



Súmula n. 593

SÚMULA N. 593

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Referências:

CP, art. 217-A, *caput*, acrescido pela Lei n. 12.015/2009.

CPC/2015, art. 1.036.

Precedentes:

EREsp	1.152.864-SC	(3ª S, 26.02.2014 – DJe 1º.04.2014)
AgRg nos EREsp	1.435.416-SC	(3ª S, 22.04.2015 – DJe 05.05.2015)
(*)REsp	1.480.881-PI	(3ª S, 26.08.2015 – DJe 10.09.2015) – acórdão publicado na íntegra
REsp	1.184.236-TO	(5ª T, 07.12.2010 – DJe 17.12.2010)
AgRg no REsp	1.427.049-TO	(5ª T, 27.10.2015 – DJe 16.11.2015)
AgRg no REsp	1.536.880-ES	(5ª T, 02.02.2016 – DJe 15.02.2016)
AgRg no REsp	1.472.138-GO	(5ª T, 23.02.2016 – DJe 29.02.2016)
AgRg no REsp	1.363.531-MG	(6ª T, 27.06.2014 – DJe 04.08.2014)
AgRg no REsp	1.439.120-MG	(6ª T, 08.09.2015 – DJe 29.09.2015)
AgRg no REsp	1.465.769-SC	(6ª T, 10.11.2015 – DJe 25.11.2015)
HC	256.402-PR	(6ª T, 05.04.2016 – DJe 18.04.2016)
REsp	1.361.564-MG	(6ª T, 12.04.2016 – DJe 25.04.2016)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 25.10.2017

DJe 6.11.2017

RECURSO ESPECIAL N. 1.480.881-PI (2014/0207538-0)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí

Recorrido: A R de O

Advogado: Andréa Rebelo Fontenele

Interes.: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"

Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/2009, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14.4.2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por

crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitativa, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo “seu grau de discernimento”, como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade”. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo “discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento”, não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – “beijos e abraços” – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um

adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: *Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, assentando-se a seguinte tese: para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2015 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 10.9.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ* interpõe recurso especial com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo *Tribunal de Justiça daquele Estado*, que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação manejado pela defesa para absolver o ora recorrido (fls. 182-204).

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público estadual aponta negativa de vigência do art. 217-A do Código Penal.

Alega que “o tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despiciendo o consentimento da vítima” (fl. 221).

Assim, insiste que é suficiente que o agente tenha conhecimento da idade da vítima (menor de 14 anos) e com ela mantenha conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, o que aconteceu no caso dos autos. Pondera, ainda, ser despicienda a ocorrência de violência ou grave ameaça para que a conduta seja tipificada como estupro de vulnerável. Para embasar sua argumentação, colaciona precedentes deste Tribunal Superior.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso especial a fim de que seja restabelecida a condenação imposta em primeiro grau.

Admitido o recurso na origem (fls. 230-231), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento (fls. 240-247), em parecer assim ementado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ERESP N. 1.152.864/SC. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Este recurso especial foi distribuído à minha relatoria e concluso ao Gabinete em 16/9/2014 (fl. 236).

Após manifestação da Defensoria Pública da União (fls. 339-360) – na qualidade de *amicus curiae* – o feito foi convertido em diligência, com o fim de que o réu fosse intimado para apresentar contrarrazões ao recurso especial. A peça foi juntada às fls. 627-632, juntamente com a procuração outorgada à nova advogada constituída (fl. 633).

Em seu arrazoado, o recorrido alega a incidência do Enunciado Sumular n. 7 do STJ, pois “o Tribunal a quo se convenceu, com base na prova dos autos que a conduta do acusado apesar da subsunção ao art. 217-A do CP, foi perpetrada em erro de elementar do tipo, bem como, que a violência presumida existente no tipo exige que a vítima encontre-se em situação de vulnerabilidade, o que não se verificou no caso em epígrafe” (fl. 629). Ressalta, ainda, que nos crimes de estupro de vulnerável “deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido” (fl. 630). Por fim, invoca a tese do erro de tipo, aplicável quando o agente desconhece que a vítima era, ao tempo do fato, menor de 14 anos.

Após nova vista dos autos, o MPF, por seu Subprocurador-Geral da República Hugo Gueiros Bernardes Filho, posicionou-se contrariamente ao provimento do recurso do Ministério Público do Estado do Piauí, postulando a manutenção da sentença absolutória do recorrido (fls. 655-664).

As partes foram intimadas acerca da data do julgamento deste REsp.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Admissibilidade

I.1. Tempestividade do recurso

A Defensoria Pública, na condição de *amicus curiae*, por meio da petição de fls. 339-360, alega, em preliminares, a intempestividade deste recurso especial.

Para tanto, afirma que a contagem do prazo não se inicia com a data da remessa do feito ao Ministério Público – que no caso se deu em 7/5/2014, conforme certidão de fl. 207 –, mas sim do dia em que foi intimado pessoalmente.

Pondera, no entanto, que não há registro do recebimento do processo pelo membro do *Parquet*, pois o carimbo de ciência está em branco nas respectivas lacunas de data e de assinatura (fl. 205)

Logo, asseve que o recurso foi protocolado no 16º dia do prazo, o que o torna intempestivo e que a dúvida quanto à data precisa do recebimento não milita em favor da parte recorrente.

Não obstante a argumentação dispensada pela Defensoria, nesta oportunidade, observo, primeiramente, que, no caso de dúvida quanto ao dia da efetiva ciência por parte do representante do Ministério Público, com fins à demarcação do termo *a quo* para a contagem do prazo, conclui-se em favor da parte recorrente.

O mesmo procedimento se dá quando o recurso é interposto pela Defensoria Pública. Isso porque a entidade representada não pode ser prejudicada pela ausência de indicação nos autos quanto ao dia do efetivo recebimento dos autos.

De toda sorte, após contato telefônico realizado pelo Gabinete com a Secretaria das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, *obteve-se a informação de que, consoante alegado na peça recursal, o Ministério Público teve a ciência pessoal do julgado a partir do dia 8/5/2015.*

A propósito, foi encaminhada, via correio eletrônico, cópia da página do *livro de protocolo de carga dos autos físicos – efetivada na aludida data* –, que ora faço juntar aos autos (fls. 680-681), o que *atesta a tempestividade do recurso especial* sob exame, uma vez que a ciência do acórdão ocorreu, necessariamente, no dia 8/5/2015 ou em data posterior.

I.2 Não incidência da Súmula 7 do STJ

As circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual, ou seja, não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito à espécie, motivo pelo qual afasto a alegação, trazida nas contrarrazões, de incidência do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

I.3. Demais requisitos

Verifico que o recurso indica a contrariedade a preceito de lei federal, nos moldes do permissivo constitucional, que o tema versado na impugnação foi prequestionada mediante discussão explícita no tribunal de origem, que a jurisdição ordinária foi esgotada e que a questão debatida é jurídica.

Preenchidos os demais requisitos legais e regimentais, conheço do recurso especial.

II. Mérito

II.1. Delimitação dos fatos

A controvérsia posta nesta via especial centra-se na discussão relativa à incidência do tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal, notadamente quando a vítima, apesar de contar menos de 14 anos de idade, *consentir com o ato sexual*.

Com o objetivo de contextualizar a prática do delito, oportuna é a transcrição do seguinte excerto da denúncia, ofertada em 20/7/2010 (fls. 2-4, destaquei, *sic*):

I - DOS FATOS

01. No dia 13 de julho do ano em curso, foi preso por ordem judicial o denunciado acima nominado e qualificado, em razão do mesmo vir mantendo há aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S., nascida no dia 14 de abril de 1997 – certidão de nascimento às fl. 07 –, visando obtenção de prazer sexual.

02. Discorre a peça investigativa que o denunciado frequentava a residência do genitor da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor.

03. Narra ainda o caderno investigativo que a vítima era virgem quando manteve o primeiro ato sexual com o acusado. O fato só descoberto depois de um ano, porque a genitora da menor desconfiou, a levou para fazer exame, foi então que a mesma diante do resultado, como não tinha mais como negar, confessou que estava sedo abusada sexualmente pelo acusado.

04. Interrogado acerca da prática delituosa, o denunciado confessou que realmente vinha mantendo relações sexuais com a menor a cerca de um ano.

05. Ouvida também pela autoridade policial a menor disse que só manteve relações sexuais com o acusado e que a última vez foi em maio do ano em curso, pormenorizando todo *iter criminis*.

06. *Extrai-se das provas apuradas no inquérito policial que E. M. P. S., ainda quando criança começou a sofrer coação psicológica, diante o estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado pelo denunciado, pois desde seus nove anos que é perseguida pelo acusado.*

[...].

III - DA TIPIIFICAÇÃO DO DELITO:

09. Os *iter criminis* descritos no procedimento investigatório evidenciam, de forma clara, que a atitude reiterada do denunciado A. R. DE O. se amolda à figura típica e antijurídica capitulada no art. 217-A (crime de estupro de vulnerável) c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Afirma o recorrido em seu interrogatório (fl. 93):

Que em Dezembro de 2009, quando a menor tinha treze anos, depois de muita insistência da menor, não se controlou mais, pois começou a gostar e se apaixonar pela menor e começaram a namorar e ter relações sexuais.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi *condenado à pena de 12 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado*, pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do CP. Da sentença, da lavra do Juízo de primeiro grau, destaco os seguintes trechos (fls. 110-112):

De acordo com as alegações das partes e as provas dos autos, entendo que merece ser acolhida a pretensão punitiva Estatal, vez que foi formada a convicção deste juízo sobre a veracidade dos fatos alegados pela acusação.

Restou demonstrado que acusado A. R. de O. começou a manter relações sexuais com a vítima E. M. S. P. desde que esta tinha 11 anos de idade.

Foi essencial para a conclusão, a confissão do acusado quanto ao crime narrado na peça acusatória, tendo o réu confessado à prática delitiva tanto em juízo, quanto em sede policial, tudo corroborado pelos depoimentos das testemunhas, da vítima e pelo exame de corpo de delito constante às fls. 11 dos autos, onde o perito concluiu que a vítima havia iniciado sua vida sexual acerca de um ano em razão da cicatriz himenal.

A vítima relatou pormenorizadamente em juízo, todo o seu envolvimento com o acusado, que usou sua experiência para adquirir a confiança da menor, tendo esta desde os 08 (oito) anos de idade começado a nutrir um sentimento incompatível com sua idade, o que levou, anos depois, à vítima a iniciar sua vida sexual com apenas 11 anos de idade, cedendo aos apelos sexuais de um homem de 25 anos de idade.

No depoimento em juízo a vítima confirma que teve sua primeira relação sexual com o acusado aos 11 anos de idade, conforme se vê às fls. 79, tendo a menor, na fase investigativa afirmado que o réu fazia muitas promessas, dizendo

até que iria se casar com a vítima quando a mesma ficasse maior de idade, conforme se vê às fls. 18/19.

O denunciado para conseguir obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima.

A instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame. Tais fatos foram obtidos pela conjugação dos depoimentos da VÍTIMA e das testemunhas A. M. A. P. (mãe da vítima), A. C. DE S. B. (padrasto da vítima), L. V. DA S. (pai da vítima) tanto no inquérito policial como na instrução processual.

A vítima afirmou em seu depoimento constante às fls. 79, que *começou a namorar de 08 para 09 anos com o acusado e só depois que tinha 11 anos foi que teve a 1ª relação sexual com o acusado*, confirmando ainda que manteve mais de uma relação sexual com o acusado.

No depoimento da *testemunha F. J. P. DA S. F., colacionado às fls. 84, esta afirmou que chego a advertir ao acusado que namorar com menor poderia dar problemas.*

Além da prova oral, a pericial por si só já evidencia a materialidade do crime de estupro de vulnerável, pela constatação de que a paciente E. M. P. S. não era mais virgem, não havendo indícios de desvirginamento recente, com carúnculas himenais de aspecto cicatricial remoto, tal como consta do auto de exame de corpo de delito para constatação de conjunção carnal, acostado às fls. 11.

[...].

Incide, pois, na sanção do art. 217-A do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.

Assim, concluo que a instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas tanto em sede policial, quanto em juízo, bem como por toda análise minuciosa dos fatores abordados, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame.

O próprio acusado não desmente que manteve conjunção carnal por várias vezes com a vítima, defendendo-se apenas dizendo que não conseguiu se controlar, pois começou a gostar muito da menor, demonstrando plena consciência quanto a idade da vítima e do caráter delituoso de sua conduta.

Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a *2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do*

Piauí, em 2/4/2014, deu provimento, para absolver o recorrido da acusação de estupro de vulnerável,

O órgão colegiado, por unanimidade, acompanhou o voto do relator, Desembargador Erivan Lopes, assentado nos seguintes fundamentos (fls. 192-203, destaquei):

Sobre os fatos, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade. A discussão deve ser travada exclusivamente a respeito do Direito a ser aplicado frente ao caso concreto. Se a aplicação se der em mera forma de subsunção dos fatos à norma jurídica do art. 217-A do CP, a sentença condenatória deverá ser mantida. Porém, para fazer uma interpretação mais ampla, fundada nos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana e nos valores culturais internalizados (a tradição), é preciso se analisar toda a dinâmica dos fatos, personalidade e comportamento dos atores envolvidos na cena.

Na fase inquisitiva, a vítima E. M. P. S., menor de 14 anos, prestou declarações no dia 18.06.2010 e aduziu: *que começou a se envolver com R. quando tinha uns nove anos, que R. era muito de dentro da casa do pai da depoente, que admite que foi ela que disse a R. que gostava dele, que só depois que a depoente se declarou para R. é que o mesmo passou a retribuir as cortesias, que no começo havia só abraços e beijos, que passou muito tempo só em carícias, sem sexo, porém que se recorda que mais ou menos há um ano atrás foi que manteve pela primeira vez relação sexual com R.; que se recorda nessa época ter doze anos aproximadamente; [...] que há algum tempo atrás namorou com um menino da região; que a última vez que manteve relação sexual com o R. foi exatamente há três semanas atrás, dias 29 e 30 de maio de 2010; que R. dizia que quando a depoente ficasse maior de idade iria casar com a mesma; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que afirma não saber que era contra a lei que um maior mantivesse relação sexual com uma menor; que não tem intenção de prejudicar R. (fls. 18/19); que não teve relação sexual com nenhum outro homem, apenas com R., mas admite que foi ela que deu em cima de R.; que teme sua mãe saber que ela escreveu o bilhete constante nos autos, mas afirma que é sua letra no bilhete, que escreveu e mandou por um amigo de R. (fls. 43/44)*

Em juízo (no dia 13.09.2010), a vítima E. descreve com riqueza de detalhes como ocorreram os fatos, ao afirmar: que conhece o acusado desde pequena, ele sempre ia à casa de seus pais; que quando saiu o boato do seu namoro com o acusado, seu pai não queria; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que fez um pacto com o acusado, que ninguém iria contar que namoravam escondidos; que acha que seus sentimentos são recíprocos com R.; que no início do namoro eram só beijos e abraços com o acusado; que começou a namorar de 8 para 9 anos com o acusado, só depois quando tinha 11 anos foi que teve a primeira

relação sexual com o acusado; que manteve mais de uma relação sexual com o acusado; que já tinha menstruado quando manteve a primeira relação; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que nunca viu o acusado com outras namoradas; que quando o acusado esteve preso pediu para sua mãe para ir conversar com ele, mas sua mãe não deixou; que depois de solto, o acusado ligou para sua mãe, mas ela não deixou que ele falasse com a depoente; que fez 13 anos em abril; que quando começou a namorar com R. seus pais já estavam separados; que começou a paquerar com o acusado quando tinha oito anos; que seus pais estão separados há aproximadamente uns quatro anos; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela. (fls. 79)

Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual. O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real.

[...].

Como se vê, é incontroversa a ocorrência de relação sexual entre acusado e vítima. Ambos confirmaram o fato, relatando com detalhes e o auto de exame de conjunção carnal, às fls. 11, corrobora essa afirmativa. Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro, 25 anos) e a vítima (menor de 14 anos), no caso em análise, a questão cinge-se em saber se a vítima, conquanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável.

É cediço que a violência que coage, constrange, força o menor de 14 (catorze) anos a ato sexual é merecedora de intensa reprovação social e penal. Contudo, a mesma reprovação merece ser dada nos casos em que existe o discernimento em relação ao fato, o consentimento, a livre vontade e concordância do menor? Nos casos em que existe envolvimento afetivo estabelecido entre acusado e vítima e/ou nos casos em que o menor já desempenha sua vida sexual? Não admitiria, pois, cada situação, uma apreciação mais minuciosa, considerando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos?

[...].

Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, *entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei n. 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário.*

Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de

forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato.

Dessa forma, analisando o caso concreto, *entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos* – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; *que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela* (fls. 43/44 e 79).

As declarações prestadas pela mãe da vítima [...] e as declarações prestadas pelo pai da vítima [...] corroboram a ideia de que, embora escondido, existia um relacionamento afetivo e não apenas relações sexuais, entre o acusado e a vítima; que existiu uma anuência, mesmo que indireta, dos pais para com esse relacionamento; que existe o apoio dos pais caso se concretize a união do acusado e vítima, o que autoriza concluir que *não existiu comportamento agressivo ou ameaçador por parte do acusado e nunca houve violência real para a prática de ato sexual, tendo ocorrido, inclusive, com o consentimento e vontade da vítima*, uma vez que a mesma nutria um sentimento pelo acusado, sentimento este que aparentemente era recíproco. (fls. 80/81)

Pela análise das provas colhidas nos autos e das circunstâncias em ocorreram os fatos, sendo incontestável a existência de relacionamento afetivo e sexual entre acusado (solteiro, 25 anos) e vítima (menor de 14 e anos), bem como o discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para a prática do ato, não vejo como considerar típica a conduta do acusado, não havendo que se falar na existência de crime previsto no art. 217-A do CP.

As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime.

[...]

Dessa forma, *afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta.*

Em virtude do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para absolver o acusado da acusação pelo crime de estupro de vulnerável, por ausência de tipicidade, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

II.2. Violação do art. 217-A do Código Penal

Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos de que se valeu a Corte estadual para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, *encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem*, por entender violado o dispositivo de lei federal invocado na impugnação especial.

Registre-se que, ainda na vigência da alínea “a” do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da *Lei n. 12.015/2009*), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, *mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima*, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos.

Nesta Corte de Precedentes, o tema ensejou, no passado, interpretação oscilante nas duas Turmas da Terceira Seção. Em abril de 2014, a *matéria foi pacificada* por força do julgamento dos Embargos de Divergência em *Recurso Especial n. 1.152.864/SC*, da relatoria da Ministra *Laurita Vaz*, assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3º, inciso I; e art. 1.517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. *A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.*

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento “quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.” (HC 105.558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109.206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101.456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas.

(*REsp n. 1.152.864/SC*, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014, destaquei).

Antes disso, também em Embargos de Divergência em Recurso Especial, a *Terceira Seção já tivera oportunidade de assentar a irrelevância do consentimento da vítima*, para fins de caracterização do crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos.

(*REsp n. 762.044/SP*, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

Na Corte Suprema, o assunto também mereceu igual compreensão, como se percebe dos arestos colacionados:

1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.

2. [...].

3. Ordem denegada.

(HC n. 119.091/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2ª T., DJe 18/12/2013).

1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, "a", do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC n. 97.664/DF, Rel. Ministro Teori Zavaski, 2ª T., DJe 21/10/2013, destaquei.)

[...] 2. O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/2009, a obstar a pretensa relativização da violência presumida. 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima.

(HC n. 105.558/PR, Relatora Min. Rosa Weber, 1ª T., DJe 12/06/2012, destaquei)

Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos “crimes contra os costumes” – as alterações legislativas incorporadas pela Lei n. 12.015/2009 ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.

O acórdão recorrido alude a que “a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de

forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade” (fl. 197).

Disse ainda: “As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime” (fl. 198).

Vê-se que o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu.

A referência à imagem da “criança libertina” ou “criança provocadora”, mencionada pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre *História do estupro*, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradas as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de instrução para a tenra idade”, *fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia*. (VIGARELLO, G. *História do estupro*. Violência sexual nos séculos XVI – XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com “*grau de discernimento*”, segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “*nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade*”. Desse modo, *tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo*.

Da alusão feita, no acórdão, ao comportamento da mãe da vítima se infere quão atual é a antiga observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que “elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais” (DEL PRIORE, M. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

O voto condutor do acórdão faz menção também a “*valores culturais internalizados (a tradição)*”, o que *parece justificar a permanência de práticas coloniais e imperiais como as relatadas* pela referida historiadora:

O preconceito racial de estrangeiros não raro se misturava com a aversão europeia pela “*corte amorosa à brasileira*”. O fato de meninas, muito meninas, passarem da reclusão familiar às mãos dos maridos os fazia crer num precoce interesse pelo sexo oposto, interesse, aliás, muito mal visto. Os viajantes criticavam a precocidade com que adquiriam modos e conhecimentos impróprios para a sua idade: [...] A percepção destes estrangeiros é de que havia certa precocidade sexual nas moças do Novo Mundo” (DEL PRIORE, M., op. cit., p. 168).

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe ARIÈS (*História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a “*toda sorte de grosserias e indecências*”. Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as conclusões do François de Dainville (*La Naissance de L'humanisme Moderne*, Paris. Beauchesne. 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: “O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo”.

Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório *centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento*. A denúncia imputou ao réu, ora recorrido, a prática do crime de estupro de vulnerável. Manteve o réu, por “*aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S.*”, quando tinha menos de 14 anos, e “*que o denunciado freqüentava a residência da vítima, tinha laços de*

amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor” (fl. 3, destaquei).

Registrou-se, aliás, por mais de uma vez, que o recorrido e a vítima iniciaram um relacionamento amoroso *quando esta última contava 8 anos de idade*, momento em que, a despeito de ainda não manterem relações sexuais, *trocavam “beijos e abraços” típicos do namoro*, o que, como é cediço, *já bastaria para configurar o crime de estupro de vulnerável*, haja vista que tais carícias são compreendidas como modalidades de atos libidinosos.

Sem embargo, a absolvição inverte o objeto do juízo criminal ao dizer que a adolescente não foi vítima *“de violência real”* (fl. 198), que *“não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos”* (fl. 197).

O *desvio teleológico da função de julgar* passou ao largo da análise dos demais integrantes do órgão julgador. Preferiram reduzir a questão a uma lógica tão simples quanto perversa: *se a criança (tinha menos de 12 anos quando o réu com ela manteve a primeira relação sexual) desejou, ou mesmo buscou, o contato íntimo, caracterizado pelo “discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para prática do ato”* (fl. 198), no sentido de que sabia o que fazia, o comportamento do réu é irrelevante para o direito penal.

Não se vê no acórdão impugnado qualquer referência à história de vida da vítima, de tal modo a se poder aferir se os magistrados que decidiram absolver o recorrido, por conta da alegada livre e lúdica vontade da vítima de com ele manter prática sexual, apoiaram seu convencimento em elementos probatórios encontrados nos autos que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, sua conduta familiar e social etc.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja “responsabilizado” pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria “justificada” a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando *estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual*. Não cabe, destarte,

ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia concilli* da vítima.

Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado.

Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Senão vejamos.

Até o Código Penal de 1940, crianças e adolescentes não recebiam proteção penal específica em relação aos crimes de natureza sexual. De fato, tanto o Código Criminal do Império (1830) quanto o Código Penal da República (1890) não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de 14 anos e nem sequer previam recrudescimento da pena prevista para tais situações.

A partir do Código Penal de 1940, passou-se a presumir, para fins penais, a ocorrência de violência em quaisquer atos libidinosos cometidos contra meninas e meninos menores de 14 anos, sob o fundamento – constante da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (n. 70) – de que tal ficção legal decorre da *innocentia consilii* do sujeito passivo dessa modalidade delitativa, a denotar “sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Também se entendeu importante e necessário – para a efetiva e proporcional proteção penal – punir especialmente o crime cometido contra crianças e adolescentes e previu-se, inclusive, a hipótese de cometimento de estupro e de atentado violento ao pudor “com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador” (art. 225, II, CP, em sua versão original), hipótese

que, a par da iniciativa pública da ação penal, também mereceu agravamento da reprimenda do infrator, inicialmente “de quarta parte” (art. 226, II) e, agora, “de metade” (*ex vi* da redação dada ao dispositivo pela Lei n. 11.106/2005).

Essa mesma expressão normalmente utilizada: “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” foi responsável também por cominar diversos crimes contra crianças e adolescentes, em rol constante de marcante legislação infanto-juvenil, que sucedeu, sob nova realidade político-constitucional, o antigo Código de Menores. A referência, por óbvio, é ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/1990, o qual vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para conferir maior proteção penal a essa faixa etária.

Assim é que, a par da criminalização das condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes de modo geral, novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes.

Após reformas penais de menor grandeza (como a da Lei n. 10.764/2003, que alterou o art. 241 do ECA, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de menores em cenas de sexo explícito), veio à tona a Lei n. 11.829/2008, que, conforme enunciado em sua ementa, altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Outra importantíssima alteração legislativa a destacar, ocorrida no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/2009, banuiu – e aqui reside a questão versada neste recurso – a possibilidade de relativizar a presunção de violência do antigo artigo 224 do CPB, ao inovar, em técnica legislativa, o tratamento jurídico-penal dos “crimes contra os costumes”, que passaram a se denominar “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo-se, no que interessa por ora, como “estupro de vulnerável”, na letra do art. 217-A, a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Registre-se, por derradeiro, a recente edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/1990, para *classificar como hediondo* o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Esse lento, porém constante, *progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente* não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza

com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil:

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

ARTIGO 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Constituição da República

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalentar, de instruir a criança e o adolescente

sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

Não. *A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes*, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta.

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. *O tema é essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado*. A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária.

Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada (art. 224, “a”, do CPB). É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais.

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade.

A esse respeito, creio oportuno trazer à colação, entre tantos arestos sobre o tema, o da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP*, referido linhas atrás, da relatoria do Ministro *Felix Fischer*, de cujo voto extraem-se importantes ponderações:

[...] *Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução*, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, *que ninguém deve envolver-se com menores*. É até comum o uso da expressão “de menor”. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, *justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa*. Por outra, a nossa legislação – repetindo – protege contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos.

E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. *Data venia*, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna.

Ao impor um *dever geral de abstenção* (cfr. João Mestieri) *da prática de atos sexuais com menores* (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual.” (*Embargos de divergência desprovidos*).

(*REsp n. 762.044/SP*, rel. Ministro Nilson Naves, rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª S., DJe 14/4/2010).

A esse “dever de abstenção”, de que já falava Manzini no início do século XX, contrapunha Nelson Hungria, comentando o art. 224 do Código Penal, outra explicação para a validade da presunção positivada nesse preceito penal. Dizia que “a indução de violência, na espécie, fundou-se no argumento [...] segundo o qual *qui velle no potuit, ergo noluit*. Quem não podia consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissentiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento”.

Reconhecendo que “fora do ponto de vista jurídico não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir”, Hungria conclui – sem embargo de mais adiante coonestar o caráter relativo da presunção – que “o estado de *indiferença* ou a ausência de consentimento *válido* podem ser assimilados à *falta de consentimento válido*, justificando a *presunção* de violência.” (HUNGRIA, Nelson; CORTES DE LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno C. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 226. Destaques no original).

É, no entanto, em voto ora parcialmente transcrito, proferido quando oficiou como juiz do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal, que Nelson Hungria (op. cit., p. 188-194) externa ácida reprovação ao posicionamento de seus pares, acerca de situação submetida a julgamento, versando o crime de sedução de menores. Confira-se:

Recusei o fundamento do acórdão, que, nos termos em que está concebido, representará, em que pese seu ilustre relator, um caso típico de *jurisprudência aberrante*. Para forçar uma conclusão ao jeito de uma praxe indefensável, deslocou-se o problema para o terreno de um naturalismo ultrapassado e já arquivado no museu jurídico. Fez-se tábula rasa da moral positiva, que é a ciência do útil social. Mais um pouco de coragem, e o nobre relator do acórdão teria proclamado o *amor livre*, o hedonístico desenfreamento do instinto sexual. Do princípio ao fim, é o acórdão uma série de equívocos. Perdendo de vista o sentido profundamente ético-social da ordem jurídica, não vacila em admitir a prevalência da *animalidade*, que é a força bruta, contra o direito, que é norma de cultura e condição específica da vida em sociedade. Eis a tese central do acórdão: a conjunção carnal e um ato natural e, portanto, não há proibi-la, a pretexto algum, se realizada entre pessoas fisiologicamente idôneas e livremente ajustadas. A *própria virgem adolescente, que sponte sua, ou por exclusivo impulso de sexualidade exaltada, se entrega, para o ato genésico, ao sátiro impudente e gozador, não pode ter a proteção penal*. Não o exige o interesse social, não o reclama a ordem jurídica. É o que diz o acórdão com todas as letras. [...]

II.3. *Impropriedade da relativização do consentimento do menor*

Feitas todas essas considerações, entretanto, entendo que a discussão quanto à relativização do consentimento do menor de 14 anos encontra-se hoje superada com o advento da Lei n. 12.015/2009 que introduziu o art. 217-A ao Código Penal, assim redigido:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 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.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Embora parte da doutrina sustente o entendimento de que ainda se mantém a discussão, agora sob nova roupagem, sobre *vulnerabilidade absoluta* e *vulnerabilidade relativa* – outorgando ao juiz, diante do caso concreto, verificar “as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública, 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100) – não vejo como prevalecer tal posicionamento.

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão “vulnerável”. É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo “estupro de vulnerável”. Entretanto, a “vulnerabilidade” não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.

Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso:

1 - Com menor de 14 anos;

2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato;

3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo –, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato

libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.

A propósito, reporto-me a Rogério Greco:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. **Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.**

[...].

O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*.

[...].

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. **Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.** (*Curso de Direito Penal*, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534, negritei).

Acentua Luiz REGIS PRADO que “as previsões legais *ex novo* têm em vista vítimas específicas – pessoas vulneráveis – que são os menores de 14 (catorze) anos e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Com acerto, *o legislador atual elimina a figura da presunção e cria em seu lugar tipos penais autônomos*” (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2: parte especial, arts. 121 a 249, 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 846).

Nesse sentido se alinha a jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. MATÉRIA DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Manifesta a vulneração ao art. 217-A do Código Penal, porquanto a absolvição do agravante, no que concerne ao estupro de vulnerável, se embasou apenas no consentimento da menor e não na ausência de provas da ocorrência da relação sexual, cuidando-se, portanto, de matéria unicamente de direito.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(*AgRg nos EDcl no AREsp n. 191.197/MS, rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), 5ª T., DJe 19/12/2014, destaquei*).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. [...].

2. *Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n. 12.015/2009, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(*AgRg no REsp 1.435.416/SC, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 3/11/2014, destaquei*).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, § 1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DENOMINADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE.

1. *A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, in casu, porquanto suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para*

se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.418.859/GO, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 10/4/2014).

Na espécie, destaque-se que o recorrido, para “obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima” (fl. 111). Além disso, *possuía conhecimento pleno acerca da idade da ofendida*, bem como da ilicitude de sua conduta, na medida em que é incontroverso que as relações sexuais com a infante começaram quando esta tinha apenas 11 anos de vida (fl. 110) e que chegou a ser alertado, em depoimento de testemunha referido na sentença condenatória, de que “namorar com menor poderia dar problemas.” *Refuto, também por essas considerações destacadas na sentença, a tese de erro de tipo* – por desconhecimento da idade da vítima –, trazida nas contrarrazões ao recurso especial. Essa afirmação não condiz com a insistência acerca das intenções do réu de estabelecer relacionamento estável e duradouro, pois, obviamente, conhecia a ofendida e sua idade não seria dado ignorado.

II.4. Inaplicabilidade do princípio da adequação social

A Defensoria Pública, em sua manifestação de fls. 339-360, *invoca o princípio da adequação social para justificar (e despenalizar) a conduta do réu*. Para tanto, lembra que “a mãe da vítima casou-se com 13 anos, conforme anotado no Acórdão ora vergastado” (fl. 355). Nesse sentido, ressalta que “na comunidade em que Recorrido e a menor estão inseridos, a relação sexual praticada com menores de 14 anos é aceita, desde que o propósito seja o de constituir matrimônio” (fl. 355). Destaca, por fim, que houve pedido de soltura do acusado, assinado pela população do povoado, o que deixou claro “seu papel de homem trabalhador, sério e interessado em constituir família” (fl. 355), que servia como abonador de suas práticas sexuais com a menor.

No escólio de Francisco de ASSIS TOLEDO, “... *A adequação social exclui desde logo a conduta em exame no âmbito da incidência do tipo situando-a entre os*

comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos” (Princípios básicos do direito penal, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, página 120)

Assim também pontuam NILO BATISTA e Maurício RIBEIRO LOPES, *verbis*:

Como ensina Roxin, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”. A conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, 3ª ed., p. 91).

A teoria da adequação social formulada por Welzel surgiu como um princípio geral de interpretação e compreensão dos tipos penais. *Não são consideradas típicas aquelas “condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social, histórico, normal da vida porque são socialmente adequadas” (...)* A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social (RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio *Princípio da insignificância no direito penal*, São Paulo: RT, p. 117)

Ora, a conduta imputada ao recorrente não é apenas imoral e muito menos é aceita como algo dentro da “normalidade social”, a não ser que admitamos que o Direito Penal deva adaptar-se a tantos quantos forem os costumes e a moral de cada uma das microrregiões desse imenso país, o que, a par do *nonsense* jurídico que subjaz à ideia, consubstanciaria verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas.

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – o qual, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.

Com efeito, a aclamada *aceitação do relacionamento*, por parte da comunidade em que vivem os envolvidos, *desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227 da CF), bem como na Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º)*.

Em uma palavra, a relatada anuência a esse convívio amoroso (e sexual), por parte das pessoas próximas ao acusado e à vítima, não legitima o ilícito penal

em questão, sendo totalmente desimportante, para fins penais, o fato de a mãe da vítima (ou qualquer outra pessoa de seu povoado) ter contraído matrimônio aos 13 anos de idade (ou menos).

A tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista – ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, como a descrita nos autos – segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas.

A tradição, neste caso, não deve servir para abrandar a conduta ilícita do réu, pois à criança são assegurados, nos níveis constitucional e infraconstitucional, direitos inerentes à condição de infante e a ela não podem ser impostas obrigações típicas de um adulto. É de conhecimento geral que meninas que se casam em tenra idade – ainda que por opção e consentimento –, são impedidas (também pelos costumes, ou pela própria realidade) de estudar e exercer atividades infantis, para poder gerar filhos e cuidar da pesada carga de afazeres domésticos.

Nesse sentido, oportunas são as considerações de João JOSÉ LEAL e Rodrigo JOSÉ LEAL, em *Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado* (Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 32, out-nov/2009, p. 65-66):

[...] Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode-se dizer que a incriminação da conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida. Parece-nos que *o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a ideia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser penalmente garantida contra qualquer ato de natureza sexual.*

Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece-nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade - no caso, uma criança ainda - atenta contra os bons costumes ou, como diz a nova rubrica do Título VI do CP, "contra a dignidade

sexual. Em consequência, a lei considera tal conduta sexual ou libidinosa como um ato sexual de evidente violência, que precisa ser reprimido de forma mais severa. O rigor penal se manifesta pela quantidade maior de pena legalmente cominada e, também, pela hermenêutica jurisprudencial, que admite o beijo na boca ou na genitália como ato capaz de configurar o crime de estupro (antes, de atentado violento ao pudor)¹⁷.

Entende o Direito Penal que, durante a infância, período de vida fixado até determinada idade, a criança encontra-se num processo de formação, seja no plano biológico, seja no plano psicológico e moral. Dessa forma, se o agente mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso com alguém menor de catorze anos, o bem jurídico penalmente protegido é considerado indisponível de pleno direito (Destaquei).

Pertinentes, a esse propósito, são as informações extraídas de documento publicado pelo Unicef (*Minimum age of sexual consent*) acerca da idade mínima para o consentimento sexual. O texto deixa claro que o objetivo de se estabelecer critério etário mínimo para incursão na vida sexual é a proteção de crianças e adolescentes de abusos e das consequências da atividade sexual prematura sobre seus direitos e desenvolvimento. Um dos pontos destacados é a gravidez antecipada de adolescentes, circunstância que determina o abandono das escolas pelas meninas. O documento assevera ainda:

[...]

As normas internacionais não indicam qual a idade mínima para consentimento sexual. O Comitê de CRC considerou 13 anos como “muito baixo”. A idade deve, porém, evitar o excesso de criminalização dos comportamentos dos adolescentes e impedir o acesso aos serviços. Assim, deve respeitar a capacidade de desenvolvimento da criança e não ser estabelecida em patamar muito elevado. Também deve ser considerado como critério a diferença de idade entre os parceiros envolvidos, como uma indicação do equilíbrio de poder entre eles, para tratar os casos em que dois adolescentes menores de idade estão envolvidos.

Em toda a região, a esmagadora maioria dos países estabeleceu a idade mínima para consentimento sexual entre 14 e 16 anos. No entanto, alguns países fixam uma idade inferior a 14 anos ou acima de 16 anos.

Em vários países, a legislação discriminatória persiste, com base em gênero e orientação sexual (Tradução livre do texto encontrado em http://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm, acesso em 21/8/2015).

Ao concluir, acentuam-se os riscos à saúde a que estão submetidas crianças e adolescentes que cedo ingressam na vida sexual, particularmente porque, dada a falta de informações, estão mais vulneráveis a doenças sexualmente

transmissíveis. Por fim, deixa claro que *o estabelecimento de idade mínima para que a adolescente possa livremente consentir ao ato sexual é algo presente na generalidade dos países da América Latina*. Confira-se:

Quatro países da região estabeleceram a idade mínima para o consentimento sexual abaixo de 14 anos. São eles Argentina, Costa Rica, México e Uruguai. Outros dez estabeleceram essa idade em 14 anos. A maioria dos países do Caribe definiram a idade mínima em 16 anos. Na República Dominicana e no Equador, a idade é fixada em 18 – que pode ser considerada particularmente elevada, tendo em vista que naquele país, por exemplo, os dados indicam que 28,4 por cento dos adolescentes são mães com a idade de 18 anos e as meninas podem se casar aos 15 anos de idade, com o consentimento dos pais (Tradução livre).

II.5. Alinhamento do direito pátrio a outros diplomas penais

O exame da legislação de países centrais reforça a ideia de que é universal a preocupação de conferir plena proteção penal a crianças e adolescentes ainda não totalmente amadurecidos psíquica, física e emocionalmente.

Nos Estados Unidos, a quase totalidade dos estados federados possui legislação proibindo e punindo o sexo consentido com pessoa abaixo de certa idade. Sob variada denominação (*statutory rape, sexual assault, unlawful sexual intercourse, rape of a child, corruption of a minor, carnal knowledge of a minor* etc), alguns estados punem com maior rigor o agente que mantém relações sexuais com adolescente quando a diferença de idade é significativa. Delaware, por exemplo, pune com pena maior quem é 10 ou mais anos mais velho do que a adolescente. Na Geórgia a pena chega a 10 anos de prisão quando o agente é maior de 21 anos. A Flórida aprovou uma lei – lá chamada *Romeo and Juliet Law* – temperando o rigor punitivo quando o adulto não possui grande diferença de idade em relação à adolescente. (Cfe State Legislators' HANDBOOK for Statutory Rape Issues. Noy S. Davis and Jennifer Twombly. American Bar Association. Center on Children and the Law. Disponível em: <<http://ojp.gov/ovc/publications/infores/statutoryrape/handbook/statrape.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015. Para um estudo comparativo entre todos os estados, com as respectivas penas para o crime de *statutory rape*, consultar a tabela disponível em: <<http://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003<R-0376.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2015).

Na Itália, para citar um país com tradição jurídica similar à nossa, pune-se com pena entre 5 e 10 anos de reclusão quem mantém relações sexuais com

pessoa, que no momento do fato: 1) não completou 14 anos ou 2) não completou 16 anos, na hipótese de ser o réu ascendente, genitor, inclusive adotivo, padrasto, tutor ou outra pessoa com quem o menor tenha relação de cuidado, educação, instrução, vigilância ou custódia (*art. 609-quater, Codice Penale Italiano*).

A compreensão essencial extraída dessas leituras é, portanto, a de que *praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente – e, mais ainda, com uma criança – e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional.*

A propósito, enfatizo uma vez mais que *o ora recorrido, que nasceu em 25/4/1985 (certidão de nascimento à fl. 32), já era maior de 21 anos quando iniciou o relacionamento amoroso com a ofendida (nascida em 14/4/1997 – certidão de nascimento à fl. 12), então com 8 anos de idade (sentença fl. 111).*

III. Dispositivo

À vista de todo o exposto, e por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal e, nos aspectos assinalados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de fls. 109-114.*

IV. Tese assentada

Por se cuidar de julgamento de Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C), proponho a seguinte tese, a derivar das conclusões extraídas deste julgamento:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.



Súmula n. 594

SÚMULA N. 594

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

Referências:

CPC/2015, art. 1.036.

ECA, arts. 98 e 201, III.

Precedentes:

- (*)REsp 1.265.821-BA (2ª S, 14.05.2014 – DJe 04.09.2014)
- (*)REsp **1.327.471-MT (2ª S, 14.05.2014 – DJe 04.09.2014) –
acórdão publicado na íntegra**
- REsp 510.969-PR (3ª T, 06.10.2005 – DJ 06.03.2006)
- REsp 1.113.590-MG (3ª T, 24.08.2010 – DJe 10.09.2010)
- AgRg no REsp 1.245.127-BA (3ª T, 08.11.2011 – DJe 07.12.2011)
- REsp 1.269.299-BA (3ª T, 15.10.2013 – DJe 21.10.2013)
- AgRg nos
EDcl no REsp 1.262.864-BA (3ª T, 13.05.2014 – DJe 22.05.2014)

(*) Recursos repetitivos.

Segunda Seção, em 25.10.2017

DJe 6.11.2017

RECURSO ESPECIAL N. 1.327.471-MT (2011/0176288-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: A C A S J

Advogado: André Rodrigo Schneider

Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso

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

Advogado: Rodrigo da Cunha Pereira

EMENTA

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE ALIMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, aprovam-se as seguintes teses:

1.1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente.

1.2. A legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

2. Recurso especial não 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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, foram definidas as seguintes teses:
(i) O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos

em proveito de criança ou adolescente; (ii) a legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o infante se encontrar nas situações de risco descritas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 14 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 4.9.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por A.C.S.J. contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de São Félix do Araguaia, que reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação de execução de alimentos. O Juízo de primeiro grau entendeu que a Defensoria Pública da comarca havia sido instalada recentemente, circunstância que deixaria ao desamparo aqueles que não tivessem condições financeiras para arcar com honorários advocatícios. Ademais, por se tratar de direito indisponível, vislumbrou a legitimidade do *Parquet* no que dispõe o art. 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 13-15).

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso manteve a decisão agravada, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público, nos termos do acórdão assim ementado:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. AÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FAVOR DE MENOR SOB GUARDA DA MÃE. ADMISSIBILIDADE. COMARCA ONDE EXISTE PRECÁRIO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DO *PARQUET*. RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O Ministério Público tem legitimidade extraordinária para propor medida judicial que tem por objeto a prestação de direitos à criança, particularmente se não há na comarca instituição com estrutura para defesa dessa natureza de direito indisponível (fl. 186).

Nas razões do recurso especial, o recorrente sustentou, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, objetivando o recorrente a declaração de ilegitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos.

Ascendendo os autos a esta Corte, verifiquei, além da relevância do tema tratado, haver multiplicidade de recursos a versar controvérsia alusiva à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações de alimentos em benefício de crianças e adolescentes, sobretudo quando se encontram sob o poder familiar de um dos pais - exegese dos arts. 201, inciso III, e 98, inciso II, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por isso, afetei o julgamento do tema em destaque a esta Seção, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução n. 8/2008.

Na condição de *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM -, em manifestação subscrita pelo Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, opinou pelo reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações de alimentos, independentemente de o beneficiado se encontrar em situação de risco (fls. 300-306).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Dr. João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, opinou pelo não provimento do recurso especial, entendendo ser o Ministério Público legitimado à ação de execução de alimentos (fls. 307-310).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. O tema afetado a julgamento desta Seção, a par de ser repetitivo e permanente no âmbito judicial - pois não se trata de demanda sazonal que tende a se reduzir com o passar do tempo -, não tem encontrado conformação uniforme no âmbito desta Corte, circunstância que recomenda a pacificação da jurisprudência da Casa o quanto antes.

Acerca da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação de alimentos em benefício de criança ou adolescente, acuso a existência de três correntes no âmbito das Turmas de Direito Privado, ora reconhecendo tal legitimidade, ora a afastando, ora ainda impondo-lhe condições pontuais.

Acolhendo a tese da *legitimidade* do Ministério Público, invoco como exemplos os seguintes precedentes: REsp 1.269.299/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013; AgRg no REsp 1.245.127/BA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 07/12/2011; REsp 1.113.590/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 10/09/2010; AgRg no Ag 1.367.323/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011; REsp 208.429/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 01/10/2001.

A ementa a seguir reflete com clareza o entendimento acolhido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. ARTIGO ANALISADO: 201, III, ECA.

1. Ação de execução de alimentos ajuizada em 13/04/2005, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 02/09/2011.

2. Discute-se a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação/ execução de alimentos em benefício de criança/adolescente cujo poder familiar é exercido regularmente pelo genitor e representante legal.

3. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de execução de alimentos em favor de criança ou adolescente, nos termos do art. 201, III, do ECA, dado o caráter indisponível do direito à alimentação.

4. É socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, na defesa dos economicamente pobres, também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.269.299/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013)

Em sentido oposto, há outros precedentes a propugnar a *ilegitimidade* do Ministério Público para a ação de alimentos quando a criança ou adolescente

se encontrar sob o poder familiar de um dos pais: REsp 1072381/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 11/05/2009; REsp 659.498/PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2004; REsp 127.725/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2003; REsp 120.118/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/1998.

A síntese dos fundamentos do citado entendimento pode ser bem representada pela ementa a seguir:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO REPRESENTANDO MENOR DE IDADE SOB O “PÁTRIO PODER” DA GENITORA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. ART. 201, III, DA LEI N. 8.069/1990. INAPLICABILIDADE.

1 - Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o “pátrio poder” da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei n. 8.069/1990 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal.

2 - Precedentes (REsp n. 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG).

3 - Recurso não conhecido.

(REsp 659.498/PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 14/02/2005, p. 214)

No corpo de alguns dos precedentes citados se pode verificar, no mínimo por *obiter dictum*, a existência de um terceiro entendimento, que reconhece a legitimidade do Ministério Público *desde que não haja Defensoria Pública* instalada na comarca ou que o serviço prestado seja precário.

De forma intermediária, reconhece-se também a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de *investigação de paternidade* cumulada com ação de alimentos e para *interpor recursos* em ações de alimentos, na esteira da Súmula n. 99/STJ, segundo a qual “[o] Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”: REsp 1.058.689/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009; REsp 493.708/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado

em 15/03/2005, DJ 04/04/2005; REsp 211.061/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004; REsp 226.686/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/1999, DJ 10/04/2000; REsp 5.333/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/1991, DJ 25/11/1991.

Como exemplo desse entendimento, colho a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. PRISÃO CIVIL. INDEFERIMENTO. RECURSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1 - Em execução de alimentos, onde indeferida a prisão civil do alimentante e inerte a parte interessada (menor impúbere representado pela mãe), tem o Ministério Público, como fiscal da lei, legitimidade para recorrer. Aplicação da Súmula 99/STJ. Precedente.

2 - Recurso especial conhecido e provido para determinar ao Tribunal de origem o julgamento do agravo de instrumento conforme entender de direito.

(REsp 493.708/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 04/04/2005, p. 315)

3. Como se percebe dos precedentes citados, o debate acerca da legitimidade do Ministério Público, na maior parte das vezes, fica centrado na correta exegese do art. 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja redação é a seguinte:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...]

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.

Os precedentes que negam legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação de alimentos entendem que o citado inciso III do art. 201 do ECA só é aplicável na hipótese em que ficar evidenciada alguma violação ou ameaça aos direitos da criança e do adolescente, restritos aos casos previstos no art. 98:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Apóiam-se, outrossim, no fato de que a ação de alimentos prevista no ECA só teria cabimento perante a Justiça da Infância e Juventude nas hipóteses mencionadas no art. 98, mercê do que dispõe o art. 148, parágrafo único, alínea “g”:

Art. 148. [...]

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

[...]

- g) conhecer de ações de alimentos;

Por outro lado, a corrente que franqueia legitimidade ao Ministério Público aduz - além da relevância dos interesses envolvidos - que o art. 201, III, do ECA não restringe a atuação do Ministério Público às hipóteses previstas no art. 98 do Estatuto, razão pela qual se mostraria desimportante o fato de o menor estar ou não sob o poder familiar de um dos pais.

4. Segundo penso, a solução da controvérsia não pode restringir-se à interpretação dos mencionados artigos do Estatuto da Criança e Adolescente. E isso por duas razões essenciais: (i) trata-se de investigação das atribuições do Ministério Público, ente que ocupa posição estrutural no Estado, no delineamento construído pela própria Constituição Federal; (ii) cuida-se de tutela de interesses de especialíssima grandeza, com os quais se preocupou também a Constituição Federal.

4.1. Deveras, quando são examinadas as atribuições de órgãos e instituições centrais na estrutura do Estado - como os tribunais superiores, tribunais de contas, Congresso Nacional, Advocacia Pública, Defensoria Pública e, no que interessa, Ministério Público -, a boa técnica recomenda que se inicie primeiramente pelo traçado na Carta Magna, para só depois se avançar - se e quando cabível - à legislação subalterna.

Isso para que o aplicador do direito não incorra em erro hermenêutico dos mais graves, que é interpretar a Constituição Federal segundo a legislação ordinária, quando, na verdade, a hierarquia das normas impõe exatamente o contrário.

Nesse passo, cumpre ressaltar que a Constituição Federal, em seu art. 127, traz logo de saída a identidade do Ministério Público, seu núcleo axiológico, sua vocação primeira, que é ser “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Para a consecução de tal desiderato, a Carta da República indica, nos incisos I a VIII do art. 129, de forma meramente exemplificativa, as *funções institucionais mínimas* do Ministério Público, trazendo no inciso IX do mesmo dispositivo a cláusula de abertura que permite à legislação infraconstitucional o incremento de outras atribuições, desde que compatíveis com a vocação constitucional do *Parquet*.

Verbis:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

De logo já se deduz um vetor interpretativo invencível: a legislação infraconstitucional que se propuser a disciplinar funções institucionais do

Ministério Público poderá apenas elastecer seu campo de atuação, mas nunca subtrair atribuições já existentes no próprio texto constitucional ou mesmo sufocar ou criar embaraços à realização de suas incumbências centrais, como a defesa dos “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF/1988) ou do respeito “aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II, da CF/1988).

No ponto, não há dúvida de que a defesa dos interesses de crianças e adolescentes, sobretudo no que concerne à sua subsistência e integridade, insere-se nas atribuições centrais do Ministério Público, como órgão que recebeu a incumbência constitucional de defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Nesse particular, ao se examinar os principais direitos da infância e juventude (art. 227, *caput*, da Constituição Federal) percebe-se haver duas linhas principiológicas básicas bem identificadas, como bem menciona a doutrina: “a) de um lado, vige o *princípio da absoluta prioridade* desses direitos; b) de outro lado, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 737).

Deveras, é da própria letra da Constituição Federal que se extrai esse dever que transcende a pessoa do familiar envolvido, mostrando-se eloquente que não é só da família, mas também da sociedade e do Estado, o dever de assegurar à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à *alimentação*” (art. 227, *caput*), donde se extrai o interesse público e indisponível envolvido em ações direcionadas à tutela de direitos de criança e adolescente, das quais a ação de alimentos é apenas um exemplo.

Na mesma toada, a Carta consagra como direitos sociais a “*alimentação*” e “a proteção à maternidade e à *infância*” (art. 6º, *caput*, CF/1988), o que, de fato, reforça a conclusão de Mazzilli, para quem, em se tratando “de interesses indisponíveis de crianças ou adolescentes (ainda que individuais), e mesmo de interesses coletivos ou difusos relacionados com a infância e a juventude - sua defesa *sempre* convirá à coletividade como um todo” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 739).

O Supremo Tribunal Federal acolheu expressamente entendimento segundo o qual a norma infraconstitucional que, por força do inciso IX do art. 129 da Constituição Federal, acresce atribuições ao Ministério Público local, relacionadas à defesa da criança e do adolescente, é consentânea com a vocação constitucional do *Parquet*, nos termos da ementa a seguir:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONSELHO ESTADUAL DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. O rol de atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição Federal não constitui *numerus clausus*. O inciso IX do mesmo artigo permite ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

2. O art. 51 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não confere competência ao Ministério Público fluminense, mas apenas *cria o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, garantindo a possibilidade de participação do Ministério Público. Possibilidade que se reputa constitucional porque, entre os direitos constitucionais sob a vigilância tutelar do Ministério Público, sobrepõe a defesa da criança e do adolescente.* Participação que se dá, porém, apenas na condição de membro convidado e sem direito a voto.

[...]

(ADI 3463, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05-06-2012 PUBLIC 06-06-2012)

Na mesma linha, é a jurisprudência tranquila desta Casa em assegurar ao Ministério Público, dada a qualidade dos interesses envolvidos, a defesa dos direitos da criança e do adolescente, independentemente de se tratar de pessoa individualizada:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ARTIGO 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ARTIGO 273 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS.

[...]

7. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação ordinária com o objetivo de tutelar os direitos individuais indisponíveis de menor, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Inteligência dos art. 127 da Constituição Federal c/c arts. 11, 201, inciso VIII, e 208, incisos VI e VII, do ECA. Precedentes.

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.016.847/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 07/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. DIREITO À EDUCAÇÃO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública visando à proteção de direitos individuais indisponíveis do menor.

2. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 984.078/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 09/03/2009)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A GARANTIR ATENDIMENTO EM CRECHE A DUAS CRIANÇAS MENORES DE SEIS ANOS. DIREITOS INDISPONÍVEIS. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

I - A Primeira Seção desta Corte tem entendimento, já reiterado, no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para promover, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), mediante ação civil pública, a tutela dos direitos indisponíveis nele previstos, mesmo que se apresentem como interesse individual. Precedentes: EREsp 466.861/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28.03.2007, DJ 07.05.2007; EREsp 684.162/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; EREsp 684.594/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12.09.2007, DJ 15.10.2007.

II - Embargos de divergência providos.

(EResp 488.427/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 29/09/2008)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.9.2006.

2. No mesmo sentido são recentes precedentes desta Corte Superior: EREsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min Teori Albino Zavascki, DJ de 7.5.2007; REsp 920.217/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2007; REsp 852.935/RS, 2ª Turma,

Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4.10.2006; REsp 823.079/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.10.2006; REsp 856.194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22.9.2006; REsp 700.853/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.9.2006; REsp 822.712/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.4.2006.

3. Embargos de divergência providos.

(REsp. 684.162/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2007, DJ 26/11/2007, p. 112)

No que concerne especificamente à ação de alimentos, a doutrina não vacila em franquear legitimidade ativa ao Ministério Público:

Por isso, versando a demanda sobre alimentos, é incontroversa a indisponibilidade do direito em debate, dizendo respeito à própria *dignidade humana* e o direito à *vida digna*. Nesse sentido, Robson Renaut Godinho esclarece que a legitimidade ministerial para os alimentos decorre, em última análise, da tutela do próprio “direito à vida, por meio de uma ação judicial que visa a garantir o mínimo existencial necessário para o substituído, estando presente, assim, a nota da indisponibilidade. Também Pinto Ferreira assevera que a obrigação alimentícia “funda-se na própria existência da família, daí a indisponibilidade do direito”.

[...]

Portanto, uma eventual decisão judicial que venha a negar a legitimidade do Ministério Público para estar em juízo pleiteando alimentos em prol de uma criança ou adolescente, estará em rota de colisão com o texto constitucional (CF, arts. 127 e 227), bem como com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (FARIAS, Cristiano Chaves de. *A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão constitucional*. In. *Temas atuais do Ministério Público*. 4 ed. Cristiano Chaves de Farias [et. al] (Coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 685-691).

4.2. Com efeito, não há como, segundo penso, diferenciar os interesses envolvidos para que apenas alguns possam ser tutelados pela atuação do Ministério Público, atribuindo-se-lhe legitimidade, por exemplo, em ações que buscam tratamento médico de criança e subtraindo-se-lhe a legitimidade para ações de alimentos. Os direitos à saúde e à alimentação são garantidos diretamente pela Constituição Federal com prioridade absoluta (art. 227, *caput*), de modo que o Ministério Público detém legitimidade para buscar, identicamente, a concretização, pela via judicial, de tais direitos de especial estatura.

E assim, a norma infraconstitucional que discipline a atuação do Ministério Público no cenário da tutela de direitos da infância e juventude não poderá ser interpretada, jamais, como uma norma limitativa das funções institucionais do *Parquet*, sob pena de ofensa às atribuições expressas na Constituição - de defesa de interesses individuais indisponíveis - e de descompasso com o propósito declarado da Carta, em franquear à legislação infraconstitucional a ampliação das funções institucionais do Ministério Público e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à alimentação.

Essa orientação vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões monocráticas, para reconhecer a legitimidade extraordinária do Ministério Público em ações de alimentos: RE 630.886, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 634.910, Rel. Min. Celso de Mello; AI 716.212/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 222.693/MG, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 244.330/MG, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 522.792/SC, Rel. Min. Eros Grau; RE 541.400/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes.

De resto, segundo penso, não haveria lógica em reconhecer ao Ministério Público legitimidade para ajuizamento de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, ou mesmo a legitimidade recursal em ações nas quais intervém, como reiteradamente vem decidindo a jurisprudência (REsp 208.429/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2001; REsp 226.686/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/1999; REsp 129.426/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/1997), subtraindo-lhe tal legitimação para o ajuizamento de ação unicamente de alimentos - o que contrasta com o senso segundo o qual quem pode mais pode menos.

5. Outra questão de suma importância é a mudança de paradigma ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, mais tarde, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, quando comparados com as legislações pretéritas referentes à infância e juventude.

A doutrina da proteção integral é expressamente adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades

e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Como já afirmado, a ideologia do ECA está em absoluta consonância com diplomas internacionais que já haviam deslocado o foco normativo do *menor em situação irregular* para o infante sob o ponto de vista de sua proteção integral, como é o caso da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, promulgada no âmbito interno pelo Decreto n. 99.710/1990, que acolhe a mesma doutrina jurídica:

Artigo 3

1. **Todas as ações** relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a **proteção e o cuidado** que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão **todas as medidas legislativas e administrativas adequadas**.

No que concerne às ações do Estado direcionadas a assegurar a alimentação da criança, por seus pais ou pessoas por ela responsáveis, a citada Convenção traz norma expressa a respeito:

Artigo 27

[...]

4. Os Estados Partes tomarão **todas as medidas** adequadas para assegurar o **pagamento da pensão alimentícia** por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados Partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas.

6. Pois bem, retomo a análise do art. 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual faculta ao Ministério Público a legitimidade para promover e acompanhar as ações de alimentos.

Com efeito, se corretamente compreendida a ideologia jurídica sobre a qual o ECA, a Constituição Federal e demais diplomas internacionais foram erguidos, que é a doutrina da proteção integral, não se me afigura acertado

inferir que o mencionado artigo só tenha aplicação nas hipóteses previstas no art. 98 do mesmo diploma, ou seja, quando houver violação de direitos por parte do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou em razão da conduta da criança ou adolescente, ou ainda quando não houver exercício do poder familiar.

Isso porque tal solução, se bem analisada, e com a máxima vênia de seus defensores, consubstancia nada menos que o ressurgimento do vetusto paradigma superado, vigente durante o Código de Menores, que é a doutrina do *menor em situação irregular*.

Na verdade, há que se antecipar a atuação do Estado exatamente para que o infante não caia no que o Código de Menores chamava *situação irregular*, como nas hipóteses de maus-tratos, violação extrema de direitos por parte dos pais e demais familiares.

De fato, é decorrência lógica da doutrina da proteção integral o *princípio da intervenção precoce*, expressamente consagrado no art. 100, parágrafo único, inciso VI, do ECA, a respeito do qual a doutrina se manifesta da seguinte forma:

[...] as intervenções devem ser criteriosas e fundamentadas, não no bem que um adulto pode crer ser devido à criança ou ao adolescente, mas com base no que a garantia a respeito, igualdade, liberdade e autonomia possam reclamar.

Elas devem ser antes de tudo precoces. Uma intervenção justifica-se apenas no momento em que está ocorrendo a situação de ameaça ou violação de direito. **Precoce significa também ser preventiva** a uma situação de vulnerabilidade qualquer, mas também a uma tomada de decisão que restrinja ainda mais direitos do que aquela que se tornaria necessária caso esta não seja realizada. Por conseguinte, a intervenção precoce está intimamente relacionada com a responsabilidade primária e solidária do Poder Público, que deve prover serviços antes que qualquer situação de risco maior possa ocorrer (CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 11 ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 428-429).

Ademais, com a solução contrária chegar-se-ia em um círculo vicioso: só se franquearia ao Ministério Público a legitimidade ativa quando houvesse ofensa ou ameaça a direitos da criança ou do adolescente, conforme previsão do art. 98 do ECA. Mas é exatamente mediante a ação manejada pelo Ministério Público que se investigaria a existência de ofensa ou ameaça a direitos. Vale dizer, sem ofensa não haveria ação, mas sem ação não se descortinaria eventual ofensa.

No trâmite do processo de alimentos, pode até chegar-se à conclusão de que a criança ou adolescente está bem acolhida e não necessita dos alimentos

buscados pelo *Parquet*, seja porque o genitor que detém a guarda supre totalmente a necessidade e dispensa a contribuição do outro, seja porque o que não a detém presta alimentos de outra forma, elidindo, assim, sua responsabilidade alimentar perante a prole.

Porém, nada disso diz respeito à legitimidade ativa do Ministério Público, mas sim ao mérito do processo, o qual pode, eventualmente, findar com uma sentença de improcedência.

7. Por outro lado, há quem sustente que o entendimento contrário decorre do fato de o Juízo da Infância e Juventude só ser competente para julgar as ações de alimentos quando o menor se encontrar nas situações do art. 98 do ECA, nos termos do que dispõe o art. 148, parágrafo único, alínea “g”.

Porém, se a situação da criança ou do adolescente não atrai a competência do Juízo da Infância, é óbvio que a solução não é declarar a ilegitimidade do Ministério Público e extinguir o processo, mas simplesmente declinar da competência para outro Juízo que, segundo as normas locais de organização judiciária, seja competente.

Parece de clareza solar que não se pode delimitar a legitimidade do autor - sobretudo a do Ministério Público, que tem assento constitucional - pela ótica da competência material do Juízo. No máximo, ter-se-ia carência de atribuição funcional de determinado promotor de justiça para atuar no caso, questionamento que tem certo verniz de matéria *interna corporis* do Ministério Público e que, de todo modo, não geraria a ilegitimidade processual da instituição.

8. De outra parte, penso que não se pode confundir a *substituição processual* do Ministério Público - em razão da qualidade dos direitos envolvidos, mediante a qual se pleiteia, em nome próprio, direito alheio - com a *representação processual* da Defensoria Pública.

Deveras, o fato de existir Defensoria Pública relativamente eficiente na comarca não se relaciona com a situação que, no mais das vezes, justifica a legitimidade do Ministério Público, que é a omissão dos pais ou responsáveis na satisfação dos direitos mínimos da criança e do adolescente, notadamente o direito à alimentação.

É bem de ver que - diferentemente da substituição processual do Ministério Público -, a assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública não dispensa a manifestação de vontade do assistido ou de quem lhe faça as vezes, além de se

restringir, mesmo no cenário da Justiça da Infância, aos necessitados, no termos do art. 141, § 1º, do ECA.

Vale dizer, nessas situações, o ajuizamento da ação de alimentos continua ao alvedrio dos responsáveis pela criança ou adolescente, ficando condicionado, portanto, aos inúmeros interesses rasteiros que, frequentemente, subjazem ao relacionamento desfeito dos pais.

Como sublinhou com precisão Piero Calamandrei,

[...] a participação do Ministério Público (como parte no processo civil) tem a finalidade de suprir a não iniciativa das partes privadas ou de controlar sua eficiência (da iniciativa em juízo), sempre que, pela especial natureza das relações controvertidas (natureza indisponível), possa temer o Estado que o estímulo do interesse individual (...) possa faltar totalmente ou se dirigir a fins distintos do da observância da lei (*Apud*. FARIAS, Cristiano Chaves de. *A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão constitucional*. In. *Temas atuais do Ministério Público*. 4 ed. Cristiano Chaves de Farias [et. al] (Coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 685).

Sabe-se que, em não raras vezes, os alimentos são pleiteados com o exclusivo propósito de atingir o ex-convivente, na mesma frequência com que a pessoa detentora da guarda do filho se omite no ajuizamento da demanda quando ainda remanescer esperança no restabelecimento da relação. Enquanto isso, a criança aguarda a acomodação dos interesses dos pais, que nem sempre coincidem com os seus.

9. Assim, para fins do art. 543-C, do CPC, propõem-se as seguintes teses: (i) o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente; (ii) a legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

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

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, esse conflito de atribuições entre Defensoria Pública e Ministério Público não pode prejudicar

o interesse do menor. A extensão da competência, como bem ressaltado pelo eminente Relator, de mais um órgão poder defender os interesses do menor, é algo que se louva em termos de proteção da cidadania e de interesse indisponível quando se trata de menor.

Em casos concretos, a Defensoria Pública vai se firmando, vai mostrando cada vez mais a sua importância como órgão de defesa dos direitos dos mais carentes, que, certamente, são a maioria da população brasileira.

Não é que se possa pensar – e volto a dizer – que o Ministério Público vai selecionar as causas em que irá atuar. Ele agirá naquelas hipóteses da negligência da família, da mãe, do parente legitimado. A mãe pode contratar um advogado ou pode acionar a Defensoria Pública. A Defensoria Pública não pode, *sponte propria*, acionar, e o Ministério Público pode. Há uma diferença nessas situações muito bem definida aqui pelo eminente Relator.

Penso que, no Estado Democrático de Direito – já alcançamos essa maturidade política de Estado Democrático de Direito –, a prevalência da igualdade, com a eliminação da pobreza, com a eliminação da miséria, passa por iniciativas que sobrepõem interesses de categorias. Daí o acerto do eminente Relator em decidir pela competência do Ministério Público. Por isso, estou acompanhando o voto de S. Exa., louvando a forma um tanto ousada, mas aguerrida, do ilustre representante da Defensoria Pública na busca da preservação das suas atribuições, as quais esta Corte sempre respeitará.

Nego provimento ao recurso especial.



Súmula n. 595

SÚMULA N. 595

As instituições de ensino superior respondem objetivamente pelos danos suportados pelo aluno/consumidor pela realização de curso não reconhecido pelo Ministério da Educação, sobre o qual não lhe tenha sido dada prévia e adequada informação.

Referências:

CC/2002, arts. 186 e 927.

CDC, arts. 6º, III, 14, *caput* e § 1º, 20, *caput* e § 2º, e 37, *caput*, §§ 1º e 3º.

Precedentes:

REsp	1.034.289-SP	(3ª T, 17.05.2011 – DJe 06.06.2011)
REsp	1.121.275-SP	(3ª T, 27.03.2012 – DJe 17.04.2012)
REsp	1.230.135-MT	(3ª T, 04.12.2012 – DJe 11.12.2012)
REsp	1.232.773-SP	(3ª T, 18.03.2014 – DJe 03.04.2014) – acórdão publicado na íntegra
REsp	998.265-RO	(4ª T, 15.04.2010 – DJe 1º.02.2011)
REsp	1.101.664-SP	(4ª T, 07.02.2013 – DJe 28.02.2013)
REsp	1.244.685-SP	(4ª T, 03.10.2013 – DJe 17.10.2013)
AgRg no AREsp	651.099-PR	(4ª T, 26.05.2015 – DJe 03.06.2015)
REsp	1.079.145-SP	(4ª T, 28.04.2015 – DJe 12.11.2015)

Segunda Seção, em 25.10.2017

DJe 6.11.2017

RECURSO ESPECIAL N. 1.232.773-SP (2011/0009182-3)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Academia Paulista Anchieta S/C Ltda
Advogado: Reinival Benedito Paiva e outro(s)
Recorrido: Laura Cristina Conde Pimentel
Advogado: Berardino Fanganiello dos Santos e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CURSO SUPERIOR DE FARMÁCIA. FALTA DE RECONHECIMENTO PELO MEC. INDEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO PELO CONSELHO PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. EXCLUDENTE DA CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. DESCABIMENTO NA ESPÉCIE. LUCROS CESSANTES. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. AFASTAMENTO. DANO MORAL. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS. POSSIBILIDADE. MONTANTE. REDUÇÃO.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o Tribunal de origem, ao julgar a causa, examina e decide, com fundamentos suficientes, as questões relevantes para a solução da lide.

2. A instituição de ensino superior responde objetivamente pelos danos causados ao aluno em decorrência da falta de reconhecimento do curso pelo MEC, quando violado o dever de informação ao consumidor.

3. A alegação de culpa exclusiva de terceiro em razão da recusa indevida do registro pelo conselho profissional não tem o condão de afastar a responsabilidade civil da instituição de ensino perante o aluno, a qual decorre do defeito na prestação do serviço.

4. Para o deferimento de lucros cessantes, é imprescindível a efetiva demonstração do prejuízo, que deve partir de previsão objetiva de lucro, frustrada em decorrência direta da obrigação inadimplida.

5. A formação em curso superior e a inscrição no respectivo conselho profissional, por si sós, não autorizam a conclusão de ganho imediato com a atividade profissional.

6. Inexiste veto à fixação de indenização com base no salário mínimo. O que se proíbe é sua vinculação como critério de correção monetária. Precedentes.

7. O montante fixado a título de indenização por danos morais comporta revisão em sede de recurso especial quando manifestamente exorbitante, circunstância reconhecida no caso. Valor reduzido para R\$ 50.000,00.

8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 3.4.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por ACADEMIA PAULISTA ANCHIETA S/C LTDA. com amparo nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR. DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES. CURSO DE FARMÁCIA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. INVIABILIZADA A ADMISSÃO EM RAZÃO DE O CURSO NÃO TER SIDO RECONHECIDO PELO MEC. ELEMENTOS DOS AUTOS DEMONSTRANDO A OCORRÊNCIA DO DANO, NEXO E CULPA. PATENTE O DEVER DE INDENIZAR. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA.”

A parte ofereceu embargos de declaração (s-STJ, fls. 1.026/1.031), apontando dupla omissão do acórdão: uma sobre o art. 15, I, da Lei n. 3.820/1960, que possibilita a inscrição de bacharel em Farmácia no Conselho Regional de Farmácia – CRF, desde que graduado em instituição oficialmente autorizada e credenciada, como a embargante, não sendo necessário o reconhecimento do curso; e outra quanto à existência de requisitos insertos em edital de concurso que impediriam a recorrida de assumir cargo público, bem como o reconhecimento da circunstância fática de que, na data prevista para posse no cargo público, o CRF/SP nem sequer havia ainda se manifestado sobre o pedido de registro. Esses embargos foram rejeitados (e-STJ, fls. 1.033/1.037).

Sobreveio o presente recurso especial, que suscita preliminar de negativa de prestação jurisdicional, dado que a Corte de origem, não obstante ter sido provocada pelos embargos declaratórios, deixou de analisar aspectos relevantes da defesa relativos à existência de culpa exclusiva de terceiro e falta de nexo causal, o que afastaria sua responsabilidade civil.

No mérito, afirma violado o art. 15, I, da Lei n. 3.820/1960 pelos motivos já mencionados e traz divergência jurisprudencial a respeito com acórdão do TRF da 1ª Região.

Aponta também contrariedade ao art. 14, § 3º, II, do CDC. Isso porque a causa de pedir da autora foi a impossibilidade de assumir cargo público e de exercer temporariamente a atividade profissional de farmacêutica, o que decorreu da falta de registro no CRF. Todavia, a ausência de reconhecimento do curso não era impeditiva do registro no órgão profissional, havendo expressa autorização legal para tanto, desconsiderada pelo CRF/SP, daí sua culpa exclusiva quanto aos alegados danos.

A recorrente alega ainda que o acórdão recorrido violou o art. 46 da Lei n. 9.394/1996 ao considerar que o processo de reconhecimento teria se iniciado de forma tardia e por desídia sua. Argumenta que o dispositivo em tela não fixa termo inicial obrigatório para o pedido de reconhecimento de curso superior, podendo a instituição formalizar tal pleito após a formatura da

primeira turma, como era usualmente feito. Assim, não haveria fundamento legal para responsabilizá-la civilmente pelo não reconhecimento do curso quando da conclusão pela recorrida.

Alega, outrossim, que foi violado o art. 53, VI, da Lei n. 9.394/1996, que lhe faculta, independentemente do reconhecimento de seus cursos, conceder o grau de bacharel.

Aponta ofensa ao art. 159 do Código Civil de 1916 (atualmente, arts. 186 e 927 do novo CC) por se lhe imputar, indevidamente, responsabilidade civil, à míngua de nexo de causalidade entre sua conduta e os alegados danos.

Caso mantida sua responsabilidade, pugna pela modificação do valor da indenização por danos morais, seja porque arbitrado em salários mínimos, o que encontra vedação no art. 3º da Lei n. 7.789/89, seja porque se mostra excessivo à luz do disposto no art. 944, parágrafo único, do Código Civil. Trouxe divergência jurisprudencial a respeito.

Apresenta ainda a recorrente alegação de afronta ao art. 333, I, do CPC, sustentando que a recorrida não fez prova do fato constitutivo de seu direito alusivo aos pretendidos lucros cessantes. Pondera que o acórdão estadual fixou a indenização pertinente, considerando como termo inicial a data da colação de grau (28.12.2007), porém a recorrida apenas solicitou registro no CRF em 19.5.1999, de modo que, antes disso, não poderia exercer a profissão de farmacêutica.

Por fim, alega descumprimento da regra insculpida no art. 21 do CPC, na medida em que a demanda foi parcialmente acolhida, entretanto os ônus de sucumbência lhe foram integralmente imputados.

Devidamente intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 1.172/1.183).

Inadmitido o recurso na origem, foi interposto agravo de instrumento (Ag n. 1.060.712/SP), provido, monocraticamente, pelo Ministro Massami Uyeda em sede de agravo regimental. A decisão recebeu a seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR. CURSO NÃO RECONHECIDO PELO MEC. ALUNO APROVADO E NÃO ADMITIDO EM CONCURSO PÚBLICO. DANO MORAL. LUCROS CESSANTES. MELHOR ANÁLISE DA MATÉRIA. SUBIDA DO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO PROVIDO.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Trata-se de ação indenizatória proposta por LAURA CRISTINA CONDE PIMENTEL contra ACADEMIA PAULISTA ANCHIETA S/C LTDA., mantenedora da UNIVERSIDADE BANDEIRANTES DE SÃO PAULO – UNIBAN, ao fundamento de que fez o curso superior de Farmácia oferecido pela requerida, no período de 1995 a 1998, porém não conseguiu obter registro profissional no CRF/SP, à míngua de reconhecimento pelo MEC. Alegou que a requerida foi relapsa no cumprimento de suas obrigações, deixando de buscar o reconhecimento do curso antes de sua conclusão, conforme previsto na Portaria do MEC n. 877 de 30.6.1997. Assim, incorreu em descumprimento contratual, na medida em que não lhe outorgou, ao final do curso, diploma que a habilitasse a exercer a profissão. Em razão da falta de registro no CRF/SP, ficou impossibilitada de assumir cargo público, apesar de aprovada em concurso, e de exercer a profissão, além dos danos morais que experimentou.

A requerida alegou a inexistência de norma legal que imponha prazo para o pedido de reconhecimento do curso pelo MEC, sendo a praxe fazê-lo após a formatura da primeira turma, o que propiciava melhor análise de todo o projeto pedagógico. Salientou que a referida portaria do MEC apenas facultava o pedido de reconhecimento após o segundo ano, para cursos com duração de quatro anos. Aduziu ser a maior interessada no reconhecimento de seus cursos, tendo agido com absoluta observância da legislação específica. Argumentou ainda ter sido indevida a negativa do CRF, tendo em vista a possibilidade do registro com amparo no grau de bacharel, o qual possui autonomia para conceder.

O pedido foi julgado improcedente na sentença. Embora reconhecendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor na espécie, concluiu o julgador que a requerida agira com observância das demais regras pertinentes, inexistindo negligência de sua parte. Por outro lado, asseverou que a informação de que o curso estava em processo de reconhecimento constava do “Manual do Candidato”, de modo que a autora não poderia alegar ignorância a respeito, tendo assumido os riscos ao decidir iniciá-lo.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, entendeu que a informação constante do “Manual do Candidato” não cumpria a finalidade de deixar claro que o curso ainda dependia de reconhecimento do MEC, maculando o disposto nos arts. 6º, III, e 31 do CDC. Dessa forma, o serviço acabou não sendo prestado em conformidade com os fins prometidos e esperados, devendo o fornecedor ser responsabilizado, conforme o art. 20 e seu § 2º do CDC.

A Corte de origem afastou os danos materiais à míngua de sua comprovação e deferiu lucros cessantes, tomando por base o piso salarial da categoria (R\$ 872,00), devidos no período entre a data de conclusão do curso até o dia em que foi reconhecido pelo MEC. Ainda quanto aos lucros cessantes, indeferiu o pedido relativo aos vencimentos que a recorrida deixou de receber por não ter assumido cargo público, seja em razão do caráter temporário da função, previsto no edital, seja pela impossibilidade de cumulação com a condenação anterior, que equivale a trabalho de 40 horas semanais.

O Tribunal *a quo* também deferiu indenização por danos morais, que arbitrou em 300 salários mínimos, sopesando, neste ponto, a circunstância de que a autora se viu impedida de assumir cargo público em razão da falta de registro no CRF/SP. Por fim, condenou a requerida nos ônus de sucumbência, fixando a verba honorária em 10% sobre o total da condenação.

I - Negativa de prestação jurisdicional

Inicialmente, não vislumbro a ocorrência de afronta ao art. 535, II, do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo* examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitam a controvérsia, ainda que adotando fundamento diverso daquele perquirido pela recorrente. Tendo encontrado fundamento suficiente para embasar sua decisão, desnecessário se mostra que o magistrado tenha que rebater cada um dos argumentos trazidos pela parte. Essa é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

II - Responsabilidade civil da recorrente

Para a definição da existência ou não de responsabilidade civil da recorrente, despiciendo o exame dos normativos atinentes aos requisitos para registro no Conselho Regional de Farmácia ou mesmo quanto à autonomia das universidades. Isso porque o pedido exordial está fundamentado no descumprimento de obrigação contratual.

Com efeito, alegou a autora, ora recorrida, que houve descumprimento do contrato, visto que a requerida não adimpliu sua parte, no sentido de outorgar-lhe, ao final do curso superior, diploma que a habilitasse a exercer a profissão escolhida. Extrai-se da exordial:

“Esta (*sic*) bem claro que houve entre a Requerida e a autora uma relação jurídica contratual, sendo que a Autora se comprometeu a pagar pelos serviços

prestados pela Requerida, comparecer as (*sic*) aulas e demonstrar aproveitamento nas provas, enquanto a escola obrigou-se a ministrar ensinamentos e ao final expedir o diploma que habilite a aluna a exercer a profissão. Não ha (*sic*) qualquer dúvida que os fatos discutidos nestes autos, ajustam-se à teoria da inexecução obrigacional.”

Ora, a expectativa natural de quem se matricula em curso superior é que, após a formatura, obtenha o respectivo diploma, para cuja outorga, contudo, o reconhecimento do curso pelo MEC é pressuposto (art. 48 da Lei n. 9.394/1996).

Nessa seara, a falta de reconhecimento pelo MEC do curso oferecido ao público é informação relevante, que há de ser fornecida aos interessados de maneira clara e destacada, de modo a ser sopesada no momento da contratação dos serviços com a universidade.

Tratando-se de contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor, o que é incontroverso nos autos, a ausência de informação suficiente e adequada sobre a fruição dos serviços oferecidos e seus riscos implica o dever de indenizar os danos daí decorrentes, a teor do art. 14 da lei consumerista.

A Corte de origem, no acórdão recorrido, deixou assentado que a informação disponibilizada pela universidade sobre o curso de Farmácia não permitia a ciência inequívoca da pendência de seu reconhecimento pelo MEC, *in verbis*:

“No entanto, sobre o curso de Farmácia, consta no manual apenas: ‘FARMÁCIA (*Processo no C.N.S.*)’. Ora, por tal informação, não é possível ao candidato do vestibular de 1995 ter a inequívoca certeza de que o curso ainda não havia sido reconhecido ou que estivesse em processo de reconhecimento. Na verdade, simplesmente escrever ‘*Processo no C.N.S.*’ não significa informar, clara e objetivamente, que o curso pende de reconhecimento pelo MEC (como mais objetivamente foi feito pela instituição de ensino no manual do candidato relativo ao vestibular de 1999 - fl. 714), maculando o art. 6º, III, do CDC, que trata do direito do consumidor a (*sic*) informação adequada e clara sobre o produto ou serviço com especificação, inclusive, sobre os riscos que apresente, bem como o art. 31 do mesmo Diploma legal, segundo o qual as informações dos produtos ou serviços devem, dentre outras, ser corretas, claras, precisas e ostensivas.

Deveria a ora apelada demonstrar, clara e inequivocamente, que os alunos, ao se matricularem no curso de Farmácia para o ano de 1995, tinham plena ciência de que estavam iniciando um curso superior, cuja autorização de funcionamento se deu somente por um órgão deliberativo interno da própria universidade e que o reconhecimento do curso junto ao MEC poderia ser requerido somente após a formatura da primeira turma.

Assim não procedendo, assumiu o risco pelos serviços prestados não providenciando o pedido de reconhecimento junto ao órgão responsável antes da formatura de sua primeira turma, cumpridas as exigências administrativas para tanto.”

Não tendo havido a adequada e suficiente informação sobre a real situação do curso de Farmácia, exsurge a responsabilidade civil da recorrente pelos danos alegados. Essa responsabilidade do fornecedor de serviços em relação ao consumidor tem lastro no art. 14 da lei consumerista e é suficiente para sustentar o pleito indenizatório.

A tese de defesa da recorrente, calcada na excludente prevista no § 3º do art. 14 do CDC (culpa exclusiva de terceiro), não lhe socorre na espécie. Isso porque, ainda que fosse indevida a recusa do CRF/SP em aceitar o pedido de registro da recorrida, tal circunstância não afastaria o vício do serviço, visto que implicou transtornos inesperados para a autora.

Anoto que, em precedente escorado na mesma base fática, esta Terceira Turma assim se pronunciou:

“A discussão a respeito da possibilidade, ou não, de inscrição no CRF à só apresentação do certificado de conclusão do curso, sem a expedição de diploma, condicionada, esta, ao reconhecimento do curso pelo MEC, não é matéria válida como defesa da Instituição de Ensino diante do aluno que trilha todo o curso de Faculdade autorizada, mas ainda não reconhecida.

Foge à realidade imaginar que o estudante pretenda apenas frequentar e concluir curso universitário, sem a conseqüente habilitação a registrar-se no Conselho profissional pertinente.

Nesse contexto, embora se pudesse discutir a possibilidade de a Instituição de Ensino realmente vir a obter o reconhecimento do curso a qualquer tempo, ou, ainda, pudesse o próprio interessado vir a sustentar, perante o Conselho correspondente, a admissibilidade do registro mediante a exibição da prova de graduação, mediante interpretação elástica dos arts. 15 e 68 da Lei n. 9.394/1996 e invocação de precedentes dos Tribunais Regionais Federais (cf. fls. 313/317), dessas possibilidades não se seguiria jamais a conclusão de que o estudante, que conclui longo curso de quatro anos como o de farmácia, e que vem a ser surpreendido com a notícia de que não poderá se inscrever no Conselho Profissional e nem exercer o ofício para o qual se graduou, porque a Instituição de Ensino ainda não providenciou o reconhecimento do curso no Ministério da Educação, deixe de experimentar dano, inclusive moral, pelo retardamento das providências necessárias ao reconhecimento do curso, que são, evidentemente, de responsabilidade da Faculdade e não do aluno.

É obrigação da Instituição de Ensino, ao final do curso, qualificar quem nele se formou a preencher todos os requisitos formais necessários à inscrição no organismo profissional - ressalvada, apenas, a submissão a exames profissionais porventura exigidos pelas normas de regência profissional." (REsp n. 1.034.289/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 6.6.2011.)

O mesmo entendimento foi adotado pela Quarta Turma em caso análogo, *in verbis*:

"No particular, em contratos de prestação de serviços educacionais, a maior de todas as cláusulas, porque respeita a boa-fé objetiva - ainda que não seja expressa -, deve ser aquela que preveja, ao final, a titulação do aluno no grau a que se propôs o curso, devendo esta ter alguma utilidade, a qual somente se alcança com o reconhecimento pelo órgão competente.

A instituição de ensino, ao se enveredar na seara da educação superior, assume o ônus do reconhecimento do curso no órgão competente (MEC). A validade do curso, no entanto, depende unicamente da qualidade do serviço prestado e da adequação às regras técnicas. Por isso mesmo, não pode o risco do não reconhecimento ser dividido com o aluno, que em nada contribui para o insucesso.

[...]

Portanto, não há falar em culpa exclusiva de terceiro, como pretende a recorrente. De fato, o defeito na prestação de serviço - ao oferecer curso que, quando da formatura do recorrido, não estava formalmente reconhecido - já é, por si só, suficiente a sustentar o pleito indenizatório." (REsp n. 1.244.685/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 17.10.2013.)

A responsabilidade civil da recorrente apenas poderia ser afastada no caso, se a falta de reconhecimento do curso pelo MEC tivesse sido previamente informada, de maneira clara e objetiva, à recorrida. Nesse sentido foi o posicionamento desta Turma em recente julgado:

" DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CURSO SUPERIOR NÃO RECONHECIDO PELO MEC. CIRCUNSTÂNCIA PREVIAMENTE INFORMADA AOS ALUNOS. POSSIBILIDADE DE EXERCER A PROFISSÃO COM REGISTRO PROVISÓRIO DO ALUNO NO CONSELHO PROFISSIONAL REGIONAL. DANO MORAL. AUSÊNCIA.

[...]

2. Essa Corte reconhece a responsabilidade objetiva da instituição de ensino e o direito à compensação por danos morais a aluno de curso não reconhecido pelo Ministério da Educação quando violado o dever de informação ao consumidor.

3. Na hipótese, a situação do curso era conhecida pelos alunos e as providências quanto ao seu reconhecimento oficial, após a conclusão da primeira turma, foram tomadas pela instituição.

[...]

5. Como já eram previsíveis os aborrecimentos e dissabores por quais passou até o reconhecimento oficial do curso pelo MEC porque a recorrente foi informada da situação pela instituição de ensino, não ficou demonstrada a ocorrência do dano moral passível de compensação.

6. Negado provimento ao recurso especial." (REsp n. 1.230.135/MT, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 11.12.2012.)

Pelo exposto, fica mantida a responsabilidade civil da recorrente.

III – Lucros cessantes

A recorrente pretende ver afastada a condenação em lucros cessantes, visto que a recorrida não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu alegado direito.

A respeito, o Tribunal *a quo* assim fundamentou a condenação imposta à instituição de ensino:

"Com relação aos lucros cessantes, montante que a parte deixou efetivamente de auferir em virtude do fato, assiste parcial razão à apelante.

Muito embora a realidade do mercado de trabalho demonstre que o fato de alguém possuir um diploma universitário, em qualquer área, não significa garantia de emprego, não é menos real que um recém formado, portando um certificado de conclusão de um curso sem reconhecimento das autoridades competentes, não terá qualquer chance de conquistar uma vaga no concorrido mercado, dentro de sua área de formação.

Desse modo, pertinente se mostra a fixação da indenização pelos lucros cessantes no período em que a autora-apelante ficou impossibilitada de trabalhar pela ausência de reconhecimento do curso, tendo-se por base o piso salarial da categoria no valor de R\$ 872,00 (quantia não impugnada pela ré-apelada). Para o cálculo, o que demanda mera conta aritmética, deve se levar em conta a data de conclusão do curso (fl. 30) até o dia em que o curso foi reconhecido (fl. 165), corrigindo-se monetariamente o valor mensal de cada salário, e acrescido de juros legais, desde a data em que poderia ter sido recebido até a data do efetivo pagamento da indenização."

A condenação relativa a lucros cessantes não prescinde que a parte demonstre, concretamente, que deixou de ganhar lucros, o que pressupõe

também a existência de previsão objetiva de ganhos quando do inadimplemento da obrigação.

No presente caso, não há como aferir, com certeza, que a parte recorrida deixou de lucrar em face da ausência de reconhecimento do curso pelo MEC. Não há como chegar à conclusão de que teria auferido ganhos imediatos com a atividade de farmacêutica, pois a só conclusão do curso não é garantia bastante, por si só, para se comprovar objetivamente a prática profissional e o consequente ganho.

O dano indenizável a título de lucros cessantes e que interessa à responsabilidade civil é aquele que se traduz em efetiva demonstração de prejuízo, partindo do pressuposto anterior de previsão objetiva de lucro, da qual o inadimplemento impediu a possibilidade concreta de deixar de ganhar algo. Não preenchem o requisito para seu deferimento os lucros hipotéticos, que decorreriam de fatores diversos ou indiretos aos efeitos da obrigação inadimplida.

Nesse contexto, oportuna a lição de MARIA HELENA DINIZ, que, ao tratar da matéria, expressa, sucinta e objetivamente, o seguinte:

“Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultando do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto.” (*Responsabilidade Civil*, 15ª ed., Editora Saraiva, 2001, p. 63.)

Veja-se ainda a doutrina de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“As perdas e danos não poderão ser arbitrários. Não pode o credor receber, a esse título, qualquer lucro hipotético. Somente lhe cabe, com fundamento na reparação, receber, como benefícios de que o dano o privou, aquilo que efetivamente decorreu do fato imputável, e os lucros cessantes por efeito direto e imediato do descumprimento da obrigação. [...] Não é, portanto, indenizável o chamado *dano remoto*, que seria conseqüência *indireta* do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento.” (*Instituições de Direito Civil*, vol. II, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 337.)

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu na linha da orientação doutrinária ora colacionada, conforme os seguintes precedentes:

“CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CURSO DE MESTRADO NÃO RECONHECIDO PELO MEC/CAPES. PRETENSÃO DE DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. DEFERIMENTO DO PRIMEIRO. IMPROCEDÊNCIA DOS DEMAIS. SÚMULA N. 7 - STJ.

I. Devido o dano moral pela frustração na obtenção de diploma de mestrado devido ao não reconhecimento do curso oferecido pela instituição de ensino ré perante o Ministério da Educação.

II. Descabimento, por outro lado, da restituição das mensalidades ante a prestação do ensino e o ulterior reconhecimento do curso, bem como de lucros cessantes, porquanto não pode haver responsabilização por efeitos colaterais, caso de pretendida melhoria salarial em carreira do serviço público, que são inteiramente estranhos à relação contratual existente entre o autor e a associação recorrida.

III. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula n. 7-STJ).

IV. Recursos especiais não conhecidos.” (REsp n. 998.265/RO, Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 1º.2.2011.)

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO INDENIZÁVEL. LUCROS CESSANTES. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

1. O dano indenizável a título de lucros cessantes e que interessa à responsabilidade civil é aquele que se traduz em efetiva demonstração de prejuízo, partindo do pressuposto anterior de previsão objetiva de lucro, do qual o inadimplemento impediu a possibilidade concreta de deixar de ganhar algo.

2. Recurso especial provido.” (REsp n. 615.203/MS, Quarta Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 8.9.2009.)

Merece, pois, reforma o acórdão recorrido, que deferiu os lucros cessantes com base em fato absolutamente hipotético.

IV – Dano moral – montante da indenização

Neste ponto, pugna a recorrente pela modificação do *quantum* arbitrado pelo Tribunal *a quo*, seja porque fixado em salários mínimos, o que encontra vedação no art. 3º da Lei n. 7.789/1989, seja porque se mostra excessivo à luz do disposto no art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Esclareça-se que inexistente veto à fixação de indenização com base no salário mínimo. O que se proíbe é sua vinculação como critério de correção monetária. Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte, conforme os seguintes precedentes:

“RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DO AGRAVADO. PRECLUSÃO. SALÁRIO MÍNIMO. FATO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INADMISSIBILIDADE.

[...]

II. É possível a fixação do valor da indenização em salários mínimos, sendo, porém, vedada a utilização daquele parâmetro como indexador para a atualização do *quantum* indenizatório.

III. Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.174.486/SP, Terceira Turma, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 14.10.2010.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM 50 (CINQUENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. É inadmitida a utilização do salário mínimo como fator de correção monetária; todavia, não há nenhuma vedação legal a que se fixe o valor de indenização por danos morais tomando como referência tal parâmetro.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 971.113/SP, Quarta Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 8.3.2010.)

O Tribunal de origem fixou a indenização por danos morais em 300 salários mínimos, o que equivalia, à época do julgamento (setembro/2009), a R\$ 139.500,00.

É posição assente nesta Corte a possibilidade de revisão do montante fixado a título de indenização por danos morais sempre que o valor se apresentar, *primo oculi*, excessivo ou irrisório.

Sopesando as circunstâncias fáticas delineadas pelo aresto recorrido, revela-se excessivo o *quantum* arbitrado pelo Tribunal *a quo*. Com efeito, em casos similares, o STJ tem reduzido ou mantido as condenações no patamar de R\$ 5.000,00/R\$ 6.000,00. Assim ocorreu nos seguintes precedentes: *REsp n. 631.204/RS* e *REsp n. 773.994/MG*, ambos da relatoria da Ministra Nancy Andrighi; e *REsp n. 1.039.985/SP*, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

Todavia, considerando as peculiaridades do presente caso, notadamente a circunstância de ter a recorrida perdido a chance de assumir cargo público, embora de natureza temporária, fixo a indenização por dano moral em R\$ 50.000,00.

V - Conclusão

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para afastar da condenação os lucros cessantes e reduzir o valor da indenização por dano moral para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)*, a ser corrigida monetariamente a partir desta data, nos termos da Súmula n. 362/STJ.

Ante a modificação do julgado recorrido, impõe-se a redistribuição dos ônus de sucumbência, o que torna prejudicado o exame da apontada violação do art. 21 do CPC.

Determino o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados no acórdão, na proporção de 50% para cada parte, admitida a compensação dos honorários. Referidos ônus ficam suspensos em relação à recorrida, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

É o voto.



Súmula n. 596

SÚMULA N. 596

A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.

Referência:

CC/2002, arts. 1.696 e 1.698.

Precedentes:

REsp	579.385-SP	(3ª T, 26.08.2004 – DJ 04.10.2004)
AgRg no Ag	1.010.387-SC	(3ª T, 23.06.2009 – DJe 30.06.2009)
AgRg no AREsp	138.218-MS	(3ª T, 28.08.2012 – DJe 04.09.2012)
AgRg no AREsp	367.646-DF	(3ª T, 08.05.2014 – DJe 19.05.2014)
REsp	1.415.753-MS	(3ª T, 24.11.2015 – DJe 27.11.2015)– acórdão publicado na íntegra
REsp	658.139-RS	(4ª T, 11.10.2005 – DJ 13.03.2006)
REsp	804.150-DF	(4ª T, 02.05.2006 – DJ 22.05.2006)
REsp	858.506-DF	(4ª T, 20.11.2008 – DJe 15.12.2008)
REsp	831.497-MG	(4ª T, 04.02.2010 – DJe 11.02.2010)
REsp	576.152-ES	(4ª T, 08.06.2010 – DJe 1º.07.2010)
AgRg no AREsp	390.510-MS	(4ª T, 17.12.2013 – DJe 04.02.2014)

Segunda Seção, em 8.11.2017

DJe 20.11.2017

RECURSO ESPECIAL N. 1.415.753-MS (2012/0139676-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: M V R R (menor) e outro

Repr. por: J R da S

Advogado: Almir Silva Paixão - Defensor Público e outros

Recorrido: T da S R

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS. PRESSUPOSTOS.

1. A obrigação alimentar dos avós apresenta natureza complementar e subsidiária, somente se configurando quando pai e mãe não dispuserem de meios para promover as necessidades básicas dos filhos.

2. Necessidade de demonstração da impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos de seus filhos.

3. Caso dos autos em que não restou demonstrada a incapacidade de a genitora arcar com a subsistência dos filhos.

4. Inteligência do art. 1.696 do Código Civil.

5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 27.11.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por M.V.R.R e OUTRO, representados por J.R.S., com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, proferido no curso da ação de alimentos que moveram em face de T.S.R.

Esta a ementa do acórdão recorrido (fls. 108/117).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS MOVIDA. OBRIGAÇÃO AVOENGA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DA GENITORA EM ARCAR COM O SUSTENTO DOS MENORES. RECURSO PROVIDO.

1. A obrigação de prover o sustento de filhos menores é, primordialmente, de ambos os genitores, isto é, do pai e da mãe, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade.

2. O chamamento dos avós é excepcional e somente se justifica quando nenhum dos genitores possui condições de atender o sustento dos filhos menores e os avós possuem condições de prestar o auxílio sem afetar o próprio sustento, o que inócorre no caso.

3. A obrigação dos avós de prestar alimentos aos netos é complementar e admitida somente quando comprovada a efetiva necessidade e a impossibilidade ou insuficiência do atendimento por qualquer dos genitores.

Em suas razões (fls. 124/135), os recorrentes apontaram violação aos artigos 1.694, 1.695 e 1.696, do Código Civil, além de divergência jurisprudencial. Sustentaram incabível o afastamento, de ofício, pelo Tribunal *a quo*, da responsabilidade da avó paterna de contribuir com o sustento dos netos, em razão da ausência de prova acerca da impossibilidade da genitora assumir integralmente a obrigação alimentar.

Argumentaram, nesse sentido, que a recorrida não alegou em sua defesa, ter a mãe dos recorrentes possibilidade de suportar sozinha a obrigação alimentar, o que lhe incumbia por força do art. 333, II, do CPC, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados, a teor do que dispõe o art. 302 do CPC.

Por fim, disseram que no acórdão paradigma colacionado, REsp n. 119.336/SP, da relatoria do eminente Ministro Ruy Rosado Aguiar, Quarta Turma, não se exigiu que o alimentando provasse que sua mãe não tinha condições de suportar a obrigação integralmente.

Postularam o provimento.

Contrarrazões às fls. 154/163.

Inadmitido na origem o recurso (fls. 178/181), dei provimento ao agravo interposto, determinando a sua conversão em recurso especial (fl. 220).

Às fls. 231/237, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nesta parte, pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. A polêmica central do presente recurso especial situa-se em torno dos pressupostos da obrigação alimentar dos avós, em face do disposto no art. 1696 do Código Civil, que dispõe o seguinte:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Preliminarmente, verifica-se a ausência do prequestionamento da matéria relativa aos arts. 302 e 333, II, do CPC, porquanto não apreciada pelo julgado recorrido, tornando inviável o seu conhecimento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF. Ressalto que os recorrentes sequer opuseram embargos de declaração com vistas a provocar o prequestionamento das normas indicadas.

Ante de passar à análise das demais questões do recurso especial, necessário delimitar as circunstâncias fáticas do caso que foram expressamente versadas pelo acórdão recorrido.

Constam do acórdão recorrido os seguintes pontos:

1) Os alimentos estão sendo requeridos pela genitora para os menores com idade de 9 e 6 anos, devendo ser presumidas as suas necessidades.

2) As duas partes alegam desconhecer o paradeiro do genitor, que fora anteriormente condenado, em ação de alimentos, ao pagamento mensal de 30% do salário mínimo.

3) A avó paterna, com 67 anos à época do julgamento, comprovou ser pensionista da previdência social, recebendo renda mensal de R\$ 722,32, sendo-lhe descontados dois empréstimos por mês, perfazendo renda líquida de R\$ 586,65.

4) A genitora se qualifica como “ajudante de produção”, não tendo juntado aos autos nenhum comprovante de renda a amparar a sua alegação de impossibilidade de arcar integralmente com a subsistência de seus filhos menores.

Fixada a moldura fática, passa-se a análise das peculiaridades da obrigação alimentar dos avós em relação aos netos que se encontram sob a guarda de pelo menos um dos genitores.

Maria Aracy Menezes da Costa, em obra específica acerca da obrigação alimentar avoenga (*Os limites da obrigação alimentar dos avós*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011), refere o seguinte:

A doutrina brasileira é unânime ao se posicionar em torno de uma premissa básica: em primeiro lugar, a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos, e secundariamente - suplementarmente - extensiva aos demais ascendentes, recaindo nos ascendentes mais próximos e, somente depois que devem ser chamados os mais remotos.

A jurisprudência tem confirmado, de forma veemente, a suplementação dos alimentos pelos avós, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, mas de forma excepcional e transitória, “de modo a não estimular a inércia ou acomodação dos pais, sempre primeiros responsáveis”. (p. 114)

Ao discorrer acerca da complementariedade da pensão pelos avós, a eminente autora assevera o seguinte:

O Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com relação à obrigação alimentar dos parentes, concluiu, através de enunciado no. 44 que “a obrigação alimentar dos avós é complementar e subsidiária à de ambos os genitores, somente se configurando quando pai e mãe não dispõem de meios para promover as necessidades básicas dos filhos”.

Em sua justificativa, pondera que o artigo 1.696 do Código Civil dispõe que a obrigação alimentar recai nos parentes “mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Somente após demonstrada a impossibilidade de todos os mais próximos

em suportar o encargo alimentar é que se pode configurar a obrigação dos ascendentes mais remotos. Dessa forma, se viabiliza a postulação de alimentos contra os avós quando o pai e a mãe não possuem condições de arcar com o sustento dos filhos. Se apenas um dos pais apresenta condições, deve assumir sozinho a manutenção do filho. Apesar de a fundamentação ser clara e explícita quanto ao fato de não haver “compensação” ou “substituição” do pai faltante pelo avô quando apenas um dos pais apresenta condições, essa clareza não se fez presente no corpo do enunciado.

O Superior Tribunal de Justiça tem ratificado seu entendimento de que os avós somente serão responsabilizados na incapacidade de os pais cumprirem seu encargo, não admitindo que a ação seja ajuizada diretamente contra os avós. (p. 116)

Com efeito, a jurisprudência desta Corte pacificou seu entendimento no sentido de que a responsabilidade dos avós nasce somente no caso de ausência ou impossibilidade de os genitores (pai e mãe) proverem a subsistência de seus filhos.

Nesse sentido:

REGIMENTAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. AVÔ PATERNO. COMPLEMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. - Os avós podem ser chamados a complementar os alimentos dos netos, na ausência ou impossibilidade de o pai fazê-lo. A obrigação não é solidária. - Não há julgamento extra petita se a lide é decidida dentro dos limites em que foi proposta. (*AgRg no REsp 514.356/SP, Terceira Turma, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 18/12/2006 p. 362*)

Recurso especial. Direito Civil. Família. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Complementar. Reexame de provas.

- A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor.

- Tendo o Tribunal de origem reconhecido a possibilidade econômica do avô e a insuficiência de recursos do genitor, inviável a modificação da conclusão do acórdão recorrido, pois implicaria em revolvimento do conjunto fático-probatório.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 579.385/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI DJ 04/10/2004 p. 291)

CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS.

Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a

responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem. (REsp 366.837/RJ, Quarta Turma, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator para o acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ 22/09/2003 p. 331)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. PRESSUPOSTOS. POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ÔNUS DA PROVA.

1. *Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos.*

2. O desemprego do alimentante primário - genitor - ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este.

3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós.

4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC.

5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ.

6. Recurso não provido.

(REsp 1.211.314/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 22/09/2011)

No caso dos autos, verifica-se que o acórdão recorrido solucionou com razoabilidade a lide, observando o entendimento jurisprudencial desta Corte.

Com base nas circunstâncias fáticas já aludidas, o Tribunal de origem entendeu que não se poderia obrigar a avó a arcar com o pagamento dos alimentos a que fora condenado o seu filho, genitor dos alimentandos (netos), se a mãe, ao mover a presente ação, não demonstrou a sua impossibilidade de arcar com a subsistência de seus filhos.

O acórdão recorrido considerou, finalmente, que a recorrida é pessoa idosa, com rendimentos líquidos inferiores a um salário mínimo, evidenciando ainda mais a impossibilidade de lhe ser imposta a obrigação alimentar.

Em síntese, foi corretamente interpretada e aplicada a regra do art. 1.696 do Código Civil pelo acórdão recorrido.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.



Súmula n. 597

SÚMULA N. 597

A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.

Referência:

Lei n. 9.656/1998, art. 12, V, c.

Precedentes:

AgRg no AREsp	595.365-SP	(3ª T, 04.12.2014 – DJe 16.12.2014)
AgRg no AREsp	854.954-CE	(3ª T, 24.05.2016 – DJe 06.06.2016)
AgInt no AREsp	858.013-DF	(3ª T, 09.08.2016 – DJe 16.08.2016)
AgInt no AREsp	833.977-DF	(3ª T, 1º.09.2016 – DJe 12.09.2016)
AgInt no REsp	1.448.660-MG	(3ª T, 04.04.2017 – DJe 10.04.2017)
REsp	962.980-SP	(4ª T, 13.03.2012 – DJe 15.05.2012)– acórdão publicado na íntegra
AgRg no AREsp	627.782-SP	(4ª T, 05.03.2015 – DJe 11.03.2015)
AgInt no AREsp	892.340-SP	(4ª T, 09.08.2016 – DJe 16.08.2016)
AgInt no AREsp	912.662-SP	(4ª T, 06.09.2016 – DJe 21.09.2016)
AgInt no AREsp	949.288-CE	(4ª T, 20.10.2016 – DJe 24.10.2016)

Segunda Seção, em 8.11.2017

DJe 20.11.2017

RECURSO ESPECIAL N. 962.980-SP (2007/0144835-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Diego de Carvalho Ferreira
Repr. por: Maria Heloísa Teixeira de Carvalho Ferreira
Advogado: Sandra Linhares Zuanella e outro(s)
Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde
Advogados: Lisandra de Araujo Rocha Godoy Casalino
Tatiana Cruz Rufato e outro(s)

EMENTA

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12, V, ALÍNEA “C”, DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.

1. “Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida”. (REsp 466.667/SP, Rel.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)

2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea “c”, do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência.

3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.

4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor prevêm a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida.

5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro.

6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, “se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar”.(RE 201.819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11.10.2005, DJ 27.10.2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.

ACÓRDÃO

A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido, em parte, o Sr. Ministro Raul Araújo, que excluía a aplicação da multa.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 15.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Diego de Carvalho Ferreira, então menor com 13 anos de idade, em março de 2003, ajuizou ação de obrigação de fazer em face da Sul América Aetna Seguro Saúde S/A, sustentando que é beneficiário do seguro de assistência à saúde firmado com a ré e que, no dia 19 de janeiro de 2003, foi atendido no setor de Pronto Socorro do Hospital São Luiz, acometido por súbito comprometimento da coordenação motora, sentindo dores na cabeça e região da coluna, diminuição do nível de consciência e “olhar perdido”. Afirma que, após a realização de tomografia do crânio, foi diagnosticada a existência de tumor cerebral, maligno, com quadro médico grave, pois, além do tumor, havia “queda de hipertensão intracraniana grave”, com risco de morte, razão pela qual foi imediatamente internado para posterior intervenção neurocirúrgica. Sustenta que, apesar do caráter emergencial do exame de ressonância magnética nuclear, foi negada, pela ré, a sua cobertura, ao argumento de que o autor consta no grupo de carência 2 do contrato, estando submetido ao prazo de carência de 180 dias a partir da adesão ao seguro. Afirma que sua genitora emitiu cheque caução no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), já descontado pelo hospital e, na data da alta médica, emitiu outro cheque, para pagamento das despesas hospitalares, no valor de R\$ 14.722,06 (quatorze mil, setecentos e vinte e dois reais e seis centavos), que estava na iminência de ser depositado. Assevera ter sido submetido a novos procedimentos para tratamento da doença, tendo também sido recusada a cobertura securitária, sem que a ré tivesse ao menos enviado médico para aferir o estado de saúde e risco de vida do

requerente. Expõe que seus pais não conseguem mais arcar com as despesas, não cabendo à requerida alegar carência, pois se trata de procedimentos de urgência.

Após a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que a requerida autorize a realização dos procedimentos que se fizerem necessários para o tratamento do requerente, o Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional XI - Pinheiros da Comarca de São Paulo - SP julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

Interpôs a ré apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso para limitar o período da cobertura.

A decisão tem a seguinte ementa:

CONTRATO. Seguro-saúde. Tumor. Tratamento de emergência. Prazo de carência. Resolução CONSU n. 13. Ação procedente. Recurso parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração pelo autor, foram parcialmente acolhidos, em decisão assim ementada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Acórdão que examinou as questões relevantes para o julgamento da lide. Omissão parcial quanto a despesas posteriores ao período de carência e ressarcimento integral. No mais, obscuridade, contradição e omissão não configuradas. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos.

Interpôs o autor recurso especial com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal sustentando divergência jurisprudencial e violação aos artigos 47, 51 e 54 do Código de Defesa do Consumidor; 12 e 35 da Lei 9.656/98 e 3º da Resolução CONSU n. 13 de 1998.

Alega o recorrente que, ao contrário do entendimento perfilhado pela Corte local, o artigo 35-C da Lei 9.656/98 não limita o custeio dos procedimentos de urgência ou emergências às primeiras doze horas de internação.

Sustenta que o titular do seguro aderiu a plano hospitalar e que o artigo 3º da Resolução CONSU n. 13, de 1998, estabelece que, nos contratos de plano hospitalar, deve haver cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta.

Afirma que a legislação fixa em 24 horas o prazo máximo de carência para cobertura total dos casos de urgência e emergência.

Expõe que o contrato de adesão tem cláusulas abusivas, limitativas ao direito do consumidor.

Em contrarrazões, acena a recorrida que: a) o recorrente pretende fazer incidir disposição legal diversa da aplicável ao caso; b) ao contratar o seguro de saúde é entregue ao cliente apólice, contendo cláusulas legíveis, de fácil compreensão, havendo aquela que estabelece o prazo de carência de 180 dias da data de adesão; c) o recorrente só teve direito à cobertura a partir de 26 de março de 2003, todavia os procedimentos mencionados na inicial são anteriores àquela data; d) o seguro contratado está em consonância com a Lei 9.656/98, tendo as cláusulas da avença sido redigidas de acordo o texto daquele Diploma, não havendo falar em ilegalidade; e) as disposições contratuais estão sujeitas a regras que permitem o equilíbrio da prestação de serviços com o pagamento dos prêmios, acarretando desequilíbrio contratual o requerido no recurso.

O recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Cumpre observar, de início, que descabe apreciação acerca de alegada violação à resolução administrativa, em sede de recurso especial:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ARESP. APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS PRODUZIDOS POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPTÃO. FRAUDE NO MEDIDOR. DÉBITO PRETÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. Em relação ao exame dos dispositivos da Resolução da Aneel, esta Corte Superior pacificou seu entendimento no sentido de que a análise de dispositivos de resolução e demais espécies de diplomas infralegais não pode ser feita, posto que tais espécies normativas não se equiparam às leis federais para fins de interposição de recurso especial. Precedentes.

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 59.058/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANÁLISE NA VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE SÚMULA E DE DISPOSITIVO DO REGIMENTO INTERNO DO TJPI. NORMATIVOS NÃO ABRANGIDOS PELO CONCEITO DE "LEI FEDERAL". RITO PROCESSUAL NA ORIGEM. REVISÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. ARTS. 37 e 485, § 1º, DO CPC. ERRO NA INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DA PARTE. PREJUÍZO NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA.

[...]

2. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias, instruções normativas ou a regimentos internos de tribunais, tampouco a enunciados sumulares.

[...]

8. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. Agravo regimental não provido.

(EDcl no AREsp 37.727/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 17/02/2012)

3. Conforme os fatos expostos pela Corte local, a questão controvertida consiste em saber se, em seguro de assistência à saúde, é possível a seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro, ao período concernente às doze primeiras horas de atendimento médico-hospitalar, a contar da internação.

No caso, não se questiona se o seguro cobre os procedimentos a que o autor foi submetido, mas apenas se é possível invocar carência contratual para eximir a seguradora do custeio do tratamento da gravíssima enfermidade.

As instâncias ordinárias apuram que o autor é beneficiário de contrato de seguro de assistência médico-hospitalar familiar, desde 25 de setembro de 2002, sendo que, em 19 de janeiro de 2003, ao se sentir mal, foi atendido em Pronto Socorro de Hospital onde, após ser submetido a exames, foi diagnosticado que estava acometido por tumor cerebral.

A sentença dispôs:

Conforme dispositivo do artigo 47 da Lei 8.078/90, cabe ao órgão julgador a interpretação de cláusulas contratuais, de maneira mais favorável ao consumidor na hipótese de existir dubiedade interpretativa da mesma. Sob outro prisma, conforme prevê o artigo 51, parágrafo 1º, inciso III do mesmo diploma legal,

presume-se exagerada a vantagem ao fornecedor de serviços, quando se mostre excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias *peculiares ao caso concreto*.

Na hipótese dos autos, o dissenso entre as partes reside no enquadramento dos procedimentos relativos ao “tumor maligno”, o qual segundo o autor estaria no grupo de carência 0 e, segundo a requerida estaria no grupo de carência 2 (ambos à fl. 186 V - cláusula 7.3).

É fato notório, e portanto despicienda de prova a respeito do tema (artigo 334, I), que o tipo de moléstia que se desenvolveu no autor apenas vem a ser descoberta quando fatores externos levam à realização de exames, muitas vezes em situação já tardia para o recrudescimento do mal. Basta observar-se que o autor teve o primeiro atendimento em 19 de janeiro e, já no dia 21 submeteu-se a delicada intervenção cirúrgica para extração do tumor que se alojara em seu cérebro, sendo necessárias, ato contínuo, sessões de quimioterapia, de molde a exterminar em definitivo a situação cancerígena.

Tal procedimento, à todas luzes, deve ser entendido e interpretado como emergência e, como tal, sem qualquer restrição carencial como pugnado pelo autor, enquadrando-se naquilo que preconiza o artigo 35, “c”, da Lei 9.656/98.

Ao ensejo da decisão de fl. 140 houve a determinação para que a requerida custeasse os serviços de quimioterapia e correlatos, necessários para o pronto restabelecimento do autor, sendo negada a alteração de responsabilidade quanto às obrigações assumidas preteritamente. Não cabe, como já dito na ocasião, a substituição pura e simples das relações obrigacionais, de molde que aquelas já subscritas pelos representantes do autor, pessoas físicas, continuarão válidas em sua integralidade, assegurado o direito à ação regressiva contra a seguradora na hipótese de não virem a ser cobertos os procedimentos “sponte propria” pela mesma.

Ante o exposto e porto do mais que dos autos consta **julgo procedente** a presente ação para o fim de obrigar a requerida a custear todos os procedimentos quimioterápicos, cirúrgicos, hospitalares e correlatos, relativos ao autor Diego de Carvalho Ferreira, relativamente ao tumor de células germinativas que no mesmo se desenvolveu, até a cessação e extirpação da moléstia, sob pena de não o fazendo arcar com multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), ficando assim confirmada a antecipação de tutela deferida à fl. 140.

Em relação às obrigações assumidas pelos representantes do menor, vinculadas à moléstia em litígio, fica a requerida condenada a reembolsar os valores que foram despendidos, podendo fazê-lo diretamente junto aos credores ou, incorrendo tal, serem liquidadas tais obrigações nestes mesmos autos em liquidação de sentença, na forma do artigo 604 do Código de Processo Civil, calculando-se a correção monetária desde a distribuição e os juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação. (fls. 292-294)

O acórdão recorrido, por seu turno, reformando a decisão parcialmente para reconhecer o prazo de carência, consignou:

Trata-se de ação fundada em contrato de seguro de assistência à saúde, julgada procedente pela r. sentença de fls. 237/240, cujo relatório se adota, que condenou a ré a custear todos os procedimentos quimioterápicos, cirúrgicos, hospitalares e correlatos, relativo a tumor de células germinativas desenvolvido pelo autor, até a cessação e extirpação da moléstia, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, confirmando a tutela anteriormente antecipada. Condenou ainda a ré ao desembolso dos valores dispendidos pelo autor.

[...]

É incontroversa a adesão do autor a contrato de seguro de assistência médico-hospitalar, como dependente de seu pai, em 25.09.2002.

Em 19.01.2003, ao ser atendido em pronto-socorro, foi diagnosticada a existência de tumor cerebral maligno no apelado, que foi submetido a cirurgia emergencial em 21.01.2003.

Em que pese a argumentação do MM. Juiz sentenciante, válida a cláusula que estabelece prazo de carência, mesmo porque está de acordo com os limites impostos na legislação específica (Lei n. 9.656/98, art. 12, V). Ademais, no momento da contratação, foi dada ciência ao representante legal do apelado da mencionada cláusula restritiva.

Em tal hipótese, a apelante tem a obrigação de custear as 12 primeiras horas de internação do autor, nos termos do artigo 35-C da Lei n. 9.656/98, que estabelece que:

[...]

E, regulamentando a matéria, nos termos do parágrafo único do artigo 35-C, a Resolução CONSU n. 13 garante cobertura nas 12 primeiras horas de atendimento, nos termos do § 1º do artigo 3º combinado com o artigo 2º:

[...]

Ora, referida regulamentação resolve de forma razoável a matéria, motivo pelo qual os critérios por ela adotados devem ser aplicados à presente demanda.

Outrossim, não há que se falar em afronta ao Código de Defesa do Consumidor, posto que o prazo de carência de 180 meses não se entremostra como sendo abusivo, mesmo porque autorizado pela legislação própria (Lei n. 9.656/98).

[...]

Em consequência, a seguradora tinha obrigação de arcar com as despesas de internação nas 12 horas de atendimento, incluindo todos os exames solicitados antes da cirurgia realizada em 21.01.2003, mesmo porque não havia motivos para negativa, posto que foram solicitados assim que ocorreu a internação do autor.

Outrossim, a ré tem a obrigação de arcar com as despesas a partir do fim do prazo de carência (25.03.2003).

O acórdão dos embargos de declaração estabeleceu:

Ao proferir o acórdão de fls. 307/309, foi dado parcial provimento ao recurso, para reduzir a condenação às despesas das 12 primeiras horas de atendimento, a contar da internação, incluindo todos os exames realizados antes da cirurgia efetivada em 21.01.2003.

No entanto, houve omissão quanto às despesas devidas a partir do fim do prazo de carência (25.03.2003), bem como à obrigação de ressarcimento integral, conforme reconhecido na fundamentação do acórdão (fls. 309).

[...]

Por tais fundamentos, conheço e acolho parcialmente os embargos de declaração, para dar parcial provimento ao recurso de apelação, para reduzir a condenação ao ressarcimento integral das despesas das 12 primeiras horas de atendimento, a contar da internação, incluindo todos os exames realizados antes da cirurgia efetivada em 21.01.2003, bem como das despesas a partir do fim do prazo de carência (25.03.2003). (fls. 386-387)

4. Preliminarmente, é preciso consignar que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal consagra o direito à vida como direito fundamental, que deve ser também compreendido como direito à integridade física e à saúde.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que os direitos fundamentais são o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32).

Daniel Sarmento pondera que uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Isso significa que os valores que substanciam os direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário.

Nesse sentido, a eficácia irradiante enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas suas normas sejam, no momento de aplicação,

reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 279).

5. Nessa linha, penso que, para bem solucionar a controvérsia em exame, é imperiosa a transcrição dos artigos 12, V, e suas alíneas, e 35-C da Lei 9.656/98:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

V - quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar.

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

Dessarte, não se desconhece que, tendo em vista o disposto no artigo 12, V, da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia a alínea “c” do inciso estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência, cujos conceitos são expostos pelo artigo 35-C, I e II, do mesmo Diploma:

No que respeita ao prazo da letra c do inciso V, isto é, vinte e quatro horas para a cobertura dos problemas de urgência e emergência, vale que se aponte o sentido de cada um dos conceitos apresentados, ainda que o resultado prático venha a ser o mesmo.

A Lei n. 9.656/98 foi editada com a existência de três parágrafos no art. 12 em comento, que depois foram substituídos pelos atuais §§ 1º e 2º. O original § 3º,

que estabelecia o prazo de atendimento em caso de urgência e emergência de três dias, foi transformado na letra c do inciso V, reduzido o prazo para vinte e quatro horas.

[...]

Explica-se. Os conceitos de urgência e emergência já foram acima definidos. Em ambos os casos o que se tem é uma situação de perigo para a saúde e a vida do paciente. Diga-se melhor, perigo real.

A lei pretende exatamente dar guarida aos bens maiores do usuário: sua vida e saúde, que devem ter resposta pronta de atendimento. Logo, cuidou bem em não estipular condição para que o atendimento seja feito. Basta que o paciente dirija-se a qualquer hospital, clínica, médico etc., em caso de urgência ou emergência, para que nasça seu direito a reembolso. Não existe nenhuma outra condição.

Fica claro, portanto, que a lei estabeleceu um sistema de saúde privado e estipula suas normas com base nele. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde. São Paulo: Saraiva, 2000, ps. 44-46)

Este art. 12 da Lei 9.656/98 traça limites mínimos, verdadeiros pisos para as *amplitudes de coberturas* e permite a diferenciação entre os planos e entre os seguros, para proporcionar uma certa concorrência das operadoras, das seguradoras e entre umas e outras, proporcionando escolha ao consumidor para contratar um plano de saúde ou um seguro-saúde, segundo a conveniência individual.

[...]

Indispensável esclarecer que não se confundem a *emergência* e a *urgência*. É provável que a confusão ordinariamente vista entre elas decorra do fato de serem sinônimas as expressões e de ambas implicarem risco para a vida ou para a integridade física de uma pessoa. A *urgência* traz consigo a idéia daquilo que deve ser feito com rapidez, imediatamente, enquanto a *emergência* traz a idéia de imprevisto, de perigoso e de fortuito, embora não necessite de ser atendidas com rapidez, imediatamente. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada e Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, ps. 95-97)

5.1. Nesse passo, é bem de ver que a Súmula 469/STJ orienta que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, o que, evidentemente, estende-se aos seguros de assistência à saúde.

Convém registrar o magistério de Cláudia Lima Marques, em artigo doutrinário versando especificamente a respeito de contratos de plano de saúde:

Já os aqui estudados contratos de planos de saúde, trata-se de contratos de cooperação e solidariedade, cuja essência é justamente o vínculo recíproco de

cooperação (*wechselseitige Verbundenheit*), é a consciência da interdependência de cada um de seus participantes, consciência da necessidade de direcionar-se para o mesmo fim, de manter uma relação de apoio e de adesão ao objetivo compartilhado (*Zusammengehörigkeitsgefühl*), única forma de realizar as expectativas legítimas de todos. Como ensina Ronaldo Porto Macedo, apoiando-se nos ensinamentos de Durkheim e Macneil, cooperar é 'dividir com outro uma tarefa comum', 'é associar-se com outro para benefício mútuo ou para a divisão mútua dos ônus', solidariedade é 'o elemento moral pressuposto nas relações de cooperação, entendidas como divisão com outrem de uma tarefa comum', é 'o elemento de coesão social (de natureza moral) que permite aos homens estabelecerem relações de cooperação', é 'a unidade (de grupos ou classe) que produz ou está baseada em comunidade de interesses, objetivos e padrões'.

Os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei n. 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente, não só enquanto mutualidade (típica dos contratos de seguros, que já não mais são, *ex vi* a nova definição legal como 'planos'), mas enquanto cooperação com os mais velhos, enquanto divisão paradigmática-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, enquanto cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, enquanto organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco.

Trata-se de contratos cativos de longa duração, como antes explicitado, e que hoje mencionam e regulam (em ação afirmativa) a contratação por idosos. Os contratos de planos de saúde são contratos cativos de longa duração, pois envolvem por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários. Aqui está presente o elemento moral, imposto *ex vi lege* pelo princípio da boa-fé, pois solidariedade envolve a idéia de confiança e cooperação. Confiar é ter a 'expectativa mútua, de que', em um contrato, 'nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra' em outras palavras, o legislador consciente de que este tipo contratual é novo, dura no tempo, que os consumidores todos são cativos e que alguns consumidores, os idosos, são mais vulneráveis do que outros, impõe a solidariedade na doença e na idade e regula de forma especial as relações contratuais e as práticas comerciais dos fornecedores, rivalizando com uma ação afirmativa a evitar e compensar uma discriminação existente no mercado em relação a estes consumidores" (*in Revista Trimestral de Direito Civil*, Editora Padma, Ano 2. vol. 8, 2001, pp. 25/26).

Com efeito, os contratos de seguro de assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social do contrato, tendo o

objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.

André Soares Hentz, em obra intitulada “Ética nas Relações Contratuais à Luz do Código Civil de 2002”, Editora Juarez de Oliveira, ps. 98/99, explicita que:

Somente com advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, é que a boa-fé objetiva foi consagrada no Brasil. Legislação derivada de ditames constitucionais, a boa-fé passou a ser utilizada tanto para a interpretação de cláusulas contratuais como também para a integração das obrigações pactuadas, revelando ser fundamental que as partes se comportem com correção e lealdade até o cumprimento de suas prestações.

Cláudia Lima Marques explica que a adoção da boa-fé objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor contribuiu sobremaneira na exegese das relações contratuais no Brasil como linha teleológica de interpretação (art. 4º, III), e como cláusula geral (art. 51, IV), positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais, como dever de informação dos fornecedores e prestadores de serviços (art. 31) e a vinculação à publicidade divulgada, (arts. 30 e 35) dentre outros.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer leciona, com propriedade, que os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor prevêm a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida:

Com efeito, estabelecem os arts. 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor a necessidade da adequação dos produtos e serviços à expectativa legítima do consumidor. É evidente que, ao contratar um plano ou seguro de assistência privada à saúde, o consumidor tem a legítima expectativa de que, caso fique doente, a empresa contratada arcará com os custos necessários ao restabelecimento de sua saúde. Assim, a sua expectativa é a de integral assistência para a cura da doença.

[...]

Ainda podemos ponderar que há desvirtuamento da natureza do contrato quando uma só das partes limita o risco, que é assumido integralmente pela outra.

[...]

Portanto, restringir por demais, a favor do fornecedor, o risco envolvido no contrato, implicaria contrariar a própria natureza aleatória do mesmo, infringindo, assim, as normas do inc. IV e § 1º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81)

5.2. Nessa toada, há precedente do STJ reconhecendo que os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo:

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denúnciação da lide. Fundamentos inatcados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas.

- Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo.

[...]

Recurso especial não conhecido.

(REsp 590.336/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 21/02/2005, p. 175)

Em julgado relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, em hipótese bastante assemelhada ao caso em julgamento, referente ao REsp 466.667-SP, este colegiado examinou a matéria relativa à recusa, por operadora de plano de saúde, de cobertura a tratamento de tumor, no período de carência contratual.

O acórdão tem a seguinte ementa:

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. RECUSA. ABUSIVIDADE. CDC, ART. 51, I.

I. Não há nulidade do acórdão estadual que traz razões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas por conter conclusão adversa ao interesse dos autores.

II. Irrelevante a argumentação do especial acerca da natureza jurídica da instituição-ré, se esta circunstância não constituiu fundamento da decisão.

III. Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento,

todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida.

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)

Nesse julgamento, Sua excelência dispôs:

Entendo que a cláusula que fixa a carência para certos tratamentos, em si, não é abusiva, porquanto não se afigura desarrazoada a exigência de um período mínimo de contribuição e permanência no plano de saúde para que o contratante possa fruir de determinados benefícios. As condições são voluntariamente aceitas, os planos são inúmeros e oferecem variados serviços e níveis de assistência médica, tudo compatível com a contraprestação financeira acordada e de conhecimento da pessoa que neles ingressam por livre escolha, salvo algum lapso ou vício existente no contrato, aqui não detectado pela instância de origem, soberana em seu exame.

Todavia, a jurisprudência do STJ tem temperado a regra quando surjam casos de urgência de tratamento de doença grave, em que o valor da vida humana se sobrepuja ao relevo comercial, além do que, em tais situações, a suposição é a de que quando foi aceita a submissão à carência, a parte não imaginava que poderia padecer de um mal súbito.

Nesse sentido:

“PLANO DE SAÚDE. Prazo de carência. Internação de urgência.

O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido.”

(4ª Turma, REsp n. 222.339/PB, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 12.11.2001)

No caso dos autos, o acórdão relata o seguinte (fl. 428):

“2 - O laudo pericial decorrente da conversão do julgamento em diligência é esclarecedor nos seguintes pontos: A autora foi acometida de quadro clínico compatível com tumor neurológico, com comprometimento da medula espinhal ao nível da 7ª vértebra cervical até a 3ª vértebra torácica. Em decorrência desse quadro clínico, a autora foi internada em 13 de fevereiro de 1.996, para diagnóstico, até então, sob suspeita. Consta do processo que, em 14 de fevereiro de 1996, a autora foi submetida a

exame de tomografia computadorizada e em 17 de fevereiro a exame de ressonância magnética. Submeteu-se a autora, por fim, a procedimento de natureza cirúrgica ('laminectomia descompressiva na região cervicotorácica'), isso em 21 de fevereiro, intervenção que pode ser considerada de emergência. O laudo esclarece que, tanto para os exames que diagnosticaram a enfermidade da autora, quanto para a internação e cirurgia, estavam eles, efetivamente, em período de carência (fls. 362, laudo pericial).

O que se tem, então, é que o exame de tomografia computadorizada foi solicitado em 14 de fevereiro de 1.996; esse exame, bem como o de ressonância magnética, integram o capítulo V, do estatuto social da recorrida, como restrição o que, vale dizer, a recorrente não tinha cobertura para tais exames. O que se tem é que, firmada a relação estatutária entre as partes, na assistência cirúrgica e hospitalar estão excluídos os tratamentos resultantes de 'tomografia computadorizada' e 'ressonância magnética' (Estatutos Sociais artigo 8º, itens 13 e 16, pags. 84/86).

Também para a cirurgia estava a recorrente em período de carência (artigo 6º, item VI, dos Estatutos)."

Não se cuida, aqui, de interpretação fática, pois sobre estes dados não se controverte, apenas sobre a prevalência ou não da cláusula restritiva na espécie.

Do que se viu, claramente a autora foi acometida de doença surpreendente e grave, e, aliás, já quase ao final do período de carência, já vinha contribuindo há quase três anos, para uma carência de trinta e seis meses.

Nessas condições particulares, torna-se inaplicável a cláusula, não propriamente por ser em si abusiva, mas pela sua aplicação de forma abusiva, em contraposição ao fim maior do contrato de assistência médica, que é o de amparar a vida e a saúde, tornando verdadeiramente inócuo, na espécie.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para afastar a aplicação da cláusula de carência no caso, determinando a cobertura do tratamento descrito na exordial, respeitadas, evidentemente, as demais condições do plano de saúde contratado.

Em recente precedente da Terceira Turma, relativo ao REsp 1.055.199 - SP, tendo por recorrida a mesma seguradora, aquele colegiado apreciou a matéria em apreço, em decisão assim ementada:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. SITUAÇÕES EMERGENCIAIS GRAVES. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA.

I - Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde, não prevalece, excepcionalmente, diante de

situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.

II - No caso dos autos o seguro de saúde foi contratado em 27/10/03 para começar a vigor em 1º/12/03, sendo que, no dia 28/01/04, menos de dois meses depois do início da sua vigência e antes do decurso do prazo de 120 dias contratualmente fixado para internações, o segurado veio a necessitar de atendimento hospitalar emergencial, porquanto, com histórico de infarto, devidamente informado à seguradora por ocasião da assinatura do contrato de adesão, experimentou mal súbito que culminou na sua internação na UTI.

III - Diante desse quadro não poderia a seguradora ter recusado cobertura, mesmo no período de carência.

IV - Recurso Especial provido.

(REsp 1.055.199/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 18/05/2011)

Naquele declinado precedente, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti, Sua Excelência consignou:

2.- O recorrente alega, em síntese, que o prazo de carência contratualmente estabelecido para o caso de internação por motivo emergencial é abusivo. Sustenta que, nos termos do artigo 12, V, "c", da Lei n. 9.656/98, a carência nos casos de urgência e emergência, assim entendidos os casos que implicam risco imediato de morte e de lesões irreparáveis, pode ser de no máximo 24 horas.

3.- Acrescenta que, nos termos dos artigos 47, 51 e 54 do Código de Defesa do Consumidor, não seria válida a cláusula do contrato que veio a fixar o período de carência em prazo superior ao definido por lei.

4.- Aponta dissídio jurisprudência com relação a julgado de outros tribunais nos quais, com base na Lei n. 9.656/98, se teria concluído que a carência não pode ser superior a 24 horas, nem pode o período de internação ser limitado à 12 horas, em ambulatório.

[...]

7.- A irrisignação colhe êxito.

8.- Conforme esclarece o acórdão recorrido, o seguro de saúde foi contratado em 27/10/03 para começar a vigor em 1º/12/03, sendo que, no dia 28/01/04, menos de dois meses depois do início da sua vigência, mas antes do decurso do prazo de 120 dias contratualmente fixado para internações, o segurado veio a necessitar de atendimento hospitalar emergencial, porquanto, com histórico de infarto, devidamente informado à seguradora por ocasião da assinatura do contrato de adesão, começou a passar mal e buscou atendimento de emergência no Hospital São Camilo, com suspeita de derrame e foi internado na UTI para observação, em 29.01.04, quando foram realizados exames no próprio local.

Ocorre que a empresa ré, em 30.01.04, se negou a dar cobertura para a internação, e, embora emitido laudo médico que foi encaminhado à Sul América, em 2/2/04, houve nova recusa.

O paciente, então, permaneceu internado na UTI, pois mesmo diante da negativa da empresa, não podia ser removido para hospital público, já que corria risco de vida.

Em 6/2/04, o autor foi transferido para o quarto, já fora de perigo, tendo recebido alta médica em 9.2.04.

Mesmo com a recusa de cobertura, o Hospital São Camilo atendeu o paciente e realizou todos os procedimentos necessários para salvar sua vida, entretanto, após a alta médica apresentou nota fiscal de serviço no valor de R\$ 17.258,86 (dezessete mil, duzentos e cinquenta e oito reais e oitenta e seis centavos), a qual não teve o autor como pagar.

9.- Com efeito, a jurisprudência desta Corte já assinalou que o período de carência contratualmente estipulado não prevalece diante de situações emergenciais nas quais a recusa de cobertura frustraria o próprio sentido do contrato de seguro. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. COBERTURA DEVIDA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

(AgRg no Ag 1.322.204/PA, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 20/10/2010);

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. RECUSA. ABUSIVIDADE. CDC, ART. 51, I.

(...)

III. Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido."

(REsp 466.667/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ de 17/12/2007);

PLANO DE SAÚDE. Prazo de carência. Internação de urgência.

O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido.

(REsp 222.339/PB, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 12/11/2001)

10.- Além disso, nos termos da Súmula 302/STJ, "*É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado*".

11.- Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial para, julgando precedente o pedido, condenar a recorrida a custear as despesas hospitalares emergenciais, independentemente do prazo de carência.

Em precedente ainda mais recente, relativo ao AgRg 132.132.1 - PR, a Terceira Turma tornou a apreciar a matéria relativa à limitação para atendimento emergencial, em seguro de assistência à saúde, ao período de doze horas, por decorrência de carência contratual:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. SEGURO SAÚDE. COBERTURA. CLÁUSULA LIMITADORA DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR - UTI. RECONHECIDA SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CARÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO N. 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (AgRg no Ag 1.321.321/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 29/02/2012)

Nesse mencionado precedente, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Sua Excelência dispôs:

A decisão monocrática em que neguei provimento ao agravo não merece reforma.

O acórdão recorrido é enfático em reconhecer situação de emergência e a abusividade da cláusula que limita o período de internação em UTI a apenas 12 horas, o que se coaduna com o entendimento desta Corte no sentido da abusividade de cláusulas que restrinjam sensivelmente a finalidade pela qual o contrato fora entabulado, como registrei em momento anterior.

Permito-me reeditar os fundamentos pelos quais neguei provimento ao agravo, ratificando-os como razões de decidir do presente recurso:

O cerne da discussão é o direito de a parte recorrida ver financiado, pelo plano de saúde, tratamento de doença que preexistia à contratação,

destacando-se que o contrato prevê direito à internação apenas após ultrapassado o prazo de carência, ou, no caso de atendimento emergencial, por um período de apenas 12 horas, o que estaria em consonância com o art. 35-C da Lei 9.656/98.

Bem andou o egrégio tribunal de origem em antecipar que o entendimento desta Corte Superior se amolda àquele adotado pelo acórdão recorrido acerca da inadmissibilidade de limitação do tempo de internação do segurado, especialmente quando em situação de emergência, não havendo, aí, exigir-se cumprimento de dilargado prazo de carência.

Evidencio a pacificidade da questão, lembrando os termos do enunciado 302/STJ:

6. Outrossim, mostra-se pacífico que o conceito de atendimento emergencial, na verdade, é verdadeira cláusula geral, prevendo a Lei a expedição, pela ANS, apenas de norma regulamentar a respeito do dispositivo.

Todavia, propugna Silvio Luis Ferreira da Rocha, com remissões à doutrina de Pontes de Miranda e Celso Antônio Bandeira de Mello, que o regulamento tem função meramente auxiliar às leis, não podendo ultrapassar seus limites para alterar ou extinguir direitos, o que é nítido no caso, em que se trata de atendimento emergencial, de inequívoca premência, relativo à doença gravíssima, cujos sintomas já são sentidos pelo consumidor, hipótese em que sobreleva o direito fundamental à vida:

2. O segundo problema envolve os limites do poder regulamentar a ser exercido por esses órgãos, especialmente o Consu. No Brasil, o poder regulamentar (melhor seria designá-lo dever regulamentar) atribuído ao Poder Executivo, nele compreendido o de editar resoluções, tem inúmeras restrições. Vige em nosso direito constitucional o princípio da legalidade e como conseqüência não se reconhece ao poder regulamentar a possibilidade de ultrapassar os limites impostos pela lei e, assim, criar, alterar ou extinguir direitos. Conforme lição de Pontes de Miranda "onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei". Ainda nesse sentido os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem:

"... é livre de qualquer dúvida ou entre dúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para

cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos. Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia dispor. No Direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para o regulamento”.

Além de obediência estrita aos limites impostos pela lei, o exercício do poder (dever) regulamentar cabe, tão-somente, em matéria objeto de ação administrativa ou que desta dependa e onde houver liberdade administrativa a ser exercida. (MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, ps. 158 e 159)

A atual perspectiva dos direitos fundamentais é uma decorrência das transformações sociais e econômicas ocorridas no século XX, uma vez que o homem isolado do liberalismo tornou-se um novo homem, envolto em relações sociais que devem ser protegidas por valores não só individuais, mas também comunitários. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 519).

Assim, após a Segunda Grande Guerra Mundial, foi desenvolvida nova perspectiva com relação aos direitos fundamentais, com o reconhecimento, além da dimensão subjetiva – conferidora de direitos subjetivos individuais –, a dimensão objetiva, sobre a qual Ingo Wolfgang Sarlet ensina:

Assume relevo a assim denominada perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. A propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 355-356).

Eugênio Facchini Neto avalia que, no âmbito do direito privado, o novo período é caracterizado pelo fato de que ocorre, também, uma limitação do poder da vontade dos particulares, pois, ao contrário de antes, tal limitação não se dá tão somente em virtude da aplicação de normas imperativas editadas em

proveito de outros particulares, como é o caso das regras do direito de vizinhança, mas, sobretudo, a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade, relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e torna mais intensa a proteção da dignidade do ser humano. (SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22).

Com efeito, vem bem a calhar as considerações do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 20.181.9, assim ementado:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo

seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201.819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11.10.2005, DJ 27.10.2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Naquele precedente, em que foi relator para o acórdão o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Sua Excelência fez as seguintes considerações:

O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

Por essa razão, destaca Rufner que quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental:

[...]

Em verdade, ensina Durig que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, é o próprio sistema de direitos fundamentais, ensina o notável constitucionalista tedesco, que autoriza e legitima que os indivíduos confirmem aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos.

Idêntica orientação é adotada pro Konrad Hesse, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado.

Não se pode olvidar, por outro lado, que as controvérsias entre particulares com base no direito privado hão de ser decididas pelo Judiciário.

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assumira relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários; como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

[...]

Os direitos fundamentais não se destinam a resolver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

Um meio de irradiação direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de ‘porta de entrada’ (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

[...]

Tal como enfatizado no ‘Caso Blinkfuer’, se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar.

Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada, seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.

Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está frequentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

3. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, na extensão, dou-lhe provimento para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, restabelecendo a sentença em todos os seus consectários, inclusive os ônus sucumbenciais. Em relação à multa cominatória, nos termos do art. 461,

parágrafo 6º CPC, caberá ao Juízo da execução apurar eventual descumprimento da ordem proferida, examinar seu cabimento e o valor, se for o caso, de modo a evitar que se torne insuficiente ou excessiva.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, confirmo a condenação e, quanto à multa, não confirmo o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) a partir da decisão de antecipação de tutela e deixo ao juízo de execução, caso proposta, verificar se houve atraso injustificado do cumprimento da antecipação de tutela e da sentença, reavaliando valores em fase de execução, se necessário.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, se for feita expressa essa ressalva, eu acompanho o voto de V. Exa. integralmente, já adiantando o meu voto.

Presidente o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão

Relator o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão

Quarta Turma - Sessão do dia 13/03/2012

VOTO VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, tenho uma dúvida relativamente à expressão “de se restabelecer a sentença”, pois nela houve fixação de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), no caso de a Seguradora não cumprir a determinação. Temo que se queira dar efeito retroativo, com essa idéia de restabelecimento da sentença, à incidência dessa multa de R\$ 1.000,00 (mil

reais) por descumprimento por parte da Seguradora, o que vai acabar causando uma dificuldade na execução da decisão por parte do vencedor. Penso que se deveria podar essa parte de estabelecimento de multa de mil reais, que é coisa para ser feita se na execução não vier o cumprimento por parte da Seguradora, quando o juiz da execução poderá cogitar da aplicação dessa multa, mas não a Corte aqui já fazer isso como inferência de que haverá descumprimento.

Parece que os pais pagaram o tratamento que deu o valor inicial de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), depois R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais).

Acho que podando a multa evitamos o problema. E se deixarmos a multa, poderemos ter problema, não obrigatoriamente teremos, mas poderemos ter problema.

A exclusão da multa, quer dizer, confirmamos a sentença, todas as condenações nela impostas, com exceção da multa diária por descumprimento, que deverá ser objeto de avaliação do juízo por ocasião da execução.

Sr. Presidente, acho que se deveria tirar a multa. Se se deixar essa questão da multa ser avaliada nas instâncias ordinárias, vamos ter aqueles problemas de a parte ficar interessada na multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), que é uma multa muito interessante, R\$ 1.000,00 (mil reais) todos os dias, são R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por mês, são R\$ 365.000,00 (trezentos e sessenta e cinco mil reais) por ano, e muitos anos transcorreram desde então... Talvez esteja em um milhão, dois milhões, três milhões, não sabemos, e...

Bom, a seguradora estava, parece-me, que recorrendo pelas instâncias do Judiciário. Agora, ela está condenada finalmente. Não me parece que se deva impor multas retroativas para uma parte que, afinal de contas, tinha o direito constitucional de usar os recursos que a lei processual prevê. Então, se ela o fez regularmente, chegou até essa instância...

Talvez o Judiciário tenha demorado treze anos para julgar o caso dela, mas ela cumpriu ou não a decisão naquela época. Agora, os treze anos não são imputáveis à seguradora, são devidos a nós aqui do Judiciário. A demora é nossa. Ela vai pagar treze anos de trezentos e sessenta e cinco mil reais vezes treze...

A minha proposta é podar, excluir a multa.

Quando condeno alguém a pagar alguma coisa, não estabeleço desde já uma multa. Vou condenar, está condenado. Agora, se na execução a parte instada na execução, aquela que foi condenada, não cumprir a decisão, aí o juiz da execução estabelecerá as multas e outras medidas que entender devidas.

Obrigação de fazer, não; obrigação de pagar. A obrigação é fazer o que? Fazer o pagamento. Ela não vai operar ninguém; ela não vai fazer tratamento quimioterápico. Ela vai pagar tratamento quimioterápico, vai pagar cirurgia, vai pagar internação hospitalar, vai pagar exame, vai pagar tudo. O fazer, nesse caso, é pagar.

A cirurgia foi feita pelo hospital, não pela seguradora.

Esse “deve ter” é que sempre irá ensejar interpretações...as interpretações das instâncias ordinárias que sempre levam à aplicação dessas multas e esses problemas vêm para cá.

Deveríamos dizer que estamos confirmando as condenações impostas na sentença, com exceção da multa ali tratada. Com isso, não estamos restabelecendo a sentença, porque se dissermos que estamos restabelecendo vão querer dar lá da data da sentença, daquele ano... Vai a maio de dois mil e três.

Também penso isso. E porque penso isso...

É por isso que sempre temos problemas com essas execuções, porque nunca somos claros suficientemente. Acho que a clareza não prejudica nada. Cabe ao juiz da execução impor multas no caso do descumprimento do que for decidido, o que for objeto da condenação.

Isso é um prêmio para a seguradora um caso em que em uma ação houve uma condenação da seguradora, nós estamos falando de prêmio de seguradora?

Porque sempre acontece essas coisas.

As partes estão discutindo uma coisa que não tem um valor tão grande e, de repente, com essas multas, passa-se a tratar de ouro, diamante, brilhante...

Não, é porque houve uma divergência quanto ao contrato. Houve uma previsão de carência e a seguradora entendeu que a cláusula de carência deveria prevalecer.

Aí é que está, nesses casos sempre a questão principal passa a ser a multa por causa dos valores exorbitantes.

Não, Sr. Presidente. Divirjo do voto de V. Exa., com a devida vênia, para confirmar as condenações previstas na sentença de primeiro grau, com exclusão da multa ali estabelecida.



Súmula n. 598

SÚMULA N. 598

É desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova.

Referência:

Lei n. 9.250/1995, art. 30.

Precedentes:

AgRg no REsp	1.233.845-PR	(1ª T, 22.11.2011 – DJe 16.12.2011)
AgRg no AREsp	276.420-SE	(1ª T, 21.03.2013 – DJe 15.04.2013)
AgRg no AREsp	81.149-ES	(1ª T, 15.10.2013 – DJe 04.12.2013)
AgRg no AREsp	394.520-RS	(1ª T, 11.03.2014 – DJe 21.03.2014)
AgRg no AREsp	371.436-MS	(1ª T, 03.04.2014 – DJe 11.04.2014)
AgRg no AREsp	540.471-RS	(1ª T, 19.03.2015 – DJe 27.03.2015)
AgInt no REsp	1.581.095-SC	(1ª T, 19.05.2016 – DJe 27.05.2016)
AgRg no AREsp	533.874-RS	(1ª T, 16.05.2017 – DJe 23.05.2017)
AgRg no AREsp	506.459-RS	(2ª T, 10.06.2014 – DJe 25.06.2014)
AgRg no AREsp	691.189-MG	(2ª T, 21.05.2015 – DJe 27.05.2015)
AgRg no AREsp	556.281-RS	(2ª T, 17.11.2015 – DJe 30.11.2015)
REsp	1.593.845-MG	(2ª T, 19.05.2016 – DJe 1º.06.2016)– acórdão publicado na íntegra
REsp	1.584.534-SE	(2ª T, 18.08.2016 – DJe 29.08.2016)
AREsp	968.384-SP	(2ª T, 27.06.2017 – DJe 30.06.2017)

Primeira Seção, em 8.11.2017

DJe 20.11.2017

RECURSO ESPECIAL N. 1.593.845-MG (2016/0079558-7)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Venilton Aparecido Ferreira

Advogado: Jose Mauricio de Castro e outro(s)

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procurador: Marco Tulio Caldeira Gomes e outro(s)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISENÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. COMPROVAÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. NEOPLASIA MALIGNA. DESNECESSIDADE DE LAUDO OFICIAL. PRINCÍPIO DO *CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ*. AUSÊNCIA. OMISSÃO, ART. 535, II, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

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 indicada afronta dos arts. 131, 333, II, e 436 do CPC 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.

3. É importante registrar a inviabilidade de o STJ apreciar ofensa aos artigos da Carta Magna, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de violação a dispositivo da Constituição da República, nos termos do seu art. 102, III, "a".

4. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que o imposto de renda não incide sobre os proventos de aposentadoria percebidos por portadores de moléstias graves nos termos do art. 6º

da Lei 7.713/1988. Ademais, é assente na jurisprudência do STJ o entendimento no sentido da desnecessidade de laudo oficial para a comprovação de moléstia grave para fins de isenção de imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente provada a doença, Princípio do *Convencimento Motivado do Juiz*.

5. Numa interpretação literal, deve-se entender que a isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 favorece o portador de neoplasia maligna, desde que assim caracterizada, de acordo com as definições médicas.

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

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: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2016 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 1º.6.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Cuida-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 106, e-STJ):

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. NEOPLASIA MALIGNA. RETIRADA TOTAL DO TUMOR. AUSÊNCIA DE RECÍDIVA. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO

ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE LAUDO MÉDICO OFICIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

O art. 6º, inciso XIV da Lei n. 7.713/88 prevê a isenção de imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores das moléstias nele elencadas.

Não comprova o direito à pretendida isenção se o autor deixa de requerê-la administrativamente, descumprindo o disposto no art. 30 da Lei n. 9.250/95, segundo o qual “a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Em reexame, reformar a sentença. Julgar prejudicado o recurso.

Os Embargos de Declaração foram providos (fls. 118-123, e-STJ).

A parte recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988; dos arts. 131, 333, II, 436 e 535 do CPC e dos arts. 1º, 5º, LIV, e 93, IX, da CF. Afirma que o acórdão é omissivo, porquanto deixou de apreciar diversas questões de direito (fl. 130, e-STJ).

Aduz que é aposentado e portador de neoplasia maligna, portanto faz jus à isenção do imposto de renda conferida por lei (fl. 130, e-STJ).

Suscita que a moléstia grave não precisa ser comprovada por meio de laudo pericial oficial (fl. 130, e-STJ).

Contrarrazões apresentadas às fls. 149-159, e-STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 19.4.2016.

A irresignação não merece acolhida.

Preliminarmente, constato que não se configurou a ofensa ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Ademais, verifica-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição. Cabe destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

Confram-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 535, I e II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIO. PERCENTUAL DOS JUROS DE MORA. COISA JULGADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. NÃO CABIMENTO. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ABUSIVIDADE MANIFESTA. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

I - A oposição de embargos de declaração, consoante o disposto no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, é restrita às hipóteses de correção de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado, revelando-se tal via inadequada para a pretensão de re julgamento da causa.

(...)

IV - Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa.

(EDcl nos EmbExeMS 6.864/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 21/08/2014).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição ou omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado.

(...)

(REsp 1.222.936/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 26/02/2014).

A indicada afronta dos arts. 131, 333, II, e 436 do CPC 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.

A propósito cito:

PROCESSO CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ANÁLISE DE CONTRARIEDADE À RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. DESCABIMENTO.

1. O fundamento utilizado pelo aresto recorrido para afastar a cobrança da energia elétrica indevidamente consumida foi o de que, mesmo não tendo sido elidida a presunção de irregularidade do medidor, a revisão do faturamento está prejudicada, porquanto, após a substituição daquele, o consumo manteve-se praticamente inalterado.

2. A falta de prequestionamento dos artigos 3º da LICC; 20 e 21, da Lei n. 9.427/96 e 31 da Lei n. 8.987/95 justifica a incidência da Súmula 211/STJ.

3. Ainda que assim não fosse, não há como se examinar se houve contrariedade aos dispositivos legais indicados, pois, para tanto, faz-se necessário emitir juízo de valor sobre o conteúdo da própria resolução, isto é, acerca dos procedimentos utilizados para a cobrança da tarifa referente à energia indevidamente consumida, o que não é permitido no apelo nobre, uma vez que se trata de ato normativo não enquadrado no conceito de lei federal, constante da alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Precedentes.

4. Por fim, tem-se que o aresto combatido está assentado nos elementos fático-probatórios da demanda e o seu reexame é vedado na presente instância recursal, consoante disposto no enunciado da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 68.440/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2011).

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. OFENSA A RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

(...)

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão não apreciada pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios (arts. 3º, 6º, § 3º, II, e 29, I, da Lei 8.987/1995; e arts. 2º, 3º, XIX, e 17, da Lei 9.247/1996). Incidência da Súmula 211/STJ.

(...)

7. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 37.894/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 06/03/2012).

É importante registrar a inviabilidade de o STJ apreciar ofensa aos artigos da Carta Magna, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de violação a dispositivo da Constituição da República, nos termos do seu art. 102, III, “a”.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA PELA CORTE DE ORIGEM SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO STJ.

1. Afastada a alegada contrariedade ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o Tribunal de origem decidiu as questões essenciais à solução da controvérsia.

2. O juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o julgador a solução por ele considerada pertinente ao caso concreto, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado, positivado no art. 131 do CPC.

3. Quando a controvérsia é solucionada com fundamento em princípios ou dispositivos constitucionais, o recurso especial é inviável, sob pena de usurpação da competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 550.068/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 19/06/2015).

PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL - RMI. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. CÔMPUTO DE TEMPO RURAL. ART.50 DA LEI N. 8.213/1991. EXIGÊNCIA DE EFETIVA CONTRIBUIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

1. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a apreciação de violação de dispositivos constitucionais, sob pena de invasão da competência do STF.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.529.617/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 19/06/2015).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO JULGADO. TESE GENÉRICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. SUPOSTA OFENSA A ARTIGOS E PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO. ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PREJUDICIALIDADE. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Não cabe ao STJ examinar, no âmbito do recurso especial, nem sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivos constitucionais, competência reservada ao STF nos termos dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal.

2. Não prospera a alegada omissão no acórdão recorrido, por deficiência na fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, os arts. 2º e 50, I a VIII, § 1º e 3º, da Lei 9.784/99; 183 do Código de Processo Civil; 393 do Código Civil; 6º, §§ 1º e 2º, da LINDB. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.414.885/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/06/2015).

O juiz, ao proferir a sentença que concedeu a isenção do imposto de renda ao recorrente, estabeleceu:

In casu, não bastasse não ter o Estado de Minas Gerais contestado a moléstia do Autor e seu enquadramento nas normas que concedem a isenção do imposto, tem-se a relevância dos fundamentos invocados, demonstrada pelos documentos de fls. 11 a-1-7, que comprovam ser o autor portador de adenocarcinoma da próstata.

(...)

Portanto, o autor fundamenta sua tese em laudos médicos, contendo o histórico de sua enfermidade com uma análise mais profunda sobre a gravidade da doença.

Sob tais aspectos, a pretensão do Postulante merece acolhida, a fim de reconhecer-lhe o direito à isenção do Imposto de Renda prevista no art. 6º da Lei Federal 7.713/88.

A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que o imposto de renda não incide sobre os proventos de aposentadoria percebidos por portadores de moléstias graves nos termos do art. 6º da Lei 7.713/1988.

Ademais, é assente na jurisprudência do STJ o entendimento no sentido da desnecessidade de laudo oficial para a comprovação de moléstia grave para fins de isenção de imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente provada a doença, Princípio do *Convencimento Motivado do Juiz*.

A isenção do IR ao contribuinte portador de moléstia grave se conforma à literalidade da norma, que elenca de modo claro e exaustivo as patologias que justificam a concessão do benefício.

Numa interpretação literal, deve-se entender que a isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 favorece o portador de neoplasia maligna, desde que assim caracterizada, de acordo com as definições médicas. Cito precedentes:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MOLÉSTIA GRAVE, POR LAUDO MÉDICO OFICIAL. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, a disposição contida no art. 30, *caput*, da Lei 9.250/95 está voltada para a Administração Pública, e não para o magistrado, que pode formar a sua convicção com base no acervo probatório dos autos, por força do princípio da persuasão racional, insculpido no art. 131 do CPC. Assim, não se afigura necessária a comprovação da moléstia grave, mediante laudo expedido por médico oficial, para fins de concessão da isenção do Imposto de Renda. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 691.189/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/05/2015; AgRg no AREsp 540.471/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2015; AgRg no REsp 1.399.973/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/12/2014; AgRg no AREsp 371.436/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/04/2014; REsp 1.416.147/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/11/2013.

II. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ, afigura-se correta a aplicação da Súmula 83 do STJ, como óbice ao processamento do Recurso Especial.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 556.281/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 30/11/2015).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. MOLÉSTIA GRAVE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PERANTE JUNTA MÉDICA OFICIAL. MOLÉSTIA GRAVE COMPROVA DE OUTRAS FORMAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83 DO STJ.

1. A questão a ser revisitada em agravo regimental consiste no reconhecimento da isenção de imposto de renda à contribuinte acometido de cardiopatia grave.

2. O Tribunal de origem manifestou-se no mesmo sentido da jurisprudência do STJ, quanto à desnecessidade de laudo oficial para a comprovação de moléstia grave para fins de isenção de imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente provada a doença.

3. É de se reconhecer a incidência, na hipótese, do óbice da Súmula n. 83 do STJ, também aplicável quando o recurso especial é interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 691.189/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/5/2015).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRF. ISENÇÃO. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. VIOLAÇÃO ART. 30 DA LEI 9.250/95. INOCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL. SERVIÇO MÉDICO OFICIAL. PRESCINDIBILIDADE. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. "O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento da isenção de imposto de renda no caso de moléstia grave, tendo em vista que a norma prevista no art. 30 da Lei 9.250/95 não vincula o Juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do CPC, é livre na apreciação das provas" (AgRg no REsp 1.233.845/PR Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 16/12/2011). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 371.436/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/04/2014; AgRg no AREsp 436.268/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/03/2014.

2. Incide, na espécie, a Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 540.471/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 27/3/2015).

Por tudo isso, *conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe provimento.*

É como *voto.*



Súmula n. 599

SÚMULA N. 599

O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.

Referência:

CP, arts. 171, § 3º, 312 e 359-D.

Precedentes:

APn	702-AP	(CE, 03.06.2015 – DJe 1º.07.2015)
AgRg no REsp	1.382.289-PR	(5ª T, 05.06.2014 – DJe 11.06.2014)
AgRg no AREsp	342.908-DF	(5ª T, 18.06.2014 – DJe 27.06.2014)
RHC	51.356-SC	(5ª T, 03.02.2015 – DJe 18.02.2015)
AgRg no AREsp	487.715-CE	(5ª T, 18.08.2015 – DJe 1º.09.2015)
AgRg no REsp	1.511.985-PR	(5ª T, 20.08.2015 – DJe 1º.09.2015)
AgRg no AREsp	572.572-PR	(5ª T, 08.03.2016 – DJe 16.03.2016)
AgRg no Ag	1.105.736-MG	(6ª T, 07.12.2010 – DJe 17.12.2010)
AgRg no AREsp	614.524-MG	(6ª T, 14.04.2015 – DJe 23.04.2015)
AgRg no REsp	1.308.038-SP	(6ª T, 19.05.2015 – DJe 29.05.2015)
AgRg no HC	188.151-SP	(6ª T, 23.02.2016 – DJe 07.03.2016)
AgRg no AREsp	648.194-SP	(6ª T, 03.03.2016 – DJe 14.03.2016)
HC	274.487-SP	(6ª T, 05.04.2016 – DJe 15.04.2016) – acórdão publicado na íntegra

Corte Especial, em 20.11.2017

DJe 27.11.2017

HABEAS CORPUS N. 274.487-SP (2013/0243890-8)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Regimario de Freitas

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO TENTADO. ESCALADA. RÉU REINCIDENTE. DELITO PRATICADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o “*princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.*” (HC n. 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004)

3. Não é insignificante a tentativa de furto praticado *mediante escalada*. Ademais, o paciente é *reincidente* na prática de delito contra o patrimônio e o valor da *res* não pode ser considerado ínfimo (holofote avaliado em cem reais). Não se pode desconsiderar, ainda, que o crime foi cometido contra sociedade de economia mista estadual (SABESP), ou seja, *contra a administração pública indireta*, o que configura reprovabilidade suficiente a justificar a intervenção estatal por meio do processo penal.

4. Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter bagatelar do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico.

5. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), que concediam a ordem de ofício. Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schiatti Cruz.

Brasília (DF), 05 de abril de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 15.4.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de REGIMARIO DE FREITAS em face de acórdão de TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONDUTA TÍPICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, às penas de 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 3 dias-multa, por haver, na data de 12/4/2012, tentado subtrair, mediante escalada de muro, um holofote, avaliado em R\$100,00, das dependências da SABESP, sociedade de economia mista estadual.

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para fixar o regime semiaberto.

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, estarem presentes os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância.

A liminar foi concedida, às fls. 50/54.

As informações foram prestadas, às fls. 77/97, 113/136 e 138.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento (fls. 100/104).

Conforme informações de fls. 113/136, após a baixa dos autos para a vara de origem, a fim de intimar a defesa acerca do julgamento da apelação criminal, sem notícia de início da execução, os autos aguardam o julgamento do *habeas corpus*

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, às penas de 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 3 dias-multa, por haver, na data de 12/4/2012, tentado subtrair, mediante escalada de muro, um holofote, avaliado em R\$100,00, das dependências da SABESP, sociedade de economia mista estadual.

Com efeito, o Tribunal de origem, ao afastar a incidência da insignificância, consignou às fls. 40/41:

É inadmissível o reconhecimento do princípio da insignificância, pois não há previsão legal.

[Doutrina]

Ademais, cumpre ponderar que princípio da insignificância não pode ser considerado sinônimo de impunidade.

Ora, quando o Poder Judiciário autoriza, por entender que há irrelevância penal, que os malfeitores podem praticar pequenos furtos, está se estabelecendo uma premissa muito perigosa e, de certa maneira, está se estimulando o cometimento de subtrações de coisas de menos valor.

Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A subsidiariedade do direito penal, porém, não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas reprováveis mas sem efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por relevante dano à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.

Desse modo, a tentativa de furto consistente em um holofote que soma o total de R\$ 100,00 (fl. 23), o que representa 16,07% do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 622,00), é desprovida de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Assim, o não grande valor da *res furtiva*, aliado ao fato de que o paciente é reincidente por apenas uma condenação por furto, como consignado no próprio aresto condenatório (fl. 34), bem como ser a vítima uma Sociedade de economia mista estadual, o que pressupõe não ter tido prejuízo de relevante impacto, autoriza a incidência do princípio da insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA ACÓRDÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPROPRIEDADE. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. CONCEDIDA A ORDEM EX OFFICIO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente contra acórdão de recurso em sentido estrito, como se fosse um sucedâneo recursal.*

2. *Consoante entendimento jurisprudencial, o “princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público” (HC n. 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004).*

3. No caso concreto, segundo denúncia, teria o paciente subtraído 06 (seis) frascos de desodorante, avaliados em R\$ 62,94, montante que não representava, à época dos fatos, nem 11% do salário mínimo então vigente (R\$ 622,00).

4. *Reconhece-se, assim, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio.*

5. *Flagrante ilegalidade detectada.*

6. *Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, ex officio, para, reconhecendo a atipicidade material da conduta, restabelecer a decisão do juízo de primeiro grau que rejeitou a denúncia.*

(HC 300.399/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015 – com destaques).

Ante o exposto, voto por não conhecer o *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, com o fim de aplicar o princípio da insignificância e absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal.

VOTO-VENCEDOR

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: O primeiro relator deste feito, eminente Ministro Nefi Cordeiro, assim o sumariou:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de REGIMARIO DE FREITAS em face de acórdão de TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONDUTA TÍPICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, às penas de 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 3 dias-multa, por haver, na data de 12/4/2012, tentado subtrair, mediante escalada de muro, um holofote, avaliado em R\$100,00, das dependências da SABESP, sociedade de economia mista estadual.

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para fixar o regime semiaberto.

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, estarem presentes os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância.

A liminar foi concedida, às fls. 50/54.

As informações foram prestadas, às fls. 77/97, 113/136 e 138.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento (fls. 100/104).

Conforme informações de fls. 113/136, após a baixa dos autos para a vara de origem, a fim de intimar a defesa acerca do julgamento da apelação criminal, sem notícia de início da execução, os autos aguardam o julgamento do *habeas corpus*

É o relatório.

Sua Excelência votou no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, por ser substitutivo de recurso especial, concedendo, contudo, a ordem de ofício para aplicar o princípio da bagatela e absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal. Confira-se o teor do voto do relator:

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, às penas de 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 3 dias-multa, por haver, na data de 12/4/2012, tentado subtrair, mediante escalada de muro, um holofote, avaliado em R\$ 100,00, das dependências da SABESP, sociedade de economia mista estadual.

Com efeito, o Tribunal de origem, ao afastar a incidência da insignificância, consignou às fls. 40/41:

É inadmissível o reconhecimento do princípio da insignificância, pois não há previsão legal.

[Doutrina]

Ademais, cumpre ponderar que princípio da insignificância não pode ser considerado sinônimo de impunidade.

Ora, quando o Poder Judiciário autoriza, por entender que há irrelevância penal, que os malfeitores podem praticar pequenos furtos, está se estabelecendo uma premissa muito perigosa e, de certa maneira, está se estimulando o cometimento de subtrações de coisas de menos valor.

Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A subsidiariedade do direito penal, porém, não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas reprováveis mas sem efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por relevante dano à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.

Desse modo, a tentativa de furto consistente em um holofote que soma o total de R\$ 100,00 (fl. 23), o que representa 16,07% do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 622,00), é desprovida de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Assim, o não grande valor da *res furtiva*, aliado ao fato de que o paciente é reincidente por apenas uma condenação por furto, como consignado no próprio

aresto condenatório (fl. 34), bem como ser a vítima uma Sociedade de economia mista estadual, o que pressupõe não ter tido prejuízo de relevante impacto, autoriza a incidência do princípio da insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* CONTRA ACÓRDÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPROPRIEDADE. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. CONCEDIDA A ORDEM *EX OFFICIO*.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente contra acórdão de recurso em sentido estrito, como se fosse um sucedâneo recursal.

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o “princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público” (HC n. 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004).

3. No caso concreto, segundo denúncia, teria o paciente subtraído 06 (seis) frascos de desodorante, avaliados em R\$ 62,94, montante que não representava, à época dos fatos, nem 11% do salário mínimo então vigente (R\$ 622,00).

4. Reconhece-se, assim, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio.

5. Flagrante ilegalidade detectada.

6. Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, *ex officio*, para, reconhecendo a atipicidade material da conduta, restabelecer a decisão do juízo de primeiro grau que rejeitou a denúncia.

(HC 300.399/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015 – com destaques).

Ante o exposto, voto por não conhecer o *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, com o fim de aplicar o princípio da insignificância e absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Acompanhei o relator no tocante ao não conhecimento do *writ* impetrado em substituição a recurso especial. *Ousei divergir, contudo, no tocante ao mérito, porque, em realidade, os contornos do caso em apreço mostram, a meu ver, repulsa à pretensão de aplicar a insignificância.*

Acerca da aplicabilidade do princípio em referência, já firmei meu posicionamento, como assentado nos autos do HC n. 103.618/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 3.6.08, DJe de 4.8.08.

Em monografia específica sobre o tema, Carlos Vico Mañas ensina:

“Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais fez do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

No que diz respeito à origem, pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*.” (*O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 56)

Ainda merece transcrição a lição de Alberto Silva Franco:

“Um princípio bem próximo ao da adequação social é o da insignificância. Alguns autores chegam até a dizer que este se inclui naquele. Roxin (*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1972), por exemplo, afirma que às condutas socialmente admissíveis, ‘pertence o denominado princípio da insignificância que permite na maior parte dos tipos excluir desde logo dano de pouca importância: mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, ma apenas um que seja relevante; analogamente, indecorosa, no sentido do Código Penal é somente a ação sexual de uma certa importância; injuriosa, do ponto de vista delitivo, é tão somente a lesão grave à pretensão social de respeito. Como ‘força’ deve ser considerado unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser ‘sensível’

para passar o umbral da criminalidade'. Não obstante o posicionamento de Roxin, força é convir que o princípio da insignificância atua paralelamente ao princípio da ação socialmente adequada, mas com ele não se confunde. Distingue um do outro a circunstância de que o princípio da insignificância 'não pressupõe a total aprovação social da conduta, mas apenas uma relativa tolerância dessa conduta, por sua escassa gravidade' (Mir Puig, ob. cit., p. 46). (...)

Carlos Vico Mañas (*O princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80-81), com a autoridade de quem é um dos melhores doutrinadores sobre a questão no direito penal brasileiro, enfatiza que, ao redigir o tipo, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que a conduta incriminada possa causar à ordem jurídica e social, embora não tenha como evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge para evitar situações de tal ordem, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão de regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal. 'O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal'. (*Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, parte geral, São Paulo, RT, 2001, p. 45).

A incidência do cânone diz com fatos dotados de mínima ofensividade, desprovidos de periculosidade social, de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e que a lesão jurídica provocada seja inexpressiva.

Nesse sentido o magistral voto do Ministro Celso de Mello, no HC n. 84.412-0/SP, DJU de 19.11.2004, que se tornou referência não só no Supremo Tribunal Federal, como também nesta Corte:

"Como se sabe, o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "Princípios Básicos de Direito Penal", p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Código Penal Comentado", p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Direito Penal - Parte Geral", vol. 1/10, item n. 11, "h", 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, "Princípio da Insignificância no Direito Penal", p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, v.g.).

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Revela-se expressivo, a propósito do tema, o magistério de EDILSON MOUGENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ ("Direito Penal - Parte Geral", p. 121/122, item n. 2.1. 2004, Saraiva):

"Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico."

Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado - que tem por destinatário o próprio legislador - e, de outro, o postulado da insignificância - que se dirige ao magistrado, enquanto aplicado da lei penal ao caso concreto, na precisa lição do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI ("Curso de Direito Penal - Parte Geral", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense) -, cumpre reconhecer, presente esse contexto, que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

A questão pertinente à aplicabilidade do princípio da insignificância - quando se evidencia que o bem jurídico tutelado sofreu "*infima afetação*" (RENÉ ARIEL DOTTI, "Curso de Direito Penal - Parte Geral", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense) - assim tem sido apreciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO.

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois -, há de impedir-se que se instaure ação penal (...)"

(RTJ 129/187, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO)

"Uma vez revificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal, por falta de justa causa."

(RTJ 178/310, Rel. Min. MARCO AURÉLIO)

"HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA.

3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica.

4. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal em curso que o paciente figura como réu."

(HC 83.526/CE, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA)

Cumpre advertir, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se trata do delito de tráfico de entorpecentes) - por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar, em seu aspecto material, a própria tipicidade penal - tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância (RTJ 68/360 - RTJ 119/453 - RTJ 119/874 - RTJ 139/555 - RTJ 151/155-156 - RTJ 169/976 - RTJ 170/187-188 - RTJ 183/665 - RTJ 184/220).

O caso ora em exame, porém, não versa matéria de tráfico de entorpecentes, referindo-se, apenas, a simples delito de furto de um bem cujo valor é inferior a 10% do vigente salário mínimo.

(...)

As considerações ora expostas levam-me a reconhecer, por isso mesmo, tal como enfatizei logo no início deste voto, que os fundamentos em que se apóia a presente impetração põem em evidência questão impregnada do maior relevo jurídico, consistente na descaracterização material da própria tipicidade penal, eis que as circunstâncias em torno do evento delituoso - “*res furtiva*” no valor de R\$ 25,00, equivalente, na época do fato, a 18% do salário mínimo então vigente e correspondente, hoje, a 9,61% do atual salário mínimo - autorizam a aplicação, ao caso, do princípio da insignificância, como corretamente acentuado no duto voto vencido do eminente Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (fls. 39/40), não obstante as eruditas observações expostas pelo eminente Ministro FELIX FISCHER (fls. 41/46).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, e com apoio no postulado da insignificância, defiro o pedido de “*habeas corpus*” para determinar a extinção definitiva do procedimento penal instaurado contra Bill Cleiton Cristovão ou Bil Cleiton Cristovão ou Bil Cleiton Christoff ou Biu Cleyton Cristovão ou Bill Cleiton Cristoff ou Bil Cleyton Cristovão (Processo-Crime n. 238/2000 - 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos/SP), invalidando, em consequência, a condenação penal que contra ele foi decretada.”

In casu, não se trata de conduta insignificante - tentativa de furto praticado mediante escalada. Ademais, o paciente é *reincidente* na prática de delito contra o patrimônio e o valor da *res* não pode ser considerado ínfimo (holofote avaliado em cem reais). Não se pode desconsiderar, ainda, que o crime foi cometido contra sociedade de economia mista estadual (SABESP), ou seja, *contra a administração pública indireta*, o que configura reprovabilidade suficiente a justificar a intervenção estatal por meio do processo penal.

Com efeito, “*a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo, concurso de agentes, ou quando o paciente é reincidente ou possuidor de maus antecedentes, indica a reprovabilidade do comportamento e afasta a aplicação do princípio da insignificância (precedentes).*” (HC 332.403/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 04/03/2016).

Ademais, “*é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a Administração Pública, pois a norma penal visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (APn n. 702/AP, Ministro João Otávio de Noronha,*

Corte Especial, DJe 1º/7/2015).” (AgRg no HC 188.151/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 07/03/2016).

Ausente, pois, flagrante ilegalidade, não há porque relevar a impropriedade da via eleita.

Ante o exposto, *não conheço* da impetração.

É como voto.



Súmula n. 600

SÚMULA N. 600

Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.

Referências:

CF/1988, art. 226, § 8º.

Lei n. 11.340/2006, arts. 5º e 7º.

Precedentes:

CC	96.533-MG	(3ª S, 05.12.2008 – DJe 05.02.2009)
CC	102.832-MG	(3ª S, 25.03.2009 – DJe 22.04.2009)
CC	100.654-MG	(3ª S, 25.03.2009 – DJe 13.05.2009)
CC	103.813-MG	(3ª S, 24.06.2009 – DJe 03.08.2009) – acórdão publicado na íntegra
RHC	27.317-RJ	(5ª T, 17.05.2012 – DJe 24.05.2012)
RHC	51.303-BA	(5ª T, 09.12.2014 – DJe 18.12.2014)
HC	280.082-RS	(5ª T, 12.02.2015 – DJe 25.02.2015)
HC	357.885-SP	(5ª T, 23.08.2016 – DJe 31.08.2016)
HC	115.857-MG	(6ª T, 16.12.2008 – DJe 02.02.2009)
HC	184.990-RS	(6ª T, 12.06.2012 – DJe 09.11.2012)
HC	181.246-RS	(6ª T, 20.08.2013 – DJe 06.09.2013)
AgRg no RHC	74.107-SP	(6ª T, 15.09.2016 – DJe 26.09.2016)

Terceira Seção, em 22.11.2017

DJe 27.11.2017

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 103.813-MG (2009/0038310-8)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Autor: Justiça Pública

Réu: Kleber Martins de Souza

Advogado: Daniela Cruz Rodrigues e outro(s)

Suscitante: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete - MG

Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara de Conselheiro Lafaiete - MG

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. EX-NAMORADOS. VIOLÊNCIA COMETIDA EM RAZÃO DO INCONFORMISMO DO AGRESSOR COM O FIM DO RELACIONAMENTO. CONFIGURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006. COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

1. Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei n. 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim de relação de namoro, restando demonstrado nos autos o nexos causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima.

2. *In casu*, a hipótese se amolda perfeitamente ao previsto no art. 5º, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, já que caracterizada a relação íntima de afeto, em que o agressor conviveu com a ofendida por vinte e quatro anos, ainda que apenas como namorados, pois aludido dispositivo legal não exige a coabitação para a configuração da violência doméstica contra a mulher.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete -MG, o suscitado.

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 Suscitado, Juízo de Direito da 1ª Vara de Conselheiro Lafaiete - MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 24 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 3.8.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de conflito negativo de competência em que é suscitante o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete-MG, nos autos do Processo n. 183.08.142424-8, sendo suscitado o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da mesma comarca.

Consta dos autos que o réu Kleber Martins de Souza foi denunciado pelo possível cometimento do crime previsto no art. 147 do Código Penal, por ter, em tese, ameaçado sua ex-namorada, Maria Angela do Nascimento e seu atual namorado, fato que teria ocorrido em 15 de novembro de 2007 (fls. 6 e 7).

Recebida a denúncia em 8 de abril de 2008 (fls. 17), o réu foi interrogado em 1º de setembro do mesmo ano (fls. 21).

O Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG, então processante do feito, antes de realizar a audiência de oitiva de testemunhas, declinou da competência nos seguintes termos:

“Evidente a incompetência deste Juízo para processo e julgamento da presente ação. Em que pese o acusado ter sido denunciado como incurso nas sanções do artigo 147 do CP c/c Lei 11.340/06, evidente que os fatos ensejadores deste caderno processual não ocorreram no âmbito familiar e doméstico, eis que findo o relacionamento do suposto ofensor com a vítima” (fls. 29).

O Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete, por sua vez, suscitou este conflito pelos fundamentos a seguir transcritos, extraídos do *decisum* de fls. 3 a 4, *in verbis*:

“[...]”

“Vale observar, inclusive, que os fatos narrados nos autos decorreram da relação de namoro entre o réu e a vítima, tendo este sofrido uma crise de ciúmes ao avistar a vítima em companhia de outro homem.

“[...]”

“Da leitura do referido dispositivo legal conclui-se, pois, que a Lei n. 11.340/2006 tem efetiva aplicação nos casos de relacionamentos amorosos já findos, como é o do presente caso, que versa sobre ex-namorados, uma vez que a lei não exige coabitação.

“[...]”

“Assim, observa-se que, sem sombra de dúvida, se trata de caso afeto à Lei n. 11.340/2006, sendo o i. Juízo da 1ª Vara Criminal desta Comarca o competente para o processamento do presente feito, afastando a competência do Juizado Especial Criminal.”

Em parecer, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento do presente conflito, para declarar-se a competência do Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete-MG, o suscitante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Para melhor elucidação da *quaestio*, necessária a transcrição do interrogatório do réu, bem como dos depoimentos prestados pela vítima e por seu atual namorado, perante a autoridade policial, a fim de se aferir a existência ou não de relação íntima de afeto apta a ensejar a aplicação da Lei Maria da Penha.

Ao ser interrogado, em 1º de setembro de 2008, o réu Kleber Martins de Souza informou ao Juízo suscitado que viveu com a vítima durante vinte e quatro anos, consoante se depreende da leitura do seguinte excerto:

“[...]”

“que durante vinte e quatro anos conviveu com Maria Ângela; que está separado de Maria Ângela desde junho do ano passado; que nega tenha parado o carro perto de Maria Ângela e Homero dizendo e apontando dedo que eles o pagariam, mas apenas deu os parabéns aos dois pelo contato deles de agora para frente; que quando deu os parabéns Homero largou a mão de Maria Ângela e partiu para cima do interrogado; que então o interrogado foi naquele momento abrir o porta-luvas para ver se seus documentos estavam ali e assim o fez porque às vezes anda de moto e às vezes anda de carro; que estava apenas conferindo se os documentos ali estavam pois desceu do carro e ficou esperando o que ia acontecer, mas não houve nenhuma agressão; que haviam duas pessoas que estavam na porta de uma lanchonete ali próxima, que ambas presenciaram o que aconteceu, mas não interferiram em nada; que Homero Matosinhos é o novo namorado de Maria Ângela e o interrogado nada tem contra ele; [...] que ficou surpreso ao ver que Ângela tinha novo namorado; que como não esperava este fato, o chão saiu de seus pés [...]” (fls. 21, grifou-se).

Já a vítima Maria Ângela do Nascimento, em seu depoimento prestado na fase inquisitorial, asseverou que:

“[...]”

“que afirma ter vivido um relacionamento de muitos anos com KLEBER MARTINS DE SOUZA, contudo, no mês de junho do corrente ano, a declarante terminou esse relacionamento; que no mês de agosto iniciou namoro com HOMERO MATOSINHOS FERREIRA DIAS e assim que KLEBER descobriu, passou a perturbá-la, manifestando-se contrário ao relacionamento da declarante e HOMERO; que KLEBER passa pelo prédio onde reside a declarante, toca o interfone, chama pela declarante e fica gritando, constrangendo-a na presença de seus familiares e de vizinhos; que no dia 15/11/2007, após sair de sua casa na companhia de HOMERO, estando ambos na Rua Afonso Pena, próximo à Rua Horácio de Queiroz, KLEBER passou de carro e assim que os avistou, parou o carro, apontou o dedo para a declarante e HOMERO e lhes disse: “parabéns para vocês, vocês vão me pagar”; que lhe pediu calma, contudo, KLEBER cerrou o punho e deixou a chave no meio dos dedos, como se quisesse simular um soco-inglês e ainda ameaçou retirar alguma coisa do porta-luvas do carro, não tendo a declarante visto o que era; que a declarante enconstou na porta do carro de KLEBER para evitar que ele saísse, pois HOMERO também ficou nervoso com aquela situação e a declarante ficou com medo que eles pudessem brigar; que, em seguida, a declarante e HOMERO entraram no Restaurante Quatro Cantos de Minas, tendo um rapaz que se encontrava no local fechado a porta e logo em seguida KLEBER

foi embora; que devido à constante perturbação que vinha sendo vítima por parte de KLEBER, solicitou a troca do n. de seu aparelho celular e também do telefone residencial; [...]" (fls. 10 e 11, grifou-se).

Por fim, transcreve-se parte do depoimento do atual namorado da vítima, Homero Matosinhos Ferreira Dias, que presenciou o fato narrado na denúncia, veja-se:

"que no dia 15/11/2007, por volta de 12:30 horas, o declarante estava caminhando pela Rua Afonso Pena, na altura do n. 263, na companhia de sua companheira MARIA ANGELA DO NASCIMENTO, quando foram abordados pela pessoa de KLEBER MARTINS DE SOUZA, o qual conduzia um veículo Gol, de cor cinza prateado, [...]; que KLEBER parou o veículo no meio da via pública e, voltando-se para o declarante e para MARIA ANGELA, gritou: 'parabéns, parabéns para vocês, eu tenho aqui para dar para vocês, aguardem que eu vou dar'; que o declarante perguntou a ele se era com o declarante que ele estava falando, tendo o autor dito: 'é com vocês dois'; que tentou aproximar-se do carro, contudo, MARIA ANGELA não permitiu, aproximando ela da porta do carro e tampando a visão do declarante; que afirma ter visto quando KLEBER pegou algum objeto metálico próximo do câmbio da marcha, não tendo o declarante visto o que era; [...] que ficou com medo de ele pudesse causar algum mal a MARIA ANGELA, tendo em vista a ameaça feita logo que ele se aproximou do declarante e dela; que KLEBER apresentava fortes sintomas de embriaguez e, tendo presenciado essa situação, o proprietário do Restaurante Quatro Cantos e um outro rapaz, pediram que o declarante e MARIA ANGELA entrassem no restaurante e, em seguida, fecharam a porta, ficando as duas testemunhas do lado de fora, na tentativa de conter o autor KLEBER; que por cerca de quinze minutos ficaram trancados no restaurante e, somente após KLEBER sair do local é que eles abriram a porta para que pudessem sair com segurança; [...]" (fls. 15 e 16).

Assim, da leitura dos citados excertos, depreende-se que de fato existiu um relacionamento entre Kleber e Maria Angela durante 24 (vinte e quatro) anos, não tendo ele, aparentemente, se conformado com o rompimento da relação, passando a ameaçá-la, restando demonstrado, portanto, o nexo causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que havia entre ambos.

In casu, a hipótese se amolda perfeitamente ao previsto no art. 5º, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, já que caracterizada a relação íntima de afeto, em que o agressor conviveu com a ofendida por vinte e quatro anos, ainda que apenas como namorados, pois aludido dispositivo legal não exige a coabitação para a configuração da violência doméstica contra a mulher, consoante se infere do citado artigo, o qual transcreve-se, *in verbis*:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

“I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

“II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

“III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.”

Acerca do tema, já decidiu esta Terceira Seção:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA PRATICADA EM DESFAVOR DE EX-NAMORADA. CONDUTA CRIMINOSA VINCULADA A RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEI N. 11.340/2006. APLICAÇÃO.

“1. A Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo, necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo - relação íntima de afeto - para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico.

“2. In casu, verifica-se nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei n. 11.340/2006.

“3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG” (CC 100.654/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 13/05/2009, grifou-se).

No mesmo vértice:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO DE NAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEI N. 11.340/2006. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL.

1. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher

com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

2. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos n. 91.980 e 94.447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos, a agressão não decorria do namoro.

4. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, devendo ser aplicada aos casos em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete -MG" (CC n. 96.532/MG, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada no TJ/MG, Terceira Seção, publicado em 19/12/2008), com destaques.

Nesse sentido também foram proferidas decisões monocráticas nos Conflitos de Competência n. 104.758/MG, 88.952/MG e 90.603/MG, publicadas, respectivamente, no DJe de 27.5.2009, DJ de 4.3.2008 e DJ de 1º.2.2008.

Assim, configurada a hipótese de aplicação da Lei n. 11.340/06, não há que se falar em competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito, tendo em vista o disposto no 41 da citada norma, que dispõe: "*aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*", consoante já decidido por este Sodalício:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI 11.340/06). VIAS DE FATO. JUIZADO ESPECIAL E VARA CRIMINAL. PREVISÃO EXPRESSA DE AFASTAMENTO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS (LEI 9.099/95). ARTS. 33 E 41 DA LEI 11.340/06. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ITAJUBÁ/MG, O SUSCITANTE.

"1. A conduta atribuída ao companheiro da vítima amolda-se, em tese, ao disposto no art. 7º, inciso I da Lei 11.340/06, que visa a coibir a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal da mulher.

“2. Ao cuidar da competência, o art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) estabelece que, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). O art. 33 da citada Lei, por sua vez, dispõe que enquanto não estiverem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as Varas Criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes de violência doméstica.

“3. Afastou-se, assim, em razão da necessidade de uma resposta mais eficaz e eficiente para os delitos dessa natureza, a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo, punindo-se mais severamente aquele que agride a mulher no âmbito doméstico ou familiar.

“4. A definição ou a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo é da competência do legislador ordinário, que, por isso, pode excluir alguns tipos penais que em tese se amoldariam ao procedimento da Lei 9.099/95, em razão do quantum da pena imposta, como é o caso de alguns delitos que se enquadram na Lei 11.340/06, por entender que a real ofensividade e o bem jurídico tutelado reclamam punição mais severa.

“5. Parecer do MPF pelo conhecimento e declaração da competência do Juízo suscitante.

“6. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal da Infância e Juventude de Itajubá/MG, o suscitante” (CC 96.522/MG, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, p. no DJe de 19.12.2008).

Ante o exposto, conhece-se do conflito para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete - MG, o suscitado.

É o voto.