundamentação inidônea. Pena reduzida ao mínimo legal. Aplicação das penas de reclusão e detenção. Somatório para fins de definição de regime. Modo aberto. Suspensão da execução da pena autorizada. Execução da pena restritiva de direito somente após o trânsito em julgado. Agravo regimental provido em parte.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tanto nos casos de nulidade relativa como nos de nulidade absoluta, aplica-se o princípio *pas de nullité sans grief*, sendo imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo (AgRg no REsp 1.525.861/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015).

2. No caso, a inobservância do rito processual invocado não pode ser julgada nesta Corte, porque não foi impugnada na instância anterior.

Ademais, não se reconhece, no processo penal, nulidade da qual não tenha acarretado prejuízo, conforme disciplina o art. 563 do Código de Processo Penal.

3. No caso, o agravante foi condenado nos dois crimes, porque restou comprovado que os agentes se associaram para fraudar caráter competitivo de procedimento licitatório, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame, e depois, que ainda obtiveram a vantagem indevida, sendo necessária uma incursão probatória para desconstituir essa conclusão.

[...]

7. Agravo regimental provido em parte para alterar a pena base dos crimes para o mínimo legal (2a + 2a), totalizando 4 anos de reclusão, no regime aberto, devendo ser substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem estabelecidas pelo Juízo das execuções, devendo o agravante aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal.

(AgRg no HC n. 451.520/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/8/2018)

[...] 4. Quanto ao pleito subsidiário de anulação do feito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal, seja ela absoluta ou relativa, reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não restou comprovado pelo impetrante na espécie.

[...] 6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 223.667/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/8/2018)

Agravo regimental no recurso especial. Homicídio tentado. Nulidade do julgamento pelo Júri. Matéria preclusa. Prejuízo. Demonstração. Ausência. Agravo regimental não provido.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, é inadmissível o recurso especial que arrosta acórdão alinhado à orientação desta Corte Superior ou que demande imersão fático-probatória.

2. Pacífico o entendimento de que eventuais irregularidades ocorridas no julgamento do Tribunal do Júri devem ser impugnadas no momento processual oportuno e registradas na ata da sessão do Conselho de Sentença, sob pena de preclusão.

3. Havendo sido impugnada a leitura de trechos do relatório de sentença condenatória ao qual o recorrente respondia em outro processo, e pelo qual já se encontrava preso, somente após a votação dos quesitos pelos jurados, escoreito o reconhecimento de que a insurgência, realizada *a posteriori*, já estava fulminada pela preclusão.

4. Não bastasse, para rechaçar a tese de nulidade aventada pelo recorrente, apontou o Tribunal de origem que o conteúdo lido em Plenário pela acusação nem sequer tinha relação direta com a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento do Conselho de Sentença. Tratava-se apenas de informações acerca do histórico criminal do recorrente, o qual, inclusive, já era de conhecimento dos jurados e, mais ainda, da defesa.

5. A legislação penal em vigor, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, seja ela relativa ou absoluta, requer a demonstração do concreto prejuízo sofrido pela parte, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, disposto no art. 563 do CPP.

6. Não havendo a defesa se desincumbido do ônus que lhe cabia - o qual não se infere apenas pela condenação do acusado -, a sua constatação por esta Corte Superior demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência inviável, consoante já sumulado no verbete n. 7/STJ.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.413.229/RO, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/8/2018)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Nulidade absoluta decorrente de violação do art. 422 do CPP. *Pas de nullité sans grief*. Ausência de comprovação de efetivo prejuízo. Súmula 83/STJ. Recurso que não infirma todos os fundamentos do acórdão recorrido. Súmula 283/STF. Agravo regimental improvido.

1. A Lei Processual Penal em vigor adota, em sede de nulidades processuais, o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte, o que, conforme as premissas delineadas no acórdão, não ocorreu, na espécie. Incidência da Súmula 83/STJ.

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.208.397/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/5/2018)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Nulidade em razão da destituição de advogado constituído e nomeação de defensor público para apresentar alegações finais, em razão da inércia da defesa. Não demonstração de prejuízo. Art. 563 do CPP. Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal.

1. Consoante dispõe o art. 563 do CPP, não se declara a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*. No mesmo sentido, preconiza o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que, "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”.

2. Na hipótese, não se desincumbiu a impetrante de comprovar a existência de prejuízo decorrente da desconstituição do defensor e nomeação de defensor público para apresentação de alegações finais, não se revelando suficiente, para tal desiderato, a mera alegação de que “foi tolhido do paciente o direito de ser devidamente assistido por defensor constituído de sua confiança”, ou de que “a Defensoria Pública apresentou tese genérica, bem distante da tese alinhavada pelo Dr. Gildásio”. Não se vislumbra, pois, o alegado constrangimento ilegal por cerceamento de defesa.

3. Ordem denegada.

(HC n. 425.965/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 5/4/2018)

Ressalto que esta Sexta Turma, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp n. 714.484/MT, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, deixou claro o entendimento consagrado nesta Corte Superior, segundo o qual *a degravação da audiência de instrução e julgamento, em meio magnético ou audiovisual, só se justifica em casos excepcionais e devidamente comprovada a sua necessidade*, de forma que, *para ser declarada a nulidade do art. 475 do Código de Processo Penal, deve haver a demonstração inequívoca do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de convalidação*.

No caso dos autos, considero não ter havido demonstração de prejuízo decorrente do possível defeito na gravação da sessão de julgamento, por conta do baixo volume do áudio, uma vez que *o réu e seus defensores* estiveram presentes em audiência, sendo *conhecedores do teor das mídias juntadas aos autos*, não sendo a condenação suficiente para demonstrar a existência de prejuízo.

Sendo assim, deve ser afastada a ilação do Tribunal de Justiça quanto à nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, porquanto contrária à jurisprudência desta Corte Superior, cabendo ainda ao Tribunal *a quo*, a fim de se dar maior celeridade e efetividade ao processamento da ação penal, determinar a juntada aos autos da documentação apresentada pelo Ministério Público em sede de embargos de declaração, abrindo-se vistas às partes, com o intuito de se manifestarem acerca do referido documento, prosseguindo, ao final, na análise do recurso de apelação e das manifestações dos acusados, como entender de direito.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para afastar a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, cabendo ao Tribunal *a quo*

determinar a juntada aos autos da documentação apresentada pelo Ministério Público, abrindo-se vistas às partes, para fins do contraditório e da ampla defesa, prosseguindo na análise das manifestações e do recurso de apelação, como entender de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 1.753.563-MG (2018/0171181-9)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: T V DA S

Recorrente: L J N DE S

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processo Penal. Recurso especial. Ato infracional análogo ao delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade. Desproporcionalidade. Preceito secundário que não impõe ao maior imputável restrição à liberdade. Reconhecida a ofensa ao princípio da proteção integral. Recurso provido.

1. Configura ofensa ao princípio da proteção integral, a aplicação de semiliberdade ao adolescente pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, na medida em que a aludida medida socioeducativa se mostra mais gravosa do que o preceito secundário do crime de posse de drogas para consumo próprio, aplicável aos maiores de 18 anos. Precedentes desta Corte e do STF.

2. Recurso especial provido para restabelecer a medida de prestação de serviços à comunidade, na forma estipulada pelo Juízo singular.

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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

DJe 16.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

Ementa: ECA. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Reiteração. Internação. Medida adequada ao caso. Ato infracional análogo ao crime de uso de drogas. Reiteração. Medida adequada ao caso. Semiliberdade.

Diante da média gravidade do ato praticado, da reiteração na prática de atos infracionais e do descumprimento pelo adolescente de medidas anteriormente impostas, há que ser tentada a semiliberdade, como forma de reintegrá-lo à sociedade, antes de ser-lhe aplicada a medida extrema de internação.

Mostrando-se a internação necessária para a reeducação do adolescente, face à gravidade do ato infracional e do fato de se encontrar ele fortemente inserido no mundo do crime, não há falar em substituição da medida socioeducativa imposta.

Sustenta o recorrente violação dos arts. 100, parágrafo único, II, 120, § 2º, e 122, todos do ECA e 28 da Lei 11.343/06.

Argumenta que se mostra desproporcional impor aos Recorrentes medida restritiva de liberdade, por violação ao princípio da proteção integral do menor inimputável, sob pena de sujeitar o adolescente à situação mais gravosa que o adulto autor da infração prevista no artigo 28, da Lei 11.343/06 (fl. 251).

Requer, assim, a reforma o acórdão recorrido, a fim de que seja restabelecida a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Consta dos autos que foi julgado procedente o pedido para aplicar a medida de prestação de serviços à comunidade por ato infracional análogo ao delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Interposto recurso pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça deu provimento para fixar a medida socioeducativa de semiliberdade.

No tocante à medida socioeducativa, o voto condutor assim referiu (fls. 224/226):

Lado outro, quanto a MSE de prestação de serviços à comunidade, imposta aos menores T.V.S. e L.J.N.S., consiste na prestação de serviços comunitários, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais e não governamentais.

Tal medida deve ser gratuita e levada a efeito em estabelecimento de serviços públicos ou de relevância pública, governamentais ou não, federais, estaduais ou municipais. Devendo o seu período de cumprimento, respeitado o prazo máximo de seis meses, ser proporcional à gravidade do ato praticado, podendo ser aplicada em qualquer dia da semana, mas sem prejudicar a frequência à escola ou a jornada normal de trabalho.

Após a análise da Certidão de Antecedentes dos Menores T.V.S. e L.J.N.S. (f. 63/66), contudo, os quais já foram condenados inúmeras outras vezes e cumpriram, sem êxito, outras medidas socioeducativas, concluo que a aplicação da referida medida não se mostra suficiente para afastá-los do mundo do crime, devendo ser-lhes imposta, conseqüentemente, a MSE de semiliberdade, a qual é uma alternativa ao regime de internamento que priva, parcialmente, a liberdade do adolescente, colocando-o em contato com a comunidade.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que define os princípios e parâmetros da ação e gestão pedagógicas das medidas socioeducativas, configura a semiliberdade como uma medida restritiva de liberdade, mas que admite a coexistência do adolescente com o meio externo e institucional, estabelecendo a obrigatoriedade da escolarização e de atividades profissionalizantes, numa interação constante entre a entidade responsável pela aplicação da medida e a comunidade, utilizando-se, preferencialmente, dos recursos desta.

A principal característica da semiliberdade, portanto, e que a difere do sistema de internamento, é que admite a existência de atividades externas e a vigilância é a mínima possível, não havendo aparato físico para evitar a fuga, pois tal medida funda-se, precipuamente, no senso de responsabilidade do adolescente e em sua aptidão para ser reinserido na comunidade, contribuindo, assim, para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Nos mesmos moldes da liberdade assistida, é elaborado um programa de atendimento individual do adolescente, que será cumprido através de fases. Entretanto, na semiliberdade o adolescente acaba ficando mais tempo na instituição, o que não ocorre com a liberdade assistida, em que o adolescente só comparece à instituição nos dias determinados para atendimento.

O período da semiliberdade não poderá exceder três anos, devendo o adolescente, durante o período do cumprimento da medida imposto pelo juiz, se submeter a avaliações periódicas realizadas, no máximo, a cada seis meses, levadas a efeito pela equipe interdisciplinar, a qual poderá sugerir, inclusive, a progressão para o cumprimento em meio aberto, nas modalidades liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, ou mesmo o seu desligamento definitivo do programa de atendimento, por ter cumprido satisfatoriamente, todas as fases, e se encontrar apto para conviver, pacificamente, na sociedade e exercer plenamente a sua cidadania.

O juiz poderá aplicar a medida socioeducativa de semiliberdade como resposta a qualquer ato infracional praticado pelo adolescente, principalmente aqueles similares aos crimes de médio potencial ofensivo, desde que, analisadas as circunstâncias, a gravidade e as condições pessoais do adolescente, seja considerada a medida mais adequada ao caso concreto.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de impor ao menor P.H.S. a medida socioeducativa de internação e aos menores T.V.S. e L.J.N.S. a medida socioeducativa de semiliberdade, nos termos da lei.

Considerando que o tipo penal previsto no 28 da Lei 11.343/06 não traz qualquer sanção de privação de liberdade, não se mostra adequada a imposição de medida socioeducativa de semiliberdade, incorrendo em sentido oposto aos princípios da proteção integral e da proporcionalidade, previstos nos arts. 100, parágrafo único, II e VIII, c/c art. 113, ambos da Lei 8.069/90, na medida em que a semiliberdade se mostra mais gravosa do que o preceito secundário do crime de posse de drogas para consumo próprio, aplicável aos maiores de 18 anos. A propósito:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impropriedade de via eleita. Aplicação de medida socioeducativa de internação. Ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 - uso de entorpecentes. Delito

para o qual não se prevê, para o maior imputável, pena privativa de liberdade, mas restritiva de direitos. Princípio da proteção integral do menor inimputável. Internação que se apresenta mais gravosa e desproporcional. Constrangimento ilegal configurado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

[...]

- Seguindo o referido princípio, a internação, meio mais gravoso de restrição à liberdade do menor infrator, deve ser imposta apenas quando nenhum outro meio se mostrar adequado ao caso, nas hipóteses taxativas do art. 122 do ECA.

- *O art. 28 da Lei n. 11.343/2006, ao punir a posse de entorpecentes para consumo próprio, não autoriza a privação da liberdade do condenado, pessoa adulta e plenamente imputável, mas prevê tão somente a aplicação de penas restritivas de direitos. Diante disso, se o menor ou o adolescente gozasse de plena imputabilidade penal, não seria submetido a medida privativa de liberdade, como ocorre na internação.*

- *É manifesto o constrangimento ilegal, por violar o princípio da proteção integral do menor inimputável, a imposição, ao paciente, da medida excepcional e mais gravosa de internação pela prática de ato infracional análogo ao delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas que, se cometido por adulto, não autorizaria a privação da liberdade do autor. Precedentes desta Corte e de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.*

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a aplicação da medida socioeducativa de internação ao paciente, sem prejuízo da imposição de qualquer medida prevista no art. 112 da Lei n. 8.069/90, desde que não implique a privação, mesmo que parcial, da liberdade de ir e vir do paciente.

(HC 338.851/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016.)

Nesse mesmo sentido é a posição da Suprema Corte:

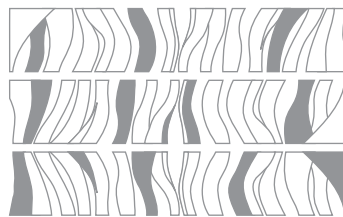
EMENTA: "Habeas corpus". Impetração deduzida contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior da União. Hipótese de incognoscibilidade do "writ" constitucional. Diretriz jurisprudencial firmada por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Ressalva da posição pessoal do relator desta causa, que entende cabível o "writ" contra decisões monocráticas. Configuração, entretanto, de evidente situação de injusto constrangimento ao "status libertatis" do paciente. Imposição de medida socioeducativa de internação a adolescente que praticou ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, para o qual não se comina pena privativa de liberdade, mas, tão só, pena meramente restritiva de direitos. Situação de injusto constrangimento configurada. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida de ofício. – *A criança e o adolescente recebem especial amparo que lhes é dispensado pela própria Constituição da*

República, cujo texto consagra, como diretriz fundamental e vetor condicionante da atuação da família, da sociedade e do Estado (CF, art. 227), o princípio da proteção integral. – O sistema de direito positivo, ao dispor sobre o menor adolescente em situação de conflito com a lei, nas hipóteses em que venha ele a cometer ato infracional – a cuja prática se estende o princípio da insignificância (HC 102.655/RS, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) –, objetiva implementar programas e planos de atendimento socioeducativo, cuja precípua função – entre aquelas definidas na Lei n. 12.594/2012 – consiste em promover a integração social do adolescente, garantindo-lhe a integridade de seus direitos, mediante execução de plano individual de atendimento, respeitados, sempre, o estágio de desenvolvimento e a capacidade de compreensão do menor inimputável. – Revela-se contrário ao sistema jurídico, por subverter o princípio da proteção integral do menor inimputável, impor ao adolescente – que eventualmente pratique ato infracional consistente em possuir drogas para consumo próprio – a medida extraordinária de internação, pois nem mesmo a pessoa maior de dezoito anos de idade, imputável, pode sofrer a privação da liberdade por efeito de transgressão ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

(HC 124.682, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, Processo Eletrônico DJe-037 divulg 25/02/2015 public 26/02/2015.)

Oportunamente, como bem destacado no parecer ministerial, *tratando-se de ato infracional análogo à posse de entorpecentes para uso próprio, mostra-se excessiva e desproporcional, por desrespeitar o Princípio da Proteção Integral, a imposição de medida socioeducativa privativa de liberdade a adolescente que incorra em ato infracional análogo a delito que, se cometido por adulto, como é o caso do art. 28 da Lei de Drogas, não autoriza a privação da liberdade (fl. 278).*

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para restabelecer a medida de prestação de serviços à comunidade, na forma estipulada pelo Juízo singular.



Súmulas

(*) SÚMULA N. 68 (CANCELADA)

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.

Referências:

LC n. 7/1970, art. 3º, **b**.

Decreto-Lei n. 406/1968, art. 2º, § 7º.

Precedentes:

REsp	6.924-PB	(1ª T, 02.09.1991 – DJ 23.09.1991)
REsp	16.841-DF	(1ª T, 17.02.1992 – DJ 06.04.1992)
REsp	19.455-DF	(1ª T, 17.06.1992 – DJ 17.08.1992)
REsp	8.541-SP	(2ª T, 22.05.1991 – DJ 25.11.1991)
REsp	14.471-MG	(2ª T, 18.12.1991 – DJ 17.02.1992)
AgRg no Ag	16.577-SP	(2ª T, 06.04.1992 – DJ 11.05.1992)
REsp	8.601-SP	(2ª T, 06.04.1992 – DJ 18.05.1992)
REsp	21.497-RJ	(2ª T, 10.06.1992 – DJ 10.08.1992)

Primeira Seção, em 15.12.1992

DJ 4.2.1993

(*) A Primeira Seção, na sessão de 27 de março de 2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297-RS, 1.629.001-SC e 1.638.772-SC, determinou o CANCELAMENTO da Súmula n. 68-STJ.

DJe 3.4.2019

(*) SÚMULA N. 94 (CANCELADA)

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

Referências:

CF, art. 155, I, **b**.

Decreto-Lei n. 406/1968.

Decreto-Lei n. 1.940/1982, art. 1º, § 1º.

Precedentes:

REsp 14.467-MG (1ª T, 27.11.1991 – DJ 03.02.1992)

REsp 16.521-DF (1ª T, 26.02.1992 – DJ 06.04.1992)

REsp 27.072-RJ (1ª T, 30.09.1992 – DJ 16.11.1992)

REsp 31.103-RJ (1ª T, 29.03.1993 – DJ 26.04.1993)

REsp 8.379-RJ (2ª T, 26.08.1992 – DJ 28.09.1992)

Primeira Seção, em 22.2.1994

DJ 28.2.1994

(*) A Primeira Seção, na sessão de 27 de março de 2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297-RS, 1.629.001-SC e 1.638.772-SC, determinou o CANCELAMENTO da Súmula n. 94-STJ.

DJe 3.4.2019

SÚMULA N. 630

A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.

Referências:

CP, art. 65, III, d.

Lei n. 11.343/2006, arts. 28 e 33.

Súmula n. 545-STJ.

Precedentes:

HC 168.369-MS (5ª T, 03.05.2011 – DJe 18.05.2011)

AgRg no

AgRg no AREsp 1.053.604-AC (5ª T, 1º.06.2017 – DJe 09.06.2017)

AgRg no HC 432.165-MS (5ª T, 24.05.2018 – DJe 29.05.2018)

AgRg no HC 448.692-SC (5ª T, 26.06.2018 – DJe 1º.08.2018)

AgRg no AREsp 1.308.356-MG (5ª T, 07.08.2018 – DJe 17.08.2018)

HC 431.541-MS (5ª T, 21.08.2018 – DJe 28.08.2018)

AgRg no REsp 1.594.486-SP (6ª T, 21.09.2017 – DJe 02.10.2017)

AgRg no REsp 1.417.551-SC (6ª T, 24.10.2017 – DJe 12.12.2017)

HC 437.135-SP (6ª T, 22.05.2018 – DJe 06.06.2018)

AgRg no HC 438.846-MS (6ª T, 05.06.2018 – DJe 12.06.2018)

AgRg no AREsp 1.263.525-MG (6ª T, 12.06.2018 – DJe 22.06.2018)

Terceira Seção, em 24.4.2019

DJe 29.4.2019



SÚMULA N. 631

O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.

Referências:

CF/1988, arts. 5º, XLIII, e 84, XII.

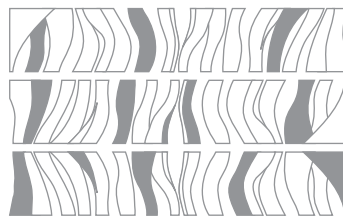
CP, art. 107, II.

Precedentes:

HC	186.375-MG	(5ª T, 21.06.2011 – DJe 1º.08.2011)
HC	198.909-SP	(5ª T, 14.08.2012 – DJe 23.08.2012)
HC	368.650-SP	(5ª T, 13.12.2016 – DJe 1º.02.2017)
RHC	61.803-TO	(5ª T, 20.04.2017 – DJe 03.05.2017)
AgRg no HC	266.215-SC	(5ª T, 19.09.2017 – DJe 27.09.2017)
AgRg no AREsp	682.331-MG	(5ª T, 07.11.2017 – DJe 14.11.2017)
HC	438.408-SP	(5ª T, 20.03.2018 – DJe 02.04.2018)
AgRg no HC	409.588-SP	(6ª T, 12.12.2017 – DJe 19.12.2017)

Terceira Seção, em 24.4.2019

DJe 29.4.2019



Índice Analítico

A

- Pn Absolvição - CP, art. 17 - Crime de ensaio - **Crime impossível** - Súmula n. 145-STF. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.184.410 - SP. RSTJ 253/819.
- PrCv Ação autônoma - Ajuizamento - Cabimento - CPC, arts. 381 e 396 - **Exibição de documento**. REsp n. 1.774.987 - SP. RSTJ 253/666.
- PrCv **Ação civil pública** - Contrato - Cláusula de arbitragem - Imposição - Dano moral coletivo - Não configuração. AgInt no AREsp n. 100.405 - GO. RSTJ 253/537.
- PrCv **Ação de prestação de contas** - Contrato de colaboração - Empresa promotora de vendas de quotas consorciais - Administradora de consórcio. REsp n. 1.676.623 - SP. RSTJ 253/477.
- PrCv **Ação indenizatória** - CDC, art. 3º - Dano moral - Dano material - Defeito do produto - Marca de renome global - Legitimidade passiva *ad causam* - Fornecedor aparente. REsp n. 1.580.432 - SP. RSTJ 253/570.
- PrPn Ação penal - Trancamento - **Crime contra a ordem tributária** - Lei n. 8.137/1990, art. 1º, I. HC n. 351.718 - PE. RSTJ 253/834.
- PrPn Ação penal - Trancamento - Excepcionalidade não configurada - Coação ilegal - Inexistência - **Crime contra a ordem tributária**. RHC n. 88.672 - GO. RSTJ 253/763.
- PrCv **Ação rescisória** - Improcedência - Concurso público - CPC, art. 509 - Inaplicabilidade - Litisconsórcio unitário - Não ocorrência. AgInt na AR n. 5.339 - SP. RSTJ 253/55.
- Trbt Adicional de 2,5% - Incidência - **Contribuição previdenciária** - Cooperativas de créditos - Lei Complementar n. 84/1996. AgInt no REsp n. 1.281.866 - MG. RSTJ 253/222.

- Pn **Advogado** - Destituição - Atuação tumultuária - Prejuízo à ampla defesa do réu. RMS n. 52.007 - PR. RSTJ 253/777.
- PrCv **Agravo interno** - Não conhecimento - CPC/2015, art. 138 - Pedido de ingresso de *amicus curiae* - Indeferimento. AgInt no REsp n. 1.617.086 - PR. RSTJ 253/72.
- PrCv **Agravo interno** - Não provimento - Fundamentação deficiente - Súmula n. 284-STF. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR. RSTJ 253/274.
- Cv Alienação fiduciária - **Contrato bancário** - Tarifas. REsp n. 1.578.553 - SP. RSTJ 253/358.
- Cv **Animal de estimação** - Regulamentação de visitas - União estável - Dissolução. REsp n. 1.713.167 - SP. RSTJ 253/615.
- PrCv **Apelação** - Julgamento não unânime - CPC/2015, art. 942 - Técnica de ampliação do colegiado - Voto - Modificação - Possibilidade. REsp n. 1.771.815 - SP. RSTJ 253/517.
- Trbt Apresentação de notas fiscais - Equiparação com declaração de débito - Impossibilidade - Crédito tributário - Constituição - **Imposto sobre Serviços (ISS)**. REsp n. 1.490.108 - MG. RSTJ 253/230.
- Adm Arbitrariedade - Ausência - **Concurso público** - Nomeação - Discricionariedade administrativa. AgInt no MS n. 22.089 - DF. RSTJ 253/63.
- Adm **Área de Preservação Permanente (APP)** - Demolição da edificação - Margens do Rio Tubarão - Limite imposto pelo Código Ambiental - Observância - Imprescindibilidade. REsp n. 1.505.083 - SC. RSTJ 253/236.
- Pn Atenuante da confissão espontânea - CP, art. 65, III, d - **Crime de tráfico ilícito de entorpecentes** - Lei n. 11.343/2006, arts. 28 e 33 - Reconhecimento da traficância pelo acusado - Necessidade. Súmula n. 630-STJ. RSTJ 253/929.
- PrCv Ato ilegal ou abusivo - Ausência - Decisão fundamentada - **Suspeição de parcialidade** - Não configuração. REsp n. 1.685.373 - PA. RSTJ 253/243.
- Cv Ato ilícito - Configuração - Dano moral - **Indenização** - Jogador profissional - Agressões físicas e verbais contra árbitro de futebol. REsp n. 1.762.786 - SP. RSTJ 253/499.
- PrPn **Ato infracional** - Crime de posse de drogas para consumo próprio - Equiparação - Medida de prestação de serviços à comunidade - Medida socioeducativa de semiliberdade - Desproporcionalidade - Princípio da proteção integral - Ofensa. REsp n. 1.753.563 - MG. RSTJ 253/919.
- Pn **Ato infracional** - Crime de roubo - Equiparação - Medida de semiliberdade - Substituição. HC n. 362.735 - SP. RSTJ 253/740.

- PrCv Atos de constrição e alienação de bens da empresa recuperanda - **Competência** - Juízo Universal - Recuperação judicial - Execução fiscal. AgInt no CC n. 156.959 - MT. RSTJ 253/297.
- Pn Atuação tumultuária - **Advogado** - Destituição - Prejuízo à ampla defesa do réu. RMS n. 52.007 - PR. RSTJ 253/777.
- Adm Auto de infração - Regularidade - CTB, arts. 165 e 277, § 3º - Estado de embriaguez não evidenciado - Desnecessidade - **Infração de trânsito** - Teste do etilômetro - Recusa - Penalidade administrativa - Possibilidade. REsp n. 1.758.579 - RS. RSTJ 253/285.
- PrPn Autorização judicial de espelhamento das conversas do investigado via *WhatsApp Web* - Decisão judicial - Nulidade - **Prisão preventiva** - Revogação. RHC n. 99.735 - SC. RSTJ 253/883.

B

- Pv Benefício previdenciário - Direito fundamental da pessoa humana - **Pensão por morte** - Prescrição do fundo de direito - Não cabimento. AgInt no AREsp n. 578.883 - RS. RSTJ 253/213.
- Pv **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Direito adquirido - Reconhecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput* - Prazo decadencial - Incidência. REsp n. 1.612.818 - PR. RSTJ 253/157.

C

- PrCv CDC, art. 3º - **Ação indenizatória** - Dano moral - Dano material - Defeito do produto - Marca de renome global - Legitimidade passiva *ad causam* - Fornecedor aparente. REsp n. 1.580.432 - SP. RSTJ 253/570.
- PrPn Cerceamento de defesa - Não caracterização - Princípio do *pas de nullité sans grief* - Sessão de julgamento - Nulidade - Não ocorrência - **Tribunal do Júri**. REsp n. 1.719.933 - MG. RSTJ 253/898.
- PrPn Chacina do Cabula - **Incidente de Deslocamento de Competência** - Improcedência. IDC n. 10 - DF. RSTJ 253/683.
- Cv Circulação e abstração do título de crédito após o aceite - **Contrato de factoring** - Duplicatas previamente aceitas - Endosso à faturizadora - Exceções pessoais - Oposição - Não cabimento. EREsp n. 1.439.749 - RS. RSTJ 253/339.
- PrCv Citação - **Sentença estrangeira** - Homologação - Deferimento - Trânsito em julgado - Comprovação. SEC n. 13.877 - IT. RSTJ 253/45.

- PrPn Coação ilegal - Inexistência - Ação penal - Trancamento - Excepcionalidade não configurada - **Crime contra a ordem tributária**. RHC n. 88.672 - GO. RSTJ 253/763.
- PrCv **Competência** - Atos de constrição e alienação de bens da empresa recuperanda - Juízo Universal - Recuperação judicial - Execução fiscal. AgInt no CC n. 156.959 - MT. RSTJ 253/297.
- PrPn **Competência** - Crime licitatório - Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro - Militar em situação de atividade. CC n. 160.902 - RJ. RSTJ 253/675.
- PrCv **Competência** - Juízo Arbitral - Questões societárias. CC n. 157.099 - RJ. RSTJ 253/307.
- Adm Competência - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) - Lei n. 9.503/1997, art. 21, VI - Lei n. 10.233/2001, art. 82, § 3º - **Multa de trânsito** - Excesso de velocidade - Rodovia federal. REsp n. 1.588.969 - RS. RSTJ 253/130.
- Pn Competência - Justiça Estadual - **Salário-educação** - Quota municipal - Desvio. HC n. 445.325 - SP. RSTJ 253/859.
- PrPn Competência - Justiça Federal nacional - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de roubo - Crime de latrocínio - Crime de sequestro e cárcere privado - Crimes praticados por brasileiro no exterior e continuados em solo pátrio - **Operação Fronteira/Resposta Integrada**. RHC n. 95.595 - PR. RSTJ 253/873.
- PrCv Concurso público - **Ação rescisória** - Improcedência - CPC, art. 509 - Inaplicabilidade - Litisconsórcio unitário - Não ocorrência. AgInt na AR n. 5.339 - SP. RSTJ 253/55.
- Adm **Concurso público** - Nomeação - Arbitrariedade - Ausência - Discricionariedade administrativa. AgInt no MS n. 22.089 - DF. RSTJ 253/63.
- Adm Conduta tipificada como crime - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º - Lei n. 8.429/1992, art. 23, II - Pena em abstrato - Observância - Prescrição. EDv nos EREsp n. 1.656.383 - SC. RSTJ 253/91.
- PrPn Constrangimento ilegal - Ausência - **Crime de lavagem de dinheiro** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. AgRg no RHC n. 101.027 - PR. RSTJ 253/725.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Competência - Justiça Federal nacional - Crime de roubo - Crime de latrocínio - Crime de sequestro e cárcere privado - Crimes praticados por brasileiro no exterior e continuados em solo pátrio - **Operação Fronteira/Resposta Integrada**. RHC n. 95.595 - PR. RSTJ 253/873.

- PrCv Contrato - Cláusula de arbitragem - Imposição - **Ação civil pública** - Dano moral coletivo - Não configuração. AgInt no AREsp n. 100.405 - GO. RSTJ 253/537.
- Cv **Contrato bancário** - Alienação fiduciária - Tarifas. REsp n. 1.578.553 - SP. RSTJ 253/358.
- Cv Contrato com cláusula compromissória - **Falência** - Juízo arbitral - Instauração prévia - Desnecessidade - Lei n. 11.101/2005 - Títulos de crédito - Inadimplemento. REsp n. 1.733.685 - SP. RSTJ 253/656.
- PrCv Contrato de colaboração - Empresa promotora de vendas de quotas consorciais - Administradora de consórcio - **Ação de prestação de contas**. REsp n. 1.676.623 - SP. RSTJ 253/477.
- Cv **Contrato de factoring** - Circulação e abstração do título de crédito após o aceite - Duplicatas previamente aceitas - Endosso à faturizadora - Exceções pessoais - Oposição - Não cabimento. EREsp n. 1.439.749 - RS. RSTJ 253/339.
- Trbt **Contribuição previdenciária** - Adicional de 2,5% - Incidência - Cooperativas de créditos - Lei Complementar n. 84/1996. AgInt no REsp n. 1.281.866 - MG. RSTJ 253/222.
- Trbt Cooperativas de créditos - Adicional de 2,5% - Incidência - **Contribuição previdenciária** - Lei Complementar n. 84/1996. AgInt no REsp n. 1.281.866 - MG. RSTJ 253/222.
- Pn CP, art. 17 - Absolvição - Crime de ensaio - **Crime impossível** - Súmula n. 145-STF. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.184.410 - SP. RSTJ 253/819.
- Pn CP, art. 65, III, **d** - Atenuante da confissão espontânea - **Crime de tráfico ilícito de entorpecentes** - Lei n. 11.343/2006, arts. 28 e 33 - Reconhecimento da traficância pelo acusado - Necessidade. Súmula n. 630-STJ. RSTJ 253/929.
- Pn CP, art. 107, II - Efeitos primários da condenação - Extinção - **Indulto**. Súmula n. 631-STJ. RSTJ 253/930.
- Pn CP, art. 217-A, § 1º - **Crime de estupro de vulnerável** - Tipificação - Vítima - Imobilização total - Impossibilidade de oferecer resistência. REsp n. 1.706.266 - MT. RSTJ 253/808.
- PrCv CPC, arts. 381 e 396 - Ação autônoma - Ajuizamento - Cabimento - **Exibição de documento**. REsp n. 1.774.987 - SP. RSTJ 253/666.
- PrCv CPC, art. 509 - Inaplicabilidade - **Ação rescisória** - Improcedência - Concurso público - Litisconsórcio unitário - Não ocorrência. AgInt na AR n. 5.339 - SP. RSTJ 253/55.

- PrCv CPC/2015, art. 138 - **Agravo interno** - Não conhecimento - Pedido de ingresso de *amicus curiae* - Indeferimento. AgInt no REsp n. 1.617.086 - PR. RSTJ 253/72.
- PrCv CPC/2015, arts. 303 e 304 - Juízo de primeiro grau - Revogação da decisão concessiva - Réu - Contestação - **Tutela antecipada** - Caráter antecedente. REsp n. 1.760.966 - SP. RSTJ 253/485.
- PrCv CPC/2015, art. 942 - **Apelação** - Julgamento não unânime - Técnica de ampliação do colegiado - Voto - Modificação - Possibilidade. REsp n. 1.771.815 - SP. RSTJ 253/517.
- Trbt Crédito tributário - Constituição - Apresentação de notas fiscais - Equiparação com declaração de débito - Impossibilidade - **Imposto sobre Serviços (ISS)**. REsp n. 1.490.108 - MG. RSTJ 253/230.
- PrPn **Crime contra a ordem tributária** - Ação penal - Trancamento - Lei n. 8.137/1990, art. 1º, I. HC n. 351.718 - PE. RSTJ 253/834.
- PrPn **Crime contra a ordem tributária** - Ação penal - Trancamento - Excepcionalidade não configurada - Coação ilegal - Inexistência. RHC n. 88.672 - GO. RSTJ 253/763.
- Pn **Crime contra a ordem tributária** - Dados bancários obtidos pela Receita Federal - Compartilhamento com o Ministério Público - Prova - Lícitude - Reserva de jurisdição - Ofensa - Não ocorrência. AgRg no REsp n. 1.601.127 - SP. RSTJ 253/709.
- PrPn **Crime contra o sistema financeiro nacional** - Inquérito policial - Acesso aos autos - Súmula Vinculante n. 14-STF. RMS n. 55.790 - SP. RSTJ 253/798.
- PrPn **Crime de desabamento qualificado** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Polo passivo - Exclusão de réus - Não cabimento. RHC n. 87.023 - SP. RSTJ 253/750.
- Pn Crime de ensaio - Absolvição - CP, art. 17 - **Crime impossível** - Súmula n. 145-STF. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.184.410 - SP. RSTJ 253/819.
- Pn **Crime de estupro de vulnerável** - Tipificação - CP, art. 217-A, § 1º - Vítima - Imobilização total - Impossibilidade de oferecer resistência. REsp n. 1.706.266 - MT. RSTJ 253/808.
- PrPn **Crime de lavagem de dinheiro** - Constrangimento ilegal - Ausência - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. AgRg no RHC n. 101.027 - PR. RSTJ 253/725.
- PrPn Crime de roubo - Crime de latrocínio - Crime de sequestro e cárcere privado - Competência - Justiça Federal nacional - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crimes praticados por brasileiro no exterior e continuados em solo pátrio - **Operação Fronteira/Resposta Integrada**. RHC n. 95.595 - PR. RSTJ 253/873.

- PrPn **Crime de tráfico de entorpecente** - Prova ilícita - Réu - Prejuízo - Sentença - Nulidade. HC n. 330.559 - SC. RSTJ 253/824.
- Pn **Crime de tráfico ilícito de entorpecentes** - Atenuante da confissão espontânea - CP, art. 65, III, d - Lei n. 11.343/2006, arts. 28 e 33 - Reconhecimento da traficância pelo acusado - Necessidade. Súmula n. 630-STJ. RSTJ 253/929.
- Pn **Crime impossível** - Absolvição - CP, art. 17 - Crime de ensaio - Súmula n. 145-STF. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.184.410 - SP. RSTJ 253/819.
- PrPn Crime licitatório - **Competência** - Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro - Militar em situação de atividade. CC n. 160.902 - RJ. RSTJ 253/675.
- PrPn Crimes praticados por brasileiro no exterior e continuados em solo pátrio - Competência - Justiça Federal nacional - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de roubo - Crime de latrocínio - Crime de sequestro e cárcere privado - **Operação Fronteira/Resposta Integrada**. RHC n. 95.595 - PR. RSTJ 253/873.
- Adm CTB, arts. 165 e 277, § 3º - Auto de infração - Regularidade - Estado de embriaguez não evidenciado - Desnecessidade - **Infração de trânsito** - Teste do etilômetro - Recusa - Penalidade administrativa - Possibilidade. REsp n. 1.758.579 - RS. RSTJ 253/285.

D

- Pn Dados bancários obtidos pela Receita Federal - Compartilhamento com o Ministério Público - **Crime contra a ordem tributária** - Prova - Licitude - Reserva de jurisdição - Ofensa - Não ocorrência. AgRg no REsp n. 1.601.127 - SP. RSTJ 253/709.
- Cv Dano moral - Ato ilícito - Configuração - **Indenização** - Jogador profissional - Agressões físicas e verbais contra árbitro de futebol. REsp n. 1.762.786 - SP. RSTJ 253/499.
- PrCv Dano moral - Dano material - **Ação indenizatória** - CDC, art. 3º - Defeito do produto - Marca de renome global - Legitimidade passiva *ad causam* - Fornecedor aparente. REsp n. 1.580.432 - SP. RSTJ 253/570.
- Cv Dano moral - Redução - Não cabimento - Defeito na prestação de serviço - Configuração - Passageiro portador de necessidades especiais - Embarque em aeronave - **Responsabilidade civil** - Companhia aérea. REsp n. 1.611.915 - RS. RSTJ 253/585.
- PrCv Dano moral coletivo - Não configuração - **Ação civil pública** - Contrato - Cláusula de arbitragem - Imposição. AgInt no AREsp n. 100.405 - GO. RSTJ 253/537.

- PrCv Decisão fundamentada - Ato ilegal ou abusivo - Ausência - **Suspeição de parcialidade** - Não configuração. REsp n. 1.685.373 - PA. RSTJ 253/243.
- PrPn Decisão judicial - Nulidade - Autorização judicial de espelhamento das conversas do investigado via *WhatsApp Web* - **Prisão preventiva** - Revogação. RHC n. 99.735 - SC. RSTJ 253/883.
- Cv Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Despesas condominiais vencidas após a decretação da quebra - **Falência** - Ordem de preferência. EREsp n. 1.162.964 - RJ. RSTJ 253/25.
- PrCv Defeito do produto - Marca de renome global - **Ação indenizatória** - CDC, art. 3º - Dano moral - Dano material - Legitimidade passiva *ad causam* - Fornecedor aparente. REsp n. 1.580.432 - SP. RSTJ 253/570.
- Cv Defeito na prestação de serviço - Configuração - Dano moral - Redução - Não cabimento - Passageiro portador de necessidades especiais - Embarque em aeronave - **Responsabilidade civil** - Companhia aérea. REsp n. 1.611.915 - RS. RSTJ 253/585.
- Adm Demolição da edificação - Margens do Rio Tubarão - **Área de Preservação Permanente (APP)** - Limite imposto pelo Código Ambiental - Observância - Imprescindibilidade. REsp n. 1.505.083 - SC. RSTJ 253/236.
- PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Constrangimento ilegal - Ausência - **Crime de lavagem de dinheiro**. AgRg no RHC n. 101.027 - PR. RSTJ 253/725.
- PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Crime de desabamento qualificado** - Polo passivo - Exclusão de réus - Não cabimento. RHC n. 87.023 - SP. RSTJ 253/750.
- Trbt **Despacho aduaneiro** - Direito *antidumping* - Súmula n. 323-STF - Inaplicabilidade. REsp n. 1.728.921 - SC. RSTJ 253/260.
- Cv Despesas condominiais vencidas após a decretação da quebra - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - **Falência** - Ordem de preferência. EREsp n. 1.162.964 - RJ. RSTJ 253/25.
- Pv Direito adquirido - Reconhecimento - **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput* - Prazo decadencial - Incidência. REsp n. 1.612.818 - PR. RSTJ 253/157.
- Trbt Direito *antidumping* - **Despacho aduaneiro** - Súmula n. 323-STF - Inaplicabilidade. REsp n. 1.728.921 - SC. RSTJ 253/260.
- Adm Discricionariedade administrativa - Arbitrariedade - Ausência - **Concurso público** - Nomeação. AgInt no MS n. 22.089 - DF. RSTJ 253/63.
- Cv Duplicatas previamente aceitas - Circulação e abstração do título de crédito após o aceite - **Contrato de factoring** - Endosso à faturizadora - Exceções pessoais - Oposição - Não cabimento. EREsp n. 1.439.749 - RS. RSTJ 253/339.

E

- Pn Efeitos primários da condenação - Extinção - CP, art. 107, II - **Indulto**. Súmula n. 631-STJ. RSTJ 253/930.
- Cv Endosso à faturizadora - Circulação e abstração do título de crédito após o aceite - **Contrato de factoring** - Duplicatas previamente aceitas - Exceções pessoais - Oposição - Não cabimento. EREsp n. 1.439.749 - RS. RSTJ 253/339.
- Cv Estabelecimento comercial - *Drive-thru* - Assalto à mão armada - Fato do serviço - Fortuito interno - Indenização - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.450.434 - SP. RSTJ 253/546.
- Adm Estado de embriaguez não evidenciado - Desnecessidade - Auto de infração - Regularidade - CTB, arts. 165 e 277, § 3º - **Infração de trânsito** - Teste do etilômetro - Recusa - Penalidade administrativa - Possibilidade. REsp n. 1.758.579 - RS. RSTJ 253/285.
- Cv Exceções pessoais - Oposição - Não cabimento - Circulação e abstração do título de crédito após o aceite - **Contrato de factoring** - Duplicatas previamente aceitas - Endosso à faturizadora. EREsp n. 1.439.749 - RS. RSTJ 253/339.
- PrCv **Execução das cédulas de crédito bancário** - Extinção. REsp n. 1.501.640 - SP. RSTJ 253/423.
- PrCv **Exibição de documento** - Ação autônoma - Ajuizamento - Cabimento - CPC, arts. 381 e 396. REsp n. 1.774.987 - SP. RSTJ 253/666.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Interesse processual - Ausência - **Mandado de injunção**. MI n. 249 - DF. RSTJ 253/37.
- PrCv Extradicação ativa - **Habeas corpus** - Não conhecimento - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ministro de Estado da Justiça. HC n. 467.209 - DF. RSTJ 253/99.

F

- Cv **Falência** - Contrato com cláusula compromissória - Juízo arbitral - Instauração prévia - Desnecessidade - Lei n. 11.101/2005 - Títulos de crédito - Inadimplemento. REsp n. 1.733.685 - SP. RSTJ 253/656.
- Cv **Falência** - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Despesas condominiais vencidas após a decretação da quebra - Ordem de preferência. EREsp n. 1.162.964 - RJ. RSTJ 253/25.

- Cv Fato do serviço - Estabelecimento comercial - *Drive-thru* - Assalto à mão armada - Fortuito interno - Indenização - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.450.434 - SP. RSTJ 253/546.
- Cv Fornecimento de medicamento não registrado pela Anvisa - Não obrigatoriedade - **Plano de saúde**. REsp n. 1.726.563 - SP. RSTJ 253/389.
- Cv Fortuito interno - Estabelecimento comercial - *Drive-thru* - Assalto à mão armada - Fato do serviço - Indenização - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.450.434 - SP. RSTJ 253/546.
- PrCv Fundamentação deficiente - **Agravo interno** - Não provimento - Súmula n. 284-STF. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR. RSTJ 253/274.

H

- PrCv **Habeas corpus** - Não conhecimento - Extradicação ativa - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ministro de Estado da Justiça. HC n. 467.209 - DF. RSTJ 253/99.
- Cv *Home care* - Regime de tempo integral - Manutenção - **Plano de saúde**. REsp n. 1.599.436 - RJ. RSTJ 253/450.

I

- PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ministro de Estado da Justiça - Extradicação ativa - **Habeas corpus** - Não conhecimento. HC n. 467.209 - DF. RSTJ 253/99.
- Trbt **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Apresentação de notas fiscais - Equiparação com declaração de débito - Impossibilidade - Crédito tributário - Constituição. REsp n. 1.490.108 - MG. RSTJ 253/230.
- Adm **Improbidade administrativa** - Conduta tipificada como crime - Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º - Lei n. 8.429/1992, art. 23, II - Pena em abstrato - Observância - Prescrição. EDv nos EREsp n. 1.656.383 - SC. RSTJ 253/91.
- PrPn **Incidente de Deslocamento de Competência** - Improcedência - Chacina do Cabula. IDC n. 10 - DF. RSTJ 253/683.
- Cv **Indenização** - Ato ilícito - Configuração - Dano moral - Jogador profissional - Agressões físicas e verbais contra árbitro de futebol. REsp n. 1.762.786 - SP. RSTJ 253/499.
- Cv Indenização - Estabelecimento comercial - *Drive-thru* - Assalto à mão armada - Fato do serviço - Fortuito interno - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.450.434 - SP. RSTJ 253/546.

- Pn **Indulto** - CP, art. 107, II - Efeitos primários da condenação - Extinção. Súmula n. 631-STJ. RSTJ 253/930.
- Adm **Infração de trânsito** - Auto de infração - Regularidade - CTB, arts. 165 e 277, § 3º - Estado de embriaguez não evidenciado - Desnecessidade - Teste do etilômetro - Recusa - Penalidade administrativa - Possibilidade. REsp n. 1.758.579 - RS. RSTJ 253/285.
- PrPn Inquérito policial - Acesso aos autos - **Crime contra o sistema financeiro nacional** - Súmula Vinculante n. 14-STF. RMS n. 55.790 - SP. RSTJ 253/798.
- PrCv Interesse processual - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Mandado de injunção**. MI n. 249 - DF. RSTJ 253/37.
- PrCv **Intimação eletrônica** - Duplicidade - Lei n. 11.419/2006, arts. 4º e 5º - Portal Eletrônico - Prevalência. REsp n. 1.653.976 - RJ. RSTJ 253/601.

J

- Cv Jogador profissional - Agressões físicas e verbais contra árbitro de futebol - Ato ilícito - Configuração - Dano moral - **Indenização**. REsp n. 1.762.786 - SP. RSTJ 253/499.
- PrCv Juízo Arbitral - **Competência** - Questões societárias. CC n. 157.099 - RJ. RSTJ 253/307.
- Cv Juízo arbitral - Instauração prévia - Desnecessidade - Contrato com cláusula compromissória - **Falência** - Lei n. 11.101/2005 - Títulos de crédito - Inadimplemento. REsp n. 1.733.685 - SP. RSTJ 253/656.
- PrPn Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro - **Competência** - Crime licitatório - Militar em situação de atividade. CC n. 160.902 - RJ. RSTJ 253/675.
- PrCv Juízo de primeiro grau - Revogação da decisão concessiva - CPC/2015, arts. 303 e 304 - Réu - Contestação - **Tutela antecipada** - Caráter antecedente. REsp n. 1.760.966 - SP. RSTJ 253/485.
- PrCv Juízo Universal - Atos de constrição e alienação de bens da empresa recuperanda - **Competência** - Recuperação judicial - Execução fiscal. AgInt no CC n. 156.959 - MT. RSTJ 253/297.

L

- PrCv Legitimidade passiva *ad causam* - Fornecedor aparente - **Ação indenizatória** - CDC, art. 3º - Dano moral - Dano material - Defeito do produto - Marca de renome global. REsp n. 1.580.432 - SP. RSTJ 253/570.

- Trbt Lei Complementar n. 84/1996 - Adicional de 2,5% - Incidência - **Contribuição previdenciária** - Cooperativas de créditos. AgInt no REsp n. 1.281.866 - MG. RSTJ 253/222.
- Cv Lei n. 5.709/1971, arts. 1º, § 1º e 8º - Pessoa jurídica brasileira - Controle estrangeiro - Possibilidade jurídica do pedido - **Usucapião**. REsp n. 1.641.038 - CE. RSTJ 253/465.
- Adm Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º - Conduta tipificada como crime - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.429/1992, art. 23, II - Pena em abstrato - Observância - Prescrição. EDv nos EREsp n. 1.656.383 - SC. RSTJ 253/91.
- PrPn Lei n. 8.137/1990, art. 1º, I - Ação penal - Trancamento - **Crime contra a ordem tributária**. HC n. 351.718 - PE. RSTJ 253/834.
- Pv Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput* - **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Direito adquirido - Reconhecimento - Prazo decadencial - Incidência. REsp n. 1.612.818 - PR. RSTJ 253/157.
- Adm Lei n. 8.429/1992, art. 23, II - Conduta tipificada como crime - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º - Pena em abstrato - Observância - Prescrição. EDv nos EREsp n. 1.656.383 - SC. RSTJ 253/91.
- Adm Lei n. 9.503/1997, art. 21, VI - Competência - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) - Lei n. 10.233/2001, art. 82, § 3º - **Multa de trânsito** - Excesso de velocidade - Rodovia federal. REsp n. 1.588.969 - RS. RSTJ 253/130.
- Adm Lei n. 10.233/2001, art. 82, § 3º - Competência - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) - Lei n. 9.503/1997, art. 21, VI - **Multa de trânsito** - Excesso de velocidade - Rodovia federal. REsp n. 1.588.969 - RS. RSTJ 253/130.
- Cv Lei n. 11.101/2005 - Contrato com cláusula compromissória - **Falência** - Juízo arbitral - Instauração prévia - Desnecessidade - Títulos de crédito - Inadimplemento. REsp n. 1.733.685 - SP. RSTJ 253/656.
- Pn Lei n. 11.343/2006, arts. 28 e 33 - Atenuante da confissão espontânea - CP, art. 65, III, d - **Crime de tráfico ilícito de entorpecentes** - Reconhecimento da traficância pelo acusado - Necessidade. Súmula n. 630-STJ. RSTJ 253/929.
- PrCv Lei n. 11.419/2006, arts. 4º e 5º - **Intimação eletrônica** - Duplicidade - Portal Eletrônico - Prevalência. REsp n. 1.653.976 - RJ. RSTJ 253/601.
- Adm Licitação - Fraude - **Processo administrativo** - Ilegalidade - Ausência. MS n. 21.373 - DF. RSTJ 253/108.

- Adm Limite imposto pelo Código Ambiental - Observância - Imprescindibilidade - **Área de Preservação Permanente (APP)** - Demolição da edificação - Margens do Rio Tubarão. REsp n. 1.505.083 - SC. RSTJ 253/236.
- PrCv Litisconsórcio unitário - Não ocorrência - **Ação rescisória** - Improcedência - Concurso público - CPC, art. 509 - Inaplicabilidade. AgInt na AR n. 5.339 - SP. RSTJ 253/55.

M

- PrCv **Mandado de injunção** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Interesse processual - Ausência. MI n. 249 - DF. RSTJ 253/37.
- PrPn Medida de prestação de serviços à comunidade - **Ato infracional** - Crime de posse de drogas para consumo próprio - Equiparação - Medida socioeducativa de semiliberdade - Desproporcionalidade - Princípio da proteção integral - Ofensa. REsp n. 1.753.563 - MG. RSTJ 253/919.
- Pn Medida de semiliberdade - Substituição - **Ato infracional** - Crime de roubo - Equiparação. HC n. 362.735 - SP. RSTJ 253/740.
- PrPn Medida socioeducativa de semiliberdade - Desproporcionalidade - **Ato infracional** - Crime de posse de drogas para consumo próprio - Equiparação - Medida de prestação de serviços à comunidade - Princípio da proteção integral - Ofensa. REsp n. 1.753.563 - MG. RSTJ 253/919.
- PrPn Militar em situação de atividade - **Competência** - Crime licitatório - Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro. CC n. 160.902 - RJ. RSTJ 253/675.
- Adm Morte de detento em estabelecimento prisional - Pensionamento mensal - Família de baixa renda - Cabimento - *Quantum* indenizatório - Valor irrisório - Revisão - Possibilidade - **Responsabilidade do Estado**. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR. RSTJ 253/271.
- Adm **Multa de trânsito** - Excesso de velocidade - Competência - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) - Lei n. 9.503/1997, art. 21, VI - Lei n. 10.233/2001, art. 82, § 3º - Rodovia federal. REsp n. 1.588.969 - RS. RSTJ 253/130.

O

- PrPn **Operação Fronteira/Resposta Integrada** - Competência - Justiça Federal nacional - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de roubo - Crime de latrocínio - Crime de sequestro e cárcere privado - Crimes praticados por brasileiro no exterior e continuados em solo pátrio. RHC n. 95.595 - PR. RSTJ 253/873.

- Cv Ordem de preferência - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Despesas condominiais vencidas após a decretação da quebra - **Falência**. EREsp n. 1.162.964 - RJ. RSTJ 253/25.

P

- Cv Passageiro portador de necessidades especiais - Embarque em aeronave - Dano moral - Redução - Não cabimento - Defeito na prestação de serviço - Configuração - **Responsabilidade civil** - Companhia aérea. REsp n. 1.611.915 - RS. RSTJ 253/585.
- PrCv Pedido de ingresso de *amicus curiae* - Indeferimento - **Agravo interno** - Não conhecimento - CPC/2015, art. 138. AgInt no REsp n. 1.617.086 - PR. RSTJ 253/72.
- Adm Pena em abstrato - Observância - Conduta tipificada como crime - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º - Lei n. 8.429/1992, art. 23, II - Prescrição. EDv nos EREsp n. 1.656.383 - SC. RSTJ 253/91.
- Pv **Pensão por morte** - Benefício previdenciário - Direito fundamental da pessoa humana - Prescrição do fundo de direito - Não cabimento. AgInt no AREsp n. 578.883 - RS. RSTJ 253/213.
- Adm Pensionamento mensal - Família de baixa renda - Cabimento - Morte de detento em estabelecimento prisional - *Quantum* indenizatório - Valor irrisório - Revisão - Possibilidade - **Responsabilidade do Estado**. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR. RSTJ 253/271.
- Cv Pessoa jurídica brasileira - Controle estrangeiro - Lei n. 5.709/1971, arts. 1º, § 1º e 8º - Possibilidade jurídica do pedido - **Usucapião**. REsp n. 1.641.038 - CE. RSTJ 253/465.
- Cv **Plano de saúde** - Fornecimento de medicamento não registrado pela Anvisa - Não obrigatoriedade. REsp n. 1.726.563 - SP. RSTJ 253/389.
- Cv **Plano de saúde** - *Home care* - Regime de tempo integral - Manutenção. REsp n. 1.599.436 - RJ. RSTJ 253/450.
- PrPn Polo passivo - Exclusão de réus - Não cabimento - **Crime de desabamento qualificado** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. RHC n. 87.023 - SP. RSTJ 253/750.
- PrCv Portal Eletrônico - Prevalência - **Intimação eletrônica** - Duplicidade - Lei n. 11.419/2006, arts. 4º e 5º. REsp n. 1.653.976 - RJ. RSTJ 253/601.
- Cv Possibilidade jurídica do pedido - Lei n. 5.709/1971, arts. 1º, § 1º e 8º - Pessoa jurídica brasileira - Controle estrangeiro - **Usucapião**. REsp n. 1.641.038 - CE. RSTJ 253/465.

- Pv Prazo decadencial - Incidência - **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Direito adquirido - Reconhecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput*. REsp n. 1.612.818 - PR. RSTJ 253/157.
- Pn Prejuízo à ampla defesa do réu - **Advogado** - Destituição - Atuação tumultuária. RMS n. 52.007 - PR. RSTJ 253/777.
- Adm Prescrição - Conduta tipificada como crime - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º - Lei n. 8.429/1992, art. 23, II - Pena em abstrato - Observância. EDv nos EREsp n. 1.656.383 - SC. RSTJ 253/91.
- Pv Prescrição do fundo de direito - Não cabimento - Benefício previdenciário - Direito fundamental da pessoa humana - **Pensão por morte**. AgInt no AREsp n. 578.883 - RS. RSTJ 253/213.
- PrPn Princípio da proteção integral - Ofensa - **Ato infracional** - Crime de posse de drogas para consumo próprio - Equiparação - Medida de prestação de serviços à comunidade - Medida socioeducativa de semiliberdade - Desproporcionalidade. REsp n. 1.753.563 - MG. RSTJ 253/919.
- PrPn Princípio do *pas de nullité sans grief* - Cerceamento de defesa - Não caracterização - Sessão de julgamento - Nulidade - Não ocorrência - **Tribunal do Júri**. REsp n. 1.719.933 - MG. RSTJ 253/898.
- PrPn **Prisão preventiva** - Revogação - Autorização judicial de espelhamento das conversas do investigado via *WhatsApp Web* - Decisão judicial - Nulidade. RHC n. 99.735 - SC. RSTJ 253/883.
- Adm **Processo administrativo** - Ilegalidade - Ausência - Licitação - Fraude. MS n. 21.373 - DF. RSTJ 253/108.
- Pn Prova - Litude - **Crime contra a ordem tributária** - Dados bancários obtidos pela Receita Federal - Compartilhamento com o Ministério Público - Reserva de jurisdição - Ofensa - Não ocorrência. AgRg no REsp n. 1.601.127 - SP. RSTJ 253/709.
- PrPn Prova ilícita - **Crime de tráfico de entorpecente** - Réu - Prejuízo - Sentença - Nulidade. HC n. 330.559 - SC. RSTJ 253/824.

Q

- Adm *Quantum* indenizatório - Valor irrisório - Revisão - Possibilidade - Morte de detento em estabelecimento prisional - Pensionamento mensal - Família de baixa renda - Cabimento - **Responsabilidade do Estado**. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR. RSTJ 253/271.
- PrCv Questões societárias - **Competência** - Juízo Arbitral. CC n. 157.099 - RJ. RSTJ 253/307.

R

- Pn Reconhecimento da traficância pelo acusado - Necessidade - Atenuante da confissão espontânea - CP, art. 65, III, **d** - **Crime de tráfico ilícito de entorpecentes** - Lei n. 11.343/2006, arts. 28 e 33. Súmula n. 630-STJ. RSTJ 253/929.
- PrCv Recuperação judicial - Execução fiscal - Atos de constrição e alienação de bens da empresa recuperanda - **Competência** - Juízo Universal. AgInt no CC n. 156.959 - MT. RSTJ 253/297.
- Pn Reserva de jurisdição - Ofensa - Não ocorrência - **Crime contra a ordem tributária** - Dados bancários obtidos pela Receita Federal - Compartilhamento com o Ministério Público - Prova - Licitude. AgRg no REsp n. 1.601.127 - SP. RSTJ 253/709.
- Cv **Responsabilidade civil** - Estabelecimento comercial - *Drive-thru* - Assalto à mão armada - Fato do serviço - Fortuito interno - Indenização. REsp n. 1.450.434 - SP. RSTJ 253/546.
- Cv **Responsabilidade civil** - Companhia aérea - Dano moral - Redução - Não cabimento - Defeito na prestação de serviço - Configuração - Passageiro portador de necessidades especiais - Embarque em aeronave. REsp n. 1.611.915 - RS. RSTJ 253/585.
- Adm **Responsabilidade do Estado** - Morte de detento em estabelecimento prisional - Pensionamento mensal - Família de baixa renda - Cabimento - *Quantum* indenizatório - Valor irrisório - Revisão - Possibilidade. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR. RSTJ 253/271.
- PrCv Réu - Contestação - CPC/2015, arts. 303 e 304 - Juízo de primeiro grau - Revogação da decisão concessiva - **Tutela antecipada** - Caráter antecedente. REsp n. 1.760.966 - SP. RSTJ 253/485.
- PrPn Réu - Prejuízo - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prova ilícita - Sentença - Nulidade. HC n. 330.559 - SC. RSTJ 253/824.
- Adm Rodovia federal - Competência - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) - Lei n. 9.503/1997, art. 21, VI - Lei n. 10.233/2001, art. 82, § 3º - **Multa de trânsito** - Excesso de velocidade. REsp n. 1.588.969 - RS. RSTJ 253/130.

S

- Pn **Salário-educação** - Quota municipal - Desvio - Competência - Justiça Estadual. HC n. 445.325 - SP. RSTJ 253/859.

- PrPn Sentença - Nulidade - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prova ilícita - Réu - Prejuízo. HC n. 330.559 - SC. RSTJ 253/824.
- PrCv **Sentença estrangeira** - Homologação - Deferimento - Citação - Trânsito em julgado - Comprovação. SEC n. 13.877 - IT. RSTJ 253/45.
- PrPn Sessão de julgamento - Nulidade - Não ocorrência - Cerceamento de defesa - Não caracterização - Princípio do *pas de nullité sans grief* - **Tribunal do Júri**. REsp n. 1.719.933 - MG. RSTJ 253/898.
- Trbt **Súmula n. 68-STJ** - Cancelada. RSTJ 253/927.
- Trbt **Súmula n. 94-STJ** - Cancelada. RSTJ 253/928.
- Pn Súmula n. 145-STF - Absolvição - CP, art. 17 - Crime de ensaio - **Crime impossível**. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.184.410 - SP. RSTJ 253/819.
- PrCv Súmula n. 284-STF - **Agravo interno** - Não provimento - Fundamentação deficiente. AgInt no AREsp n. 812.782 - PR. RSTJ 253/274.
- Trbt Súmula n. 323-STF - Inaplicabilidade - **Despacho aduaneiro** - Direito *antidumping*. REsp n. 1.728.921 - SC. RSTJ 253/260.
- Pn Súmula n. 630-STJ - Atenuante da confissão espontânea - CP, art. 65, III, d - **Crime de tráfico ilícito de entorpecentes** - Lei n. 11.343/2006, arts. 28 e 33 - Reconhecimento da traficância pelo acusado - Necessidade. RSTJ 253/929.
- Pn Súmula n. 631-STJ - CP, art. 107, II - Efeitos primários da condenação - Extinção - **Indulto**. RSTJ 253/930.
- PrPn Súmula Vinculante n. 14-STF - **Crime contra o sistema financeiro nacional** - Inquérito policial - Acesso aos autos. RMS n. 55.790 - SP. RSTJ 253/798.
- PrCv **Suspeição de parcialidade** - Não configuração - Ato ilegal ou abusivo - Ausência - Decisão fundamentada. REsp n. 1.685.373 - PA. RSTJ 253/243.

T

- Cv Tarifas - Alienação fiduciária - **Contrato bancário**. REsp n. 1.578.553 - SP. RSTJ 253/358.
- PrCv Técnica de ampliação do colegiado - **Apelação** - Julgamento não unânime - CPC/2015, art. 942 - Voto - Modificação - Possibilidade. REsp n. 1.771.815 - SP. RSTJ 253/517.
- Adm Teste do etilômetro - Recusa - Penalidade administrativa - Possibilidade - Auto de infração - Regularidade - CTB, arts. 165 e 277, § 3º - Estado de embriaguez não evidenciado - Desnecessidade - **Infração de trânsito**. REsp n. 1.758.579 - RS. RSTJ 253/285.

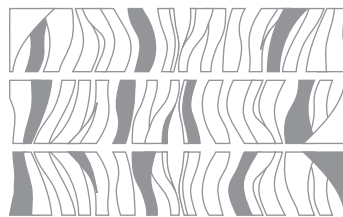
- Cv Títulos de crédito - Inadimplemento - Contrato com cláusula compromissória - **Falência** - Juízo arbitral - Instauração prévia - Desnecessidade - Lei n. 11.101/2005. REsp n. 1.733.685 - SP. RSTJ 253/656.
- PrCv Trânsito em julgado - Comprovação - Citação - **Sentença estrangeira** - Homologação - Deferimento. SEC n. 13.877 - IT. RSTJ 253/45.
- PrPn **Tribunal do Júri** - Cerceamento de defesa - Não caracterização - Princípio do *pas de nullité sans grief* - Sessão de julgamento - Nulidade - Não ocorrência. REsp n. 1.719.933 - MG. RSTJ 253/898.
- PrCv **Tutela antecipada** - Caráter antecedente - CPC/2015, arts. 303 e 304 - Juízo de primeiro grau - Revogação da decisão concessiva - Réu - Contestação. REsp n. 1.760.966 - SP. RSTJ 253/485.

U

- Cv União estável - Dissolução - **Animal de estimação** - Regulamentação de visitas. REsp n. 1.713.167 - SP. RSTJ 253/615.
- Cv **Usucapião** - Lei n. 5.709/1971, arts. 1º, § 1º e 8º - Pessoa jurídica brasileira - Controle estrangeiro - Possibilidade jurídica do pedido. REsp n. 1.641.038 - CE. RSTJ 253/465.

V

- Pn Vítima - Imobilização total - Impossibilidade de oferecer resistência - CP, art. 217-A, § 1º - **Crime de estupro de vulnerável** - Tipificação. REsp n. 1.706.266 - MT. RSTJ 253/808.
- PrCv Voto - Modificação - Possibilidade - **Apelação** - Julgamento não unânime - CPC/2015, art. 942 - Técnica de ampliação do colegiado. REsp n. 1.771.815 - SP. RSTJ 253/517.



Índice Sistemático

AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA - AgInt na AR

5.339-SP..... Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 253/55.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt no AREsp

100.405-GO..... Rel. Min. Raul Araújo..... RSTJ 253/537.

578.883-RS Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 253/213.

812.782-PR..... Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 253/271.

812.782-PR..... Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 253/274.

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AgInt no CC

156.959-MT..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 253/297.

AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgInt no MS

22.089-DF..... Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 253/63.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AgInt no REsp

1.281.866-MG Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 253/222.

1.617.086-PR..... Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 253/72.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS - AgRg no RHC

101.027-PR..... Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 253/725.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.601.127-SP..... Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer RSTJ 253/709.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg nos EDcl no AREsp

1.184.410-SP..... Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 253/819.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

157.099-RJ Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi..... RSTJ 253/307.

160.902-RJ Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 253/675.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

1.162.964-RJ Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 253/25.

1.439.749-RS Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 253/339.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EDv nos EREsp

1.656.383-SC Rel. Min. Gurgel de Faria RSTJ 253/91.

HABEAS CORPUS - HC

330.559-SC Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz RSTJ 253/824.

351.718-PE Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 253/834.

362.735-SP Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 253/740.

445.325-SP Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz RSTJ 253/859.

467.209-DF Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 253/99.

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA - IDC

10-DF Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 253/683.

MANDADO DE INJUNÇÃO - MI

249-DF Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 253/37.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

21.373-DF..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 253/108.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

87.023-SP..... Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... RSTJ 253/750.

88.672-GO..... Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... RSTJ 253/763.

95.595-PR..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 253/873.

99.735-SC Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 253/883.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

52.007-PR.....	Rel. Min. Jorge Mussi	RSTJ 253/777.
55.790-SP.....	Rel. Min. Jorge Mussi	RSTJ 253/798.

RECURSO ESPECIAL - REsp

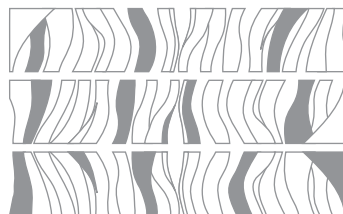
1.450.434-SP.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 253/546.
1.490.108-MG	Rel. Min. Gurgel de Faria	RSTJ 253/230.
1.501.640-SP.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 253/423.
1.505.083-SC	Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho	RSTJ 253/236.
1.578.553-SP.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 253/358.
1.580.432-SP.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 253/570.
1.588.969-RS	Rel. Min. Assusete Magalhães	RSTJ 253/130.
1.599.436-RJ	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 253/450.
1.611.915-RS	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 253/585.
1.612.818-PR.....	Rel. Min. Mauro Campbell Marques	RSTJ 253/157.
1.641.038-CE.....	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 253/465.
1.653.976-RJ	Rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira.....	RSTJ 253/601.
1.676.623-SP.....	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 253/477.
1.685.373-PA	Rel. Min. Regina Helena Costa	RSTJ 253/243.
1.706.266-MT.....	Rel. Min. Ribeiro Dantas	RSTJ 253/808.
1.713.167-SP.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 253/615.
1.719.933-MG	Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	RSTJ 253/898.
1.726.563-SP.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 253/389.
1.728.921-SC	Rel. Min. Regina Helena Costa	RSTJ 253/260.
1.733.685-SP.....	Rel. Min. Raul Araújo.....	RSTJ 253/656.
1.753.563-MG	Rel. Min. Nefi Cordeiro	RSTJ 253/919.
1.758.579-RS	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 253/285.
1.760.966-SP.....	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 253/485.
1.762.786-SP.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 253/499.
1.771.815-SP.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 253/517.
1.774.987-SP.....	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 253/666.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA - SEC

13.877-IT	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 253/45.
-----------------	----------------------------------	--------------

SÚMULAS

68 (cancelada)	RSTJ 253/927.
94 (cancelada).....	RSTJ 253/928.
630.....	RSTJ 253/929.
631.....	RSTJ 253/930.



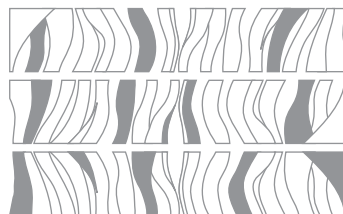
Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AI	Arguição 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 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2, de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

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 Juríd 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 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 21.03.2018 - DJe 22.03.2018.

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. **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 1º.09.2017 - DJe 04.09.2017.
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.

81. Revista Bahia Forense - Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Portaria n. 3 de 13.09.2017 - DJe 14.09.2017.

82. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (versão eletrônica) - endereço eletrônico: <https://revistajurisprudencia.tjmg.jus.br> - Portaria n. 2 de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

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