



---

**Terceira Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 416.886-SP (2017/0240131-0)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Impetrante: Caio Marcelo Dal Castel Veronezzi Lazzari Prestes

Advogados: Benedito Santana Prestes - SP041813

Caio Marcelo D C V Lazzari Prestes - SP0117427

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: F N DA C C

Advogado: Caio Marcelo D C V Lazzari Prestes - SP0117427

Paciente: S B C

---

**EMENTA**

Civil. Processual Civil. *Habeas corpus*. Prisão civil por alimentos. Obrigação alimentar avoenga. Caráter complementar e subsidiário da prestação. Existência de meios executivos e técnicas coercitivas mais adequadas. Indicação de bem imóvel à penhora. Observância aos princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução. Desnecessidade da medida coativa extrema na hipótese.

1- O propósito do *habeas corpus* é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos avós, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles contraída e que diz respeito às obrigações de custeio de mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos.

2- A prestação de alimentos pelos avós possui natureza complementar e subsidiária, devendo ser fixada, em regra, apenas quando os genitores estiverem impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Precedentes.

3- O fato de os avós assumirem espontaneamente o custeio da educação dos menores não significa que a execução na hipótese de inadimplemento deverá, obrigatoriamente, seguir o mesmo rito e as mesmas técnicas coercitivas que seriam observadas para a cobrança de dívida alimentar devida pelos pais, que são os responsáveis originários pelos alimentos necessários aos menores.

4- Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível

a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida.

5- Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conceder a ordem, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

---

DJe 18.12.2017

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por *Thiago Caio Marcelo Dal Castel Veronezzi Lazzari* em favor de F N DA C C e S B C.

*Ação*: de execução de alimentos, ajuizada por R M S C e K L S C, ambos representados por sua genitora B M S C, em desfavor dos pacientes (fls. 81/84, e-STJ).

*Decisão interlocutória*: reconhecendo a existência da dívida de natureza alimentar dos avós para com os netos, converteu, atendendo à manifestação do MP/SP, a execução para o rito da penhora e expropriação, ao fundamento de que a prisão civil é medida coativa excepcional e que a responsabilidade dos avós, além de ser igualmente excepcional, é também subsidiária e complementar à dos pais (fls. 86/88, e-STJ).

*Acórdão do TJ/SP:* reformou a decisão interlocutória para, reconhecendo a impossibilidade de conversão do rito executivo, decretar a prisão civil dos avós, cujo acórdão, de fls. 42/54 (e-STJ), ficou assim ementado:

Agravo de Instrumento. Execução de alimentos pelo rito da prisão. Decisão que determinou a conversão do rito da execução para o da penhora. Pensão alimentícia fixada em acordo firmado no ano de 2009, pelo qual os agravados, avós paternos, assumiram espontaneamente a obrigação de pagar alimentos aos netos, ora agravantes. Alegada alteração da capacidade financeira que deve ser apreciada na via processual adequada. Inadimplemento do débito que é incontroverso. Decreto de prisão que atende à finalidade de coagir os devedores ao imediato pagamento da obrigação alimentar. Inteligência da Súmula n. 309 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Reforma da decisão agravada para o fim de decretar a prisão civil dos agravados pelo prazo de 30 (trinta) dias. Dá-se provimento ao recurso.

**Habeas corpus:** argumenta o impetrante que a ordem de prisão expedida pelo TJ/SP é flagrantemente ilegal, pois: (i) os pacientes, a despeito de terem assumido espontaneamente o compromisso de arcar com as matrículas, mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos, tiveram uma drástica modificação de suas situações financeiras que inviabiliza a manutenção dos pagamentos; (ii) estaria em curso ação de exoneração de alimentos proposta pelos pacientes, pendente de admissibilidade o recurso especial dela extraído; (iii) diante da modificação do padrão financeiro dos pacientes e do ajuizamento da ação de exoneração de alimentos, o genitor assumiu o compromisso de arcar com os valores relacionados aos estudos dos menores, o que está sendo regularmente cumprido; (iv) ofereceram um lote de terreno suficiente para a quitação da dívida alimentar, rejeitado pelos menores.

*Liminar:* deferida por meio da decisão de fls. 61/63 (e-STJ).

*Informações do juízo da execução e do TJ/SP:* prestadas, respectivamente, às fls. 839/843 e 826/831 (e-STJ).

*Parecer do Ministério Público Federal:* opina pela concessão da ordem (fls. 834/837, e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): O propósito do *habeas corpus* é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos pacientes, que são avós

dos exequentes, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles assumida em 2009 e inadimplida desde o ano de 2014, relativamente às obrigações de arcar com as mensalidades escolares e com os cursos extracurriculares dos infantes, estes últimos no limite de 2,15 salários mínimos.

Inicialmente, observe-se que a decisão liminar de fls. 61/63 foi deferida em virtude de parecer plausível, *a priori*, a versão apresentada pelo impetrante a partir dos poucos elementos existentes naquele momento processual – em síntese, apenas a petição inicial do *habeas corpus* e a cópia do acórdão do TJ/SP – e diante da gravidade da situação narrada naquela peça vestibular – que noticiava o iminente risco de prisão civil dos avós, um deles portador de doença grave, em execução de alimentos movida pelos netos.

Todavia, justamente em virtude da insuficiência dos elementos de prova coligidos com a petição inicial, na mesma decisão liminar foi determinado aos impetrantes que colacionassem aos autos as cópias dos recursos em que se discutiu a própria prisão civil dos pacientes e o alegado debate acerca da exoneração de alimentos pelos avós e assunção da dívida pelo genitor, resguardando-se ao direito de, após exame mais detalhado da matéria, eventualmente rever esse posicionamento.

Pois bem.

Sobrevieram as juntadas das respectivas cópias pelos impetrantes (fls. 66/320 e 321/815) e, com elas, constatou-se que nem todas as afirmações contidas na petição inicial do *habeas corpus* correspondem à realidade.

Verifica-se, em primeiro lugar, que não há que se falar em ação de exoneração de alimentos movida pelos avós em face dos infantes (nem em caráter principal, nem tampouco em caráter declaratório incidental, como se alega). O que houve, na realidade, foi o requerimento de exoneração dos alimentos como matéria de defesa na execução iniciada pelos netos (fls. 91/94, e-STJ), o que, na esteira da sólida jurisprudência desta Corte, em princípio é inadmissível em virtude da necessidade de cognição exauriente e de amplo contraditório para que se afaste a estabilidade da sentença que fixou os alimentos. Nesse sentido: HC 242.654/SP, 3ª Turma, DJe 26.03.2013; HC 180.099/SP, 4ª Turma, DJe 29.08.2011.

Além disso, nada há nos autos que ateste a veracidade da informação noticiada pelos impetrantes de que o genitor teria aquiescido com a proposta de majoração dos alimentos em troca da exoneração dos alimentos prestados espontaneamente pelos avós.

Finalmente, nada foi provado acerca da existência de moléstia grave de que seria portador um dos pacientes, tampouco se demonstrou a existência de rigoroso tratamento médico para minimizar os efeitos da doença, tratando-se, ademais, de alegação que somente veio a ser ventilada neste *habeas corpus*.

Dessa forma, embora este remédio constitucional não seja a via adequada para a ampla discussão acerca dos fatos e das provas produzidas em 1º e 2º grau de jurisdição, não se pode deixar de registrar – e de se lamentar – que expedientes aparentemente escusos tenham sido utilizados para a obtenção de uma decisão judicial favorável.

Superada essa questão, constata-se que os avós não negam a existência da dívida de natureza alimentar que se executa na origem, relacionada especificamente ao custeio das mensalidades escolares e de cursos extracurriculares dos netos, tampouco negam que assumiram essas obrigações espontaneamente, seja para contribuir economicamente com o genitor, seja ainda para contribuir com a formação educacional dos próprios netos.

A despeito disso, não se pode olvidar que, na esteira da sólida jurisprudência desta Corte, a responsabilidade pela prestação de alimentos pelos avós possui, essencialmente, as características da complementariedade e da subsidiariedade, de modo que, para estender a obrigação alimentar aos ascendentes mais próximos, deve-se partir da constatação de que os genitores estão absolutamente impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Nesse sentido: REsp 1.211.314/SP, 3ª Turma, DJe 22.09.2011, REsp 1.415.753/MS, 3ª Turma, DJe 27.11.2015 e REsp 1.249.133/SC, 4ª Turma, DJe 02.08.2016.

O fato de, na hipótese, os avós terem assumido espontaneamente uma obrigação de natureza complementar, que consiste no custeio dos estudos e das atividades extracurriculares dos netos, não significa dizer que, havendo o inadimplemento, a execução de alimentos deverá obrigatoriamente seguir o rito estabelecido para o cumprimento das obrigações alimentares devidas pelos genitores, que são, em última análise, os responsáveis originários pela prestação dos alimentos necessários aos menores.

Não há dúvida de que o inadimplemento dos pacientes causou transtornos e, provavelmente, ensejou a suspensão das atividades extracurriculares que vinham sendo cursadas pelos netos ou, até mesmo, a substituição da escola particular em que os netos estudavam por uma instituição de ensino da rede pública.

Todavia, sopesando-se os prejuízos sofridos pelos menores e os prejuízos que seriam causados aos pacientes se porventura for mantido o decreto prisional e, conseqüentemente, o encarceramento do casal de idosos, conclui-se que a solução mais adequada à espécie é autorizar, tal qual havia sido deliberado em 1º grau de jurisdição, a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, o que, a um só tempo, homenageia o princípio da menor onerosidade da execução (art. 805 do CPC/2015) e também o princípio da máxima utilidade da execução.

Registre-se, ainda, que está sendo vedado somente o uso da prisão civil, técnica coercitiva mais gravosa existente no ordenamento jurídico, para estimular o cumprimento da obrigação. Isso não significa, evidentemente, que estaria o juízo de 1º grau vinculado à tipicidade executiva, motivo pelo qual poderá ele, a depender do grau de recalcitrância manifestado pelos pacientes e da potencial eficácia da medida, empregar outros meios de coerção ou sub-rogação, valendo-se, por exemplo:

- (i) de uma medida sub-rogatória típica da execução de alimentos (requerimento de desconto em folha, na forma do art. 529 do CPC/2015), ou;
- (ii) de uma medida coercitiva típica da execução de alimentos (protesto do título executivo, nos termos do art. 528, § 3º, do CPC/2015), ou;
- (iii) de uma medida sub-rogatória típica do rito expropriatório (requerimento de penhora de bens dos arts. 831 e seguintes do CPC/2015) ou, ainda;
- (iv) de outras medidas atípicas de natureza indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogatória autorizadas, em sentido amplo, pelo art. 139, IV, do CPC/2015.

Finalmente, anote-se que, na hipótese, os pacientes oferecerem como forma de quitação dos débitos pretéritos um lote de terreno que alegam possuir valor maior do que a dívida, conforme se depreende da proposta de fls. 221/222 (e-STJ), o que demonstra o firme propósito de liquidar o débito, sendo certo que a referida proposta foi rejeitada pelos exequentes sem a demonstração da inadequação ou ineficácia do referido bem para saldar a referida dívida (fls. 223/224, e-STJ).

Forte nessas razões, *concedo* a ordem de *habeas corpus*, confirmando a liminar anteriormente concedida.

---

**HABEAS CORPUS N. 418.431-SP (2017/0251482-4)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Impetrante: Sueli Regina Vendramini Mendonca

Advogado: Sueli Regina Vendramini Mendonça - SP197194

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Y Z

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Anulação de registro de nascimento. Medida liminar protetiva de acolhimento de criança em abrigo. Grave suspeita da prática de “adoção à brasileira” em duas ocasiões distintas. Indícios de adoção de criança mediante pagamento. Ausência de configuração de relação afetiva. Gravidez falsa. Induzimento a erro. Ameaça grave a Oficial de Justiça. Circunstâncias negativas. Melhor interesse da criança. Abrigamento. Excepcionalidade. Não ocorrência de decisão flagrantemente ilegal ou teratológica. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Em regra, não é admissível a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes

3. Todavia, em situações excepcionais, como no caso dos autos, em que não chegou a se formar laços afetivos entre a adotada e a família substituta, em razão da reiterada prática de crimes contra o estado de filiação, da suspeita de pagamento para obtenção de criança em outro processo, do indício de simulação de gravidez e de ameaça de morte a Oficial de Justiça no cumprimento do seu dever, não é recomendável, em nome do princípio do superior interesse da criança, que ela fique no lar da família substituta. Criança bem adaptada no abrigo em que se encontra, recebendo cuidados e acompanhamento médico de sucesso.

4. Não conheço do *habeas corpus*.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

---

DJe 15.12.2017

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, manejado em favor de Y Z, que aponta como autoridade coatora a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo que não conheceu do *writ* lá impetrado.

A impetrante narra que o paciente e a sua genitora O L DA S (O L), pessoa em situação de rua, logo após o nascimento daquele e da alta hospitalar foram acolhidos pelo casal E D Z e M Z (casal Z), tendo este último, pai registral, após o abandono da criança pela mãe, a registrado como seu filho, acolhendo-o em seu lar. Relata, ainda, que O L já havia deixado outra criança (Y D Z) aos cuidados do casal Z, o qual está sob a guarda deles há mais de seis anos.

Sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal porque 1) foi colocado por ordem judicial em abrigo institucional o que causa risco a sua integridade física e psíquica e não atende o seu melhor interesse; 2) o motivo apresentado para o acolhimento institucional (evitar a constituição de vínculo do menor com a família) é mera conjectura e formalismo, não justificando a medida extrema; 3) não há razoabilidade na transferência da criança para um abrigo e depois a um

outro casal cadastrado na lista geral de adoção pois não atende o interesse do menor e causa risco de danos irreparáveis para a formação da sua personalidade; 4) a despeito da alegação do Ministério Público de que se trata de “adoção a brasileira” não há perigo na permanência dele com o pai registral; e, 5) a ilegal e drástica medida de abrigamento atentou contra o direito de liberdade de ir e vir do menor e desconsiderou que seu irmão também é adotado pelo casal Z, família substituta que o acolheu com boa fé e com o objetivo de proporcionar um sadio convívio familiar, dedicando-lhe muito amor e carinho.

Indeferi a liminar (e-STJ, fls. 85/88).

Recebi as informações (e-STJ, fls. 101/196 e 198/270).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 272/277).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Dos documentos que instruem a impetração verifica-se que o Ministério Público de São Paulo, *aos 31.10.2016*, ajuizou ação de rito ordinário visando o reconhecimento da nulidade parcial do assento de nascimento do menor Y Z, nascido aos 25.9.2016, no tocante a filiação paterna e requereu, liminarmente, a suspensão do poder familiar do réu e a aplicação de medida de acolhimento institucional da criança em razão da indícios de que M Z a teria registrado ilegalmente como seu filho (e-STJ, fls. 19/30).

Segundo o *Parquet*, o recém nascido e sua genitora O L, pessoa em situação de rua, foram encaminhados para o domicílio do casal Z *aos 2.10.2016*, tendo M Z *aos 4.10.2016*, levado a efeito o registro do assento de nascimento da criança, atribuindo só a si a paternidade, apesar de viver em união estável com E D Z, passando a chamá-lo Y Z e, de acordo com as informações obtidas pelo Conselho Tutelar, a companheira dele utilizava uma falsa barriga simulando gravidez para causar a impressão de que estava grávida do menor.

Acrescentou o Promotor de Justiça que medida igual já foi promovida contra M Z por fato idêntico (adoção ilegal), envolvendo a mesma genitora da criança, O L e, que na outra ação, ele registrou falsamente uma criança como se seu filho fosse com a alegação inverídica de que teria mantido um

relacionamento extraconjugal com mãe dela e foi apurado que a entrega só para ele se deu em razão de promessa de ajuda financeira.

Para o Ministério Público, por meio da adoção ilegal, a criança foi colocada em família substituta sem que houvesse alguma avaliação segura sobre a conveniência da medida ou a análise da possibilidade de retorno dela para a família biológica.

Argumentou, ainda, que o infante tinha o direito de ter a sua situação tratada de acordo com o procedimento lógico-jurídico previsto em lei com o acompanhamento de profissionais aptos a avaliar as suas necessidades e que deveria, também, ser observada a ordem legal do cadastro dos pretendentes à adoção, bem como a criança não poderia ficar à mercê de pessoas que supostamente praticaram crime para o acolher como filho.

Pediu a investigação da paternidade e, se fosse o caso, a anulação do registro, como posterior procedimento tendente à adoção ou retorno da criança à família natural, de modo a atender o seu melhor interesse, a segurança dos registros públicos, casais habilitados e a sociedade em geral.

O Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú - SP (Processo n. 1011140-25.2016.8.26.0302) *aos 4.11.2016*, deferiu a liminar de acolhimento porque 1) a permanência da criança com eles acarretaria a formação de vínculo que tornariam inócuas as medidas para combater a “adoção a brasileira”; 2) na ação anterior, o outro filho de O L retornou ao lar de M Z e sua esposa E D Z, criando laços afetivos o que ensejou o deferimento da guarda do irmão do paciente para o casal Z; 3) o acolhimento institucional não violará o melhor interesse da criança pois ela já estava privada da convivência da mãe biológica e ficará sob os cuidados dos profissionais da instituição de acolhimento; 4) o Poder Judiciário não poderia acobertar a situação de ofensa ao cadastro nacional de adotantes haja vista que muitos cadastrados estão há muitos anos esperando a oportunidade para adotar; e, 5) o acolhimento se fazia necessário para evitar a constituição de vínculo afetivo da criança com o casal Z e a consolidação de uma situação irregular, que configura estímulo à burla do procedimento judicial (e-STJ, fls. 16/18).

Impetrou-se *habeas corpus* contra tal decisão, no qual se afirmou que a decisão foi ilegal e que não existiam elementos para justificar o abrigamento do paciente pois estava sendo cuidado pela família que o acolheu.

O Tribunal de Justiça de São Paulo *aos 18.9.2017*, denegou o pedido de *habeas corpus* (Proc. HC n. 2131701-60.2017.8.26.0000) impetrado em

favor do paciente porque 1) ele, que tem menos de um ano de idade, foi possivelmente vítima de uma tentativa de adoção à brasileira pois o pai registral não se submeteu ao exame pericial de paternidade designado pelo Juízo para apuração dos fatos; 2) é a segunda vez que os pretensos guardiões da criança são envolvidos em demanda da mesma natureza; 3) o acolhimento do paciente encontra fundamento na necessidade de evitar a constituição de vínculo com o requerido e sua companheira e consolidação de uma situação irregular de verdadeiro estímulo à burla do procedimento judicial; e, 4) o acolhimento institucional se legitima pois tenta evitar uma situação de risco ao menor e assegurar a colocação dela em família substituta, bem como deve se manter tal restrição até que os autos reúnam melhores elementos de prova a ensejar eventual reapreciação da situação fática existente (e-STJ, fls. 37/43).

De início, cabe ressaltar que nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal não se admite a impetração *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível, em especial no caso em que se impugnou acórdão que denegou outro *writ* impetrado na origem, no qual seria cabível a interposição de recurso ordinário. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*Habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. *Writ* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Precedentes do STF e do STJ. Concessão de ordem de ofício. Inexistência dos requisitos autorizadores.

1. Não conhecimento do *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso ordinário. Precedentes do STF e do STJ.

2. Inocorrência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder a justificar a concessão da ordem de ofício.

3. Decreto prisional em razão do inadimplemento da pensão alimentícia firmada em acordo judicial em ação de execução de alimentos.

4. Jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o descumprimento de acordo firmado entre alimentante e alimentado, nos autos de ação de execução de alimentos, pode ensejar o decreto de prisão, bem como que o pagamento parcial não produz o efeito de liberar o devedor do restante do débito ou, tampouco, afastar o decreto prisional.

5. Precedentes específicos desta Corte.

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 350.101/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 14.6.2016, DJe de 17.6.2016, sem destaque no original).

Processual Civil. Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução de alimentos. Art. 733 do CPC. Prestações vencidas no curso da execução. Impetração de *writ* no Superior Tribunal de Justiça em substituição ao recurso ordinário. Inadmissibilidade. Alegação de constrangimento ilegal. Necessidade de dilação probatória. Inadequação da via eleita.

1. A ação constitucional será cabível “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LXVIII, da CF), circunstância não configurada nos autos.

2. Não é admissível a utilização do *habeas corpus originário* no STJ como substitutivo do recurso ordinário, tampouco dilação probatória na via eleita.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 298.667/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado aos 23.10.2014, DJe de 10.11.2014)

Processual Civil. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Art. 105, II, ‘a’, CF/1988. Pensão alimentícia.

1. O *habeas corpus* não é admitido como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário, ex vi da disposição expressa do art. 105, II, ‘a’, da CF/1988.

2. A competência originária do STJ deve ser preservada em prol dos legitimados do art. 105, inc. I, ‘c’, da CF/1988, prestigiando-se, a um só tempo, a divisão de competências realizada pelo legislador constituinte, bem ainda a racionalização e simplificação do sistema recursal.

3. Evolução jurisprudencial encampada pela Suprema Corte, cuja adesão de entendimento pelo STJ também se presta ao alento do órgão jurisdicional precípua e constitucionalmente incumbido da guarda e exegese da Constituição.

4. Não verificada a presença de flagrante ilegalidade, não há se cogitar da concessão *ex officio* da ordem pleiteada.

5. É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo.

6. O pagamento parcial do débito não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado.

7. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC n. 258.607/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado aos 15.8.2013, DJe de 22.8.2013, sem destaque no original).

Não obstante tal orientação jurisprudencial, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar

que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica, o que não é caso, como se verá a seguir.

Discute-se, em síntese, a validade da determinação judicial provisória de acolhimento institucional de menor nos autos da ação de rito ordinário de nulidade de assento de nascimento cumulado com pedido de acolhimento institucional, cuja a alegação de flagrante ilegalidade não foi acolhida pelo Tribunal *a quo*, no *writ* lá impetrado.

A situação trazida é peculiar, delicada e excepcional, pois trata de uma criança que completou um ano de idade em novembro do ano corrente e que foi levada por ordem judicial, para uma casa de abrigo quando tinha apenas *dois meses*, pela presença de fortes indícios de que M Z, pela segunda vez, registrou outro filho de O L, pessoa em situação de rua, em cartório como se fosse seu, mesmo sabendo que não era, para combater a chamada 'adoção a brasileira' e desestimular a burla ao procedimento judicial da adoção.

É certo que esta Terceira Turma, reiteradamente, tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, devendo ser preservados eventuais laços afetivos existentes entre a família substituta e o infante.

Nessa ordem de decidir, os seguintes julgados:

*Habeas corpus*. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Adoção.

- Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante.

- Ordem concedida.

(HC n. 221.594/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 21.3.2012)

*Habeas corpus*. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Possível prática de "adoção à brasileira". Convívio com a família registral. Melhor interesse da criança. Ordem concedida.

1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes.

2.- Ordem concedida.

(HC n. 291.103/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 29.8.2014).

Não obstante a orientação jurisprudencial destacada, o caso em tela, contudo, guarda algumas peculiaridades que devem ser ponderadas para aferir a legalidade da decisão de primeiro grau que suspendeu o poder familiar do suposto pai (M Z) e determinou a busca e apreensão da criança (Y Z) e o seu acolhimento em entidade assistencial, e, por conseguinte, do acórdão que concluiu pela inexistência de ilegalidade flagrante dela. Se não vejamos:

Com as informações recebidas da autoridade apontada como coatora verifica-se que nos autos da ação civil pública n. 0010805-62.2012.8.26.0302 promovida *em 2012* pelo Ministério Público de São Paulo, os pedidos foram julgados procedentes para reconhecer a nulidade do assento de nascimento do menor Y D Z, hoje com seis anos de idade, na parte relativa a paternidade falsamente atribuída a M Z e para decretar a perda do poder familiar da sua genitora O L, que o teria abandonado e deixado sob os cuidados do casal Y (e-STJ, fls. 139/144).

Aquele feito guarda perfeita relação e pertinência com o presente caso, porque naquele, os personagens e as circunstâncias fáticas são quase as mesmas: O L, pessoa em situação de rua, deu a luz a criança Y D Z, e M Z a registrou falsamente como seu filho, sob a inverídica alegação de que teria tido um caso extraconjugal com a genitora dele.

O Juízo sentenciante daquele feito concluiu, após a instrução probatória, que M Z não era o pai biológico pois se recusou a comparecer à perícia técnica e nunca teve relacionamento com O L, e consignou que esta concordou em entregar a criança para aquele e sua companheira *em razão de promessa de ajuda financeira, tendo inclusive recebido tal ajuda* (e-STJ, fl. 143).

Não obstante a prolação da sentença desconstitutiva do assento de nascimento em razão da falsidade no registro público, por ter se formado vínculo afetivo com o casal Z, a criança Y D Z, que hoje está com seis (6) anos de idade, continuou e está sob a guarda deles, falsários.

Não se pode deixar de considerar, ser curioso que a companheira de M Z, E D Z, mesmo simulando gravidez, não compareceu em cartório para assumir a maternidade. Será que E D Z estaria dando mostras de concordância com a sistemática traição de M Z? Muito fácil crer nisso!

No presente feito, *O L*, em setembro de 2016, deu a luz a outro menino (*Y Z*), e *M Z*, novamente e se valendo do mesmos argumentos apresentados na ação civil pública anterior, declarou para fins de registro público que ele era seu filho biológico, sem que isso fosse verdade. E afirmo isso, porque os elementos que instruem o *writ* dizem que a perícia técnica (DNA) que confirmaria a alegação de *M Z* de que era o pai biológico do ora paciente, por duas vezes previamente designadas, não foi realizada, sendo que na última ele não compareceu, apesar de devidamente intimado e na primeira apresentou atestado médico (e-STJ, fls. 174 e 188/189).

Ora, quem efetivamente é pai e tem interesse (ou deveria ter) em cessar a situação de abrigo de quem afirma ser seu filho, não poderia prologar tal situação e ter comparecido ao primeiro exame de DNA designado, até de forma célere pelo juízo onde tramita a presente ação de nulidade de registro civil. Proceder em sentido contrário afronta o “venire contra factum próprio”.

Outra circunstância que chama a atenção e é relevante, a meu sentir, para a aferição de eventual ilegalidade na decisão impugnada, é que diferentemente do que ocorreu na primeira ação, em razão do conhecimento pelo Ministério Público da reiteração na prática de adoção ilegal e de sua ação rápida, *não houve tempo hábil para formação de vínculo afetivo entre Y Z e a família que supostamente o adotou ilegalmente*, haja vista que a criança conviveu com ela por apenas 2 (dois) meses e 11 (onze) dias, até ser levada para o abrigo aos 6.12.2016.

E o infante somente conviveu pelo referido período com o casal *Z* porque eles dificultaram, no que puderam, o cumprimento do mandado de busca e apreensão (e-STJ, fls. 101, 152 e 157) que foi deferido quando a criança tinha pouco mais de 1 (um) mês de vida (e-STJ, fl. 148). Há, inclusive, registro nos autos, *de fato grave, consubstanciado na ameaça de morte com o uso de arma de fogo, realizada ao Oficial de Justiça por M Z para que não houvesse o cumprimento da ordem judicial* (e-STJ, fls. 155 e 156).

Não é só.

Há também informação nos autos de que a *E D Z* companheira de *M Z*, teria utilizado uma barriga falsa simulando uma gravidez com o intuito de fazer crer que *Y Z* seria efetivamente filho biológico do casal, como antes ponderado (e-STJ, fls. 111 e 124).

Do que foi relatado até o momento, evidenciam-se circunstâncias relevantes, preocupantes e até graves, que devem ser consideradas e sopesadas, pois 1) há indícios de *reiteração na prática de crime contra o estado de filiação* (art.

242 do Código Penal) para a obtenção da criança; 2) existe sentença proferida em outro feito afirmando a ocorrência de pagamento na obtenção da guarda do irmão unilateral do paciente, de modo que não seria dessarazado supor que idêntica prática pode ter ocorrido nesta nova tentativa de “adoção a brasileira”; 3) há indícios da prática de simulação de gravidez com fim de induzir que Y Z seria filho biológico do casal, apesar de a companheira não ter dado seu nome quando do registro; e, 4) ocorrência de ameaça grave a serventário da justiça com o fim de impedir o cumprimento de decisão judicial.

Nesse cenário, a análise perfunctória desses elementos revelam, a meu ver, que não há elementos seguros de que o melhor interesse da criança será atingido caso se permita a colocação da criança sob os cuidados da família que pretende adotá-la, pelo menos até a conclusão do feito anulatório de registro civil que, ao que tudo indica, o pedido do Ministério Público também será julgado procedente.

Convém registrar, por oportuno, que não dizendo que sou contrário a entrega de criança a casal não inscrita no cadastro nacional de adoção, até porque já acompanhei o voto proferido pelo Ministro *João Otávio de Noronha*, no julgamento do HC n. 331.121/PR, em situação distinta da ora posta em discussão.

Naquele feito a mãe biológica entregou o filho recém nascido para um casal, que ingressou com ações judiciais visando regularizar a guarda e adoção dele, e sobreveio uma ordem de busca e apreensão quando ela tinha 6 (seis) meses de idade, para colocá-la num abrigo institucional.

A ordem foi concedida naquela ação constitucional porque já havia sido realizado um parecer técnico formulado por psicoterapeuta, contatando a formação de vínculo afetivo com o casal que o adotou e seria absolutamente prejudicial sua retirada do convívio familiar, bem como não havia indícios de que ele estaria em situação de risco.

Eles confessaram, naquela ação, a “adoção à brasileira” porém tomaram providências para corrigir a situação. Hipótese, portanto, distinta da presente, na qual foi realizado laudo pericial e o casal Y sequer não se encontra inscrito no referido cadastro nacional de adoção e optaram por caminho que vai de encontro com a legalidade.

O aludido julgado recebeu a seguinte ementa:

*Habeas corpus. Busca e apreensão de menor. Destituição liminar de guarda. Determinação de acolhimento institucional. Menor entregue aos impetrantes pela*

*mãe biológica. Convívio com a família socioafetiva. Ausência de indícios de maus-tratos, negligência ou abuso. Interesse do infante. Ordem concedida de ofício*

(HC n. 331.121/PR, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, julgado aos 27.10.2015, DJe de 3.11.2015).

Ressalte-se, ainda, que o pouco convívio que teve Y Z com a família substituta até ser levada para o abrigo é indicativo de que não se configurou uma vinculação afetiva entre eles. No mais, o relatório de 8.8.2017, contido no Plano Individual de Atendimento da criança da Associação das Senhoras Cristãs - Nosso Lar Núcleo II, relata de que ela está em ótimas condições de saúde, faz uso de medicamento contínuo e está sendo acompanhada mensalmente por pediatra, bem como realiza aulas de natação (e-STJ, fls. 179/182), o que indica que não houve evidente prejuízo material e psicológico para o menor que recebe proteção integral com a separação.

O caso, como dito, é delicado e demanda maior cautela na aferição das reais vantagens para Y Z em ser devolvido para a família adotante à brasileira em nome do princípio do superior interesse do menor.

Apesar da existência de registro de que eles cuidavam bem de Y Z e cuidam atualmente de seu irmão unilateral Y D Z, entendo que os padrões éticos por eles adotados, o desrespeito para com a lei e com o Poder Judiciário, recomendam, no momento, a manutenção de Y Z no acolhimento institucional que atende, em princípio, o seu melhor interesse, de modo a preservar e garantir o seu desenvolvimento sadio e não colocá-lo, assim, em uma possível situação de risco.

A decisão objeto do *writ*, com efeito, não é manifestamente ilegal ou teratológica, bem como não visou somente privilegiar o disposto no § 13 do art. 50 da Lei n. 8.069/1990 em detrimento do bem-estar da criança, mas sim proporcionar que ela tenha um desenvolvimento sadio, ainda que seja provisoriamente no sistema de acolhimento institucional, tendo em conta as condutas nada ortodoxa da família substituta e os padrões éticos não são recomendáveis para a educação e desenvolvimento sadio do infante.

Finalmente, em situações excepcionais, a jurisprudência desta eg. Corte Superior, em observância ao princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional de criança em hipótese de prática de “adoção a brasileira” em detrimento da sua colocação na família que a acolhe.

Nesses sentido, guardadas as devidas proporções, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Família. Adoção e guarda provisória de recém-nascido. Suspeita de simulação. Busca e apreensão de menor. Medida judicial liminar de acolhimento institucional em família devidamente cadastrada. *Habeas corpus*. Descabimento. Precedentes.

1. O *Habeas Corpus* não é instrumento processual adequado para impugnar decisão judicial liminar que determina o acolhimento de menor em família devidamente cadastrada junto ao programa municipal de adoção.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o *habeas corpus* não é instrumento que comporta dilação probatória para desconstituir decisão judicial embasada nos elementos informativos dos autos. Precedentes.

3. Ordem denegada.

(HC n. 329.147/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado aos 20.10.2015, DJe de 11.12.2015),

*Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda. Genitora adolescente de condição humilde. Entrega da filha para outro casal criar, intermediada por advogado, com posterior arrependimento. Genitora mãe registral impedida de ver a criança. Medida proporcional à gravidade do fato. Legalidade da decisão. Ordem denegada.

1. As medidas protetivas previstas no ECA, para repelir ameaça de violação a direitos de crianças e adolescentes, podem ter natureza cautelar, devendo atender a intervenção judicial a três requisitos fundamentais: (i) precoce; (ii) mínima e (iii) proporcional.

2. Na estreita via do *habeas corpus*, somente é possível a verificação da legalidade da ordem de acolhimento institucional de menor, mediante a análise da proporcionalidade da decisão judicial, ponderando-se a necessidade e a utilidade da medida.

3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional.

4. Contudo, para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida de protetiva de acolhimento institucional.

5. No caso, o pai registral conquistou a guarda de forma obscura de genitora adolescente, que foi afastada da filha, sem poder manter contato com ela, com posterior arrependimento de sua entrega.

6. Envolvimento de terceiros na intermediação do ato de entrega da menor, com fortes indícios do cometimento de crime, tornando duvidosa a alegada paternidade.

7. Intervenção judicial, no caso, feita de forma precoce, mínima e proporcional à gravidade dos fatos imputados ao pai registral.

8. Legalidade da medida protetiva da criança.

9. *Ordem denegada.*

(HC n. 342.325/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 18.2.2016, DJe de 9.3.2016, sem destaque no original).

*Habeas corpus.* Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda. Genitora humilde. Entrega do filho para outro casal, com posterior arrependimento. Necessidade de ampla dilação probatória. Ordem denegada.

1. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional, cuja legalidade pode ser examinada mediante a estreita via do *habeas corpus*.

2. *Todavia, no caso dos autos, o acolhimento institucional fora determinado em razão da descoberta de fraude na obtenção da guarda da criança pelo casal impetrante que, em conjunto com a genitora, utilizou-se de documentos falsos durante o pré-natal e no parto do menor.*

3. Ademais, há informações no sentido da viabilidade do retorno da criança à mãe biológica, que mostrou arrependimento pela entrega do filho ao casal impetrante.

4. Dadas as peculiaridades do caso, tem-se a necessidade de ampla dilação probatória, o que é incompatível com a via do *habeas corpus*, que só admite cognição sumária.

5. *Ordem denegada.*

(HC n. 370.636/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado aos 14.2.2017, DJe de 21.2.2017, sem destaque no original).

Diante disso, não verifico a existência de ilegalidade flagrante ou teratologia na decisão objeto do *writ*, de modo a conceder a ordem de ofício.

Ante o exposto, pelo meu voto, *não conheço* do *habeas corpus*.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.471.563-AL (2014/0187556-3)**

---

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino  
Recorrente: Banco Central do Brasil - BACEN  
Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central - PB000000C  
Recorrente: Silvio Josias Leite  
Recorrente: Tereza Cristina Macedo dos Santos Leite  
Advogados: Evilasio Feitosa da Silva e outro(s) - AL001197  
Bruno Constant Mendes Lôbo - AL006031  
Janine de Holanda Feitosa - AL007631  
Tereza Cristina Nascimento de Lemos - AL007632  
Recorrido: Os Mesmos  
Interes.: Everaldo Correia Lins  
Interes.: Matias Elisiário Rodrigues  
Interes.: Marianni Oliveira Rodrigues  
Interes.: Maria Anete Passos  
Interes.: Alcides Jerônimo de Almeida Tenório

---

**EMENTA**

Recursos especiais. Civil. Processual Civil (CPC/1973) e Processual Penal. Roubo à Delegacia do Banco Central do Brasil em Recife. Ano de 1991. Aquisição de imóvel com os proventos do crime. Ocupação posterior por terceiros. Alegação de usucapião. Sequestro e posterior confisco do bem pelo juízo criminal. Prevalência sobre o juízo cível. Extinção da ação de usucapião. Perda do objeto. Alegação de boa-fé. Questão decidida pelo juízo criminal. Assistência judiciária gratuita. Encargos da sucumbência. Óbice da Súmula 126/STJ.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de o juízo cível julgar ação de usucapião sobre bem sequestrado e, posteriormente, confiscado pelo juízo criminal, em razão de o imóvel ter sido adquirido com proventos de crime (roubo à delegacia do Banco Central do Brasil de Recife, no ano de 1991).

2. *Recurso Especial dos Possuidores Demandantes:*

2.1. Nos termos do art. 125 do Código de Processo Penal: “Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

2.2. Superveniência do confisco do imóvel, como consequência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ‘ex vi’ do art. 91, II, alínea b, do Código Penal.

2.3. Subordinação do juízo cível ao juízo criminal após o confisco do imóvel, não se aplicando, nessa hipótese, a regra da independência das instâncias. Doutrina sobre o tema.

2.4. Perda de objeto da ação de usucapião após a superveniência do confisco do imóvel.

2.5. Impossibilidade de o juízo cível apreciar as alegações de ineficácia da medida constritiva, boa-fé do possuidor e ausência de registro do sequestro/confisco no cartório de imóveis, pois essas questões são da competência exclusiva do juízo criminal prolator da constrição.

2.6. Hipótese em que tais alegações foram efetivamente apreciadas e rejeitadas pelo juízo criminal, no curso dos embargos de terceiro do art. 129 do CPP.

2.7. Extinção da ação de usucapião, sem resolução do mérito, por perda do objeto.

### 3. *Recurso Especial do Banco Central do Brasil – BCB:*

3.1. Controvérsia acerca da condenação do hipossuficiente aos encargos da sucumbência.

3.2. Acórdão recorrido fundamentado na não recepção do art. 12 da Lei n. 1.060/1950 pela Constituição Federal.

3.3. Ausência de interposição de recurso extraordinário para combater o fundamento constitucional.

3.4. Incidência do óbice da Súmula 126/STJ, assim lavrada: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

4. *Recurso especial dos possuidores desprovido e recurso especial do Banco Central do Brasil não conhecido.*

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial interposto por Sílvio Josias Leite e Outros, e não conhecer do recurso especial do Banco Central, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (data de julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

---

DJe 10.10.2017

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de dois recursos especiais, um interposto por *Banco Central do Brasil - BCB* e outro por *Silvio Josias Leite e outra*, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

Apelação e reexame necessário. Usucapião extraordinária. Sequestro. Imóvel adquirido com produto de crime. Sentença penal condenatória. Perdimento de bem. Natureza pública do imóvel. Impossibilidade de prescrição aquisitiva.

1. Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação de sentença declaratória de aquisição de bem imóvel, por usucapião extraordinária, em razão do suposto exercício de posse mansa e pacífica entre julho de 1992 a agosto de 2008.

2. O imóvel usucapiendo, adquirido com produto de roubo ao Banco Central do Brasil, foi objeto de sequestro na ação penal n. 92.0005075-1, em 10.06.1992.

3. A legalidade da medida assecuratória encontra-se acobertada pelo manto da coisa julgada (Embargos de Terceiros n. 0017423-11.2009.4.05.8300), inexistindo dúvida acerca da origem ilícita do imóvel e da má-fe do terceiro possuidor.

4. A ausência de averbação da ordem de sequestro junto ao cartório imobiliário não impediu o seu aperfeiçoamento, tampouco a produção de todos os seus efeitos jurídicos, seja porque o direito da vítima não pode ser prejudicado por falha do Poder Judiciário, seja porque a inexistência de justo título do terceiro possuidor torna inoponível a falta de publicidade do gravame.

5. Transitada em julgado a sentença penal em 29.09.1997, exsurgiu, como consequência extrapenal secundária e automática da condenação, a perda dos bens adquiridos com os proventos do crime, inclusive o imóvel litigioso, nos exatos termos do art. 91 do Código Penal.

6. Dessa forma, ainda que iniciada a “posse ad usucapionem” no ano de 1992, a incorporação do bem ao patrimônio público no ano de 1997 tornou precária a ocupação do imóvel, não mais suscetível de aquisição pelo decurso do tempo, conforme dicção do art. 183, parágrafo 3º, da CF/1988.

Reexame necessário e recurso de apelação providos. (fl. 682)

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para sanar omissão acerca dos honorários de sucumbência (fls. 705/711).

Em suas razões, os recorrentes *Silvio Josias Leite e outra* alegaram violação ao art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, sob o argumento de que fariam jus à aquisição da propriedade por usucapião extraordinária.

Sustentaram que o imóvel teria sido apenas sequestrado, continuando no domínio particular.

Afirmaram que, por ocasião da efetivação do sequestro, mediante inscrição do gravame no registro do imóvel, em 2008, os ora recorrentes já haviam adquirido o bem por usucapião, restando apenas a declaração por sentença.

Asseveraram que a cognição na ação de usucapião é bem mais ampla do que nos embargos de terceiro, de modo que não há falar em coisa julgada.

Por sua vez, o *Banco Central do Brasil - BCB* apontou violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil/1973, bem como aos arts. 7º e 12 da Lei n. 1.060/1950, sob o argumento de que a concessão do benefício da gratuidade da justiça não obstará a condenação do vencido ao pagamento dos encargos sucumbenciais, tratando-se, apenas, de uma causa de inexigibilidade do crédito de honorários.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 756/760 e 751/769.

O *Ministério Público Federal* opinou nos termos da seguinte ementa:

Primeiro recurso especial. Coisas. Usucapião extraordinária. Imóvel objeto de seqüestro em ação penal. Incorporação ao patrimônio público. Requisitos legais não satisfeitos. Reexame do conjunto fático constante dos autos. Súmula 7/STJ. Pelo não conhecimento.

1. Reverter decisão do tribunal de origem que considerou não preenchidos os requisitos da usucapião extraordinária implicaria inadequada revisão do suporte fático-probatório constante dos autos, atraindo a incidência do óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

2. Pelo não conhecimento do recurso especial.

Segundo recurso especial. Benefício da justiça gratuita. Ônus da sucumbência. Condenação. Possibilidade. Suspensão da exigibilidade no prazo disposto no artigo 12 da Lei n. 1.060/1950. Recurso especial provido.

1. A parte beneficiária da gratuidade judiciária também está sujeita aos ônus da sucumbência, não se desonerando das verbas dela decorrentes, quando vencida. A única peculiaridade é quanto à suspensão da exigibilidade do respectivo pagamento, disposta no artigo 12 da Lei n. 1.060/1950.

2. Recurso especial provido.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, aprecio separadamente cada um dos recursos, já adiantando que o recurso especial dos possuidores, autores da ação de usucapião, não merece ser provido, ao passo que o recurso do *Banco Central do Brasil - BCB* não merece ser conhecido.

A controvérsia diz respeito, essencialmente, aos enunciados normativos dos seguintes dispositivos legais:

**1) Código Civil de 2002:**

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

.....

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

**2) Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 313. Suspende-se o processo:

.....

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

.....

§ 4º. O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II.

§ 5º. O juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotados os prazos previstos no § 4º.

.....

(equivalente ao art. 265, inciso IV, § 5º, do CPC/1973)

**3) Código Penal:**

Art. 91 - São efeitos da condenação:

.....

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

.....

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

.....

**4) Código de Processo Penal:**

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

*Art. 93.* Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º. O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

.....

*Art. 125.* Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

.....

*Art. 128.* Realizado o seqüestro, o juiz ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis.

*Art. 129.* O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.

*Art. 130.* O seqüestro poderá ainda ser embargado:

I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;

II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.

.....

*Art. 133.* Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

5) **Constituição Federal:**

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

.....  
§ 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Relatam os autos que o imóvel usucapiendo, uma casa construída em lote de 268 m<sup>2</sup>, foi objeto de sequestro por ordem de juízo criminal federal, em virtude de ter sido adquirida com proventos do roubo à Delegacia Regional do *Banco Central do Brasil - BCB* em Recife, no ano de 1991.

O auto de sequestro foi lavrado em 10.06.1992, tendo-se certificado que o imóvel se encontrava desocupado naquela data.

No mês seguinte à lavratura do auto de sequestro, o casal ora recorrente passou a ocupar o imóvel, nele estabelecendo moradia.

Cinco anos depois, em 1997, a sentença penal condenatória transitou em julgado (fl. 680), tendo como efeito automático o confisco do bem, nos termos do art. 91, inciso II, alínea *b*, do Código Penal.

Ocorreu, porém, que o juízo criminal negligenciou a formalidade de inscrever o sequestro/confisco no registro do imóvel, desatendendo, assim, ao comando do art. 128 do Código de Processo Penal.

Somente em agosto de 2008, enfim, o mandado de sequestro veio a ser, registrado no álbum imobiliário, tendo-se, nessa ocasião, notificado os possuidores do imóvel.

Os possuidores, então, se insurgiram, alegando exercerem posse *cum animus domini*.

Perante o juízo cível, ajuizaram ação de usucapião (em nov. 2008, fls. 4/6) e perante o juízo criminal, embargos de terceiro (out. 2009, fls. 251/258).

Os embargos de terceiro foram julgados improcedentes (fls. 367/369), tendo a sentença transitada em julgado.

A ação de usucapião encontra-se pendente, tendo dado origem ao presente recurso.

O pedido de usucapião havia sido deduzido inicialmente na Justiça do Estado de Alagoas, uma vez que o imóvel se encontravam registrados em nome de pessoas físicas.

Posteriormente, o BCB requereu ingresso na lide, como interessado, o que levou o juízo a declinar da competência para a Justiça Federal (fl. 177).

No juízo federal, a ação foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, mas o Tribunal, em apelação, inverteu o julgado.

Segundo o entendimento do Tribunal *a quo*, o imóvel teria sido incorporado ao patrimônio público, como efeito automático da sentença penal condenatória, tornando-se insusceptível de usucapião (art. 183, § 3º, da Carta Magna), não obstante a pendência do registro.

Sobre esse ponto, transcreve-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

Outrossim, transitada em julgado a sentença penal em 29.09.1997, exurgiu, como consequência extrapenal secundária e automática da condenação do réu Tércio Medeiros de Sena, a perda dos bens adquiridos com os proventos do crime, inclusive o imóvel litigioso, nos exatos termos do art. 91 do Código Penal:

.....

Ora, a teor do art. 183, § 3º, da CF/1988, os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Logo, ainda que se admitisse por verdadeiro o início da posse 'ad usucapionem' em 1992, consoante alegado na exordial, forçoso reconhecer que, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, em 1997, a posse tornou-se precária, porquanto inábil a ensejar a aquisição de um bem já incorporado ao patrimônio público.

Faz-se mister destacar, por outro lado, que a ausência de averbação da ordem de sequestro junto ao cartório imobiliário não impediu o seu aperfeiçoamento, com a lavratura do respectivo auto (10.06.1992), tampouco a produção de todos os seus efeitos jurídicos, seja porque o direito da vítima não pode ser prejudicado por falha do Poder Judiciário, seja porque a inexistência de justo título do terceiro possuidor torna inoponível a falta de publicidade do gravame.

Ademais, não foi o gravame, em si, que impediu a consumação da usucapião extraordinária, porque a referida indisponibilidade, na hipótese não prejudicou a mansidão da posse dos autores. Em verdade, a alteração da natureza do bem é que o tornou insusceptível de aquisição pelo decurso do tempo. (fl. 680, sem grifos no original)

Daí a interposição dos presentes recursos especiais, que passo a analisar, iniciando pelo recurso interposto pelos demandantes, *Silvio Josias Leite e outra*.

Os demandantes alegaram que seria cabível a aquisição da propriedade por usucapião extraordinária porque ocuparam o imóvel desde 1992, como se donos fossem, exercendo posse mansa e pacífica, para fins de moradia.

Sustentaram que somente vieram a tomar conhecimento do sequestro/confisco em 2008, ao serem notificados pelo Cartório de Registro de Imóveis, quando já teria transcorrido o prazo da usucapião extraordinária (10 anos + 2 anos), conforme regra do art. 1.238, p. u., c/c art. 2.029 do Código Civil de 2002.

Pois bem, a controvérsia diz respeito à coordenação entre os juízos cível e criminal, ou, em outros termos, à resolução de questões prejudiciais heterogêneas entre esses dois juízos.

No direito pátrio, essa coordenação se dá pelo sistema da separação relativa, em que se admite, embora sem caráter absoluto, processos paralelos, com a possibilidade de julgamentos discrepantes.

Nesse sentido, tanto o CPC quanto o CPP, possuem dispositivos legais que autorizam o juízo julgar, *incidenter tantum*, a questão prejudicial pendente em outro juízo (cf. art. 313, § 5º, do CPC/2015 e art. 93, § 1º, do CPP).

No âmbito doutrinário, merece referência a doutrina de ARAKEN DE ASSIS:

Desde o art. 68 da Lei n. 261, de 03.12.1841, o sistema de coordenação do direito brasileiro, outrora seduzido por outras soluções de política legislativa, obedece à diretriz da independência das ações civil e penal. O regime vigente considera tolerável, em tese, julgamentos discrepantes no todo ou em parte.

A proposição básica consta no art. 935, primeira parte, do CC: “A responsabilidade civil é independente da criminal”. No entanto, o julgado penal exercerá influência relativa sobre a ação reparatória, conforme revelam o art. 91, I, do CPB e o art. 935, segunda parte, do CC. Por conseguinte, jamais se controverterá o dano civil no processo-crime: ninguém pede ao juiz penal a condenação do réu a reparar tal dano, nem a resolução penal julgará, expressa e motivadamente, as repercussões civis do ilícito penal. Dispõe o lesado pelo ilícito penal, nesta contingência, da opção fundamental de propor a ação civil *ex delicto*, desde logo, conforme prevê o art. 64, caput, do CPP, ou aguardar o desfecho do processo-crime. Essas características situam o direito brasileiro no sistema da separação relativa. (**Processo civil brasileiro**, volume I [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 35)

Apesar de a independência das instâncias ser regra, os sistemas processuais civil e penal admitem exceções, em que se adota o sistema da adesão, por meio do qual uma instância simplesmente adere ao julgamento da outra.

Exemplo de adesão do juízo cível ao provimento do juízo criminal encontra-se na norma do art. 935, *in fine*, do Código Civil, que exclui da cognição do juízo cível a controvérsia acerca materialidade e da autoria do ato ilícito, “quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Exemplo da hipótese inversa é a regra que exclui da cognição do juízo criminal a controvérsia acerca do estado civil de pessoa, conforme previsto no art. 92 do Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

*Art. 92.* Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

*Parágrafo único.* Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Especificamente sobre esse enunciado normativo do CPP, confira-se a doutrina de GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ:

As questões prejudiciais sobre o estado civil das pessoas implicam a suspensão obrigatória do processo penal (CPP, art. 92, *caput*) até que elas sejam resolvidas no âmbito civil. Por outro lado, as questões prejudiciais sobre questões diversas poderão, facultativamente, implicar a suspensão do processo penal.

A razão de ser de tal distinção, em relação às demais questões prejudiciais, está na disciplina da prova penal e, em especial, na regra do art. 155, parágrafo único, do CPP, que prevê: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Se, no juízo penal, a prova quanto ao estado das pessoas somente poderá ser feita na forma em que determinar a lei civil (em regra, instrumento público, como certidão de casamento, certidão de nascimento, certidão de óbito etc.), havendo dúvida sobre questão civil, o juiz penal deverá aguardar a decisão a ser proferida em sede própria.

Para que ocorra a hipótese de suspensão obrigatória do processo penal, o art. 92, *caput*, do CPP exige que: (1) a questão prejudicial seja sobre o “estado civil das pessoas”; (2) que se trate de questão da qual dependa a existência da infração penal; (3) que a questão seja considerada pelo juiz como “séria e fundada”. (**Processo penal**. [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, item 8.2.3)

Nessa linha de entendimento, percebe-se que o sistema de coordenação entre os juízos cível e criminal admite exceções à regra da independência das instâncias.

A hipótese dos autos, a meu juízo, é uma dessas exceções, embora a legislação não tenha sido expressa a esse respeito.

O *discrimen*, que permite excepcionar a regra da independência das instâncias, é o interesse público de que se reveste o confisco.

Efetivamente, a par do interesse do lesado em obter reparação civil, existe o interesse público de subtrair do autor do ilícito penal o produto do crime ou os bens adquiridos com os proventos da infração.

Deveras, observa-se que o confisco foi previsto como efeito automático da condenação criminal (art. 91, inciso II, do CP), não dependendo de requerimento do lesado, podendo ser decretado de ofício ou a requerimento do Ministério Público (art. 127 do CPP).

Observa-se também, sob outro ângulo, que o CPP previu os embargos de terceiro instrumento de defesa do acusado e de terceiros contra essa medida constritiva real (art. 130).

Essas previsões normativas evidenciam que a finalidade da norma foi excluir da competência do juízo cível qualquer decisão sobre o destino do bem constrito.

Nesse ordem de ideias, pode-se concluir que, após decretado o confisco do bem por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado, nada resta ao juízo cível senão curvar-se ao provimento exarado pelo juízo criminal, cabendo à parte interessada insurgir-se perante aquele juízo, por meio dos embargos de terceiro.

Aplica-se então, excepcionalmente, a máxima do direito francês, mencionada por ARAKEN DE ASSIS (op. cit., item 34): *le criminal tient le civil en etat* (o juízo criminal paralisa o civil no estado em que se encontra - tradução livre).

Sobre esse ponto, GUILHERME DE SOUZA NUCCI afirma que “o juízo cível nada tem a ver com a constrição, não lhe sendo cabível interferir na disposição dos bens” (**Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 318)

Na mesma linha também parece apontar a doutrina de HÉLIO B. TORNAGHI, para quem as normas do Código de Processo Penal prevalecem sobre as do Código Civil, embora se referindo ao efeitos do dolo ou fraude praticada pelo terceiro adquirente bem objeto de constrição pelo juízo criminal.

Confira-se:

[...]: o Código Civil declara que a aquisição de má fé e a título gratuito é válida, embora anulável; que opera, realmente, o efeito de transferir a propriedade; que esta somente cessa a partir da sentença anulatória do ato aquisitivo; que só o interessado na anulação pode provocá-la; e o Código de Processo Penal dispõe que os bens imóveis adquiridos de má fé ou a título gratuito podem ser vendidos em leilão etc., mesmo sem a prévia anulação exigível pela lei civil e ainda que sem o pedido do interessado e dispensada sentença anulatória. Para salvar a incoerência é forçoso admitir que as normas do Código de Processo Penal são 'leges speciales' que derogam as 'generales' do Código Civil. Em outras palavras: em geral, as regras aplicáveis são as do Código Civil; tratando-se, porém, de imóveis adquiridos pelo acusado (ou indiciado), com os proventos da infração e depois transferidos a terceiros a título gratuito, ou sem boa fé por parte do terceiro, os bens podem, após o sequestro, ser vendidos em leilão etc., ainda que o lesado não peça a anulação da transferência ao terceiro, e sem necessidade de prévia sentença anulatória. (**Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 25 s.)

Assim, entendendo-se que o juízo cível está subordinado aos comandos da sentença proferida pelo juízo criminal, impõe-se reconhecer que a ação de usucapião deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, por perda do objeto.

Observe-se que não se controverte aqui acerca das consequências da ausência de registro do auto de sequestro na matrícula do imóvel, ou sobre a boa-fé dos possuidores.

Essas questões, após o confisco, passaram a ser da competência exclusiva do juízo criminal, não cabendo ao juízo cível decidir a respeito.

No caso dos autos, inclusive, houve embargos de terceiro perante o juízo criminal, oportunidade em que tais alegações foram expressamente rejeitadas (fls. 367/369).

Relembre-se que, nos termos do art. 130, p. u., do Código de Processo Penal, os embargos de terceiro são julgados depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Também não se controverte sobre o momento em que o imóvel seria incorporado ao patrimônio público, se na data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou na data do registro do confisco no cartório de imóveis.

Essa questão, além de se da competência do juízo criminal, deixou de ter relevância quando se considerou que o confisco, por si só, torna prejudicada a ação de usucapião.

De todo modo, *obiter dictum*, verifica-se que, no caso dos autos, o juízo criminal autorizou desde logo a alienação do imóvel, revertendo ao lesado o produto da alienação (fl. 56), não tendo determinado a incorporação do imóvel ao patrimônio da *União*.

Assim, caso bem sucedida a alienação, o imóvel passará diretamente à propriedade do arrematante, sem perder a condição de bem particular.

Destarte, o recurso especial dos possuidores não merece ser provido.

Na sequência, passo a apreciar o recurso especial interposto pelo BCB.

A controvérsia suscitada por este recorrente se limita à possibilidade de se condenar o beneficiário da gratuidade da Justiça ao pagamento dos encargos sucumbenciais.

O Tribunal de origem enfrentou essa controvérsia sob o prisma constitucional, deixando expresso, já na ementa do acórdão, que o art. 12, da Lei n. 1.060/1950 não teria sido recepcionado pela Constituição, pois contrário à garantia fundamental de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna).

O BCB, por sua vez, não interpôs recurso extraordinário.

Desse modo, permanece incólume o fundamento constitucional, suficiente por si só para a manutenção do acórdão recorrido, fazendo-se incidir o óbice da Súmula 126/STJ, abaixo transcrita:

*Súmula 126/STJ* - É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Destarte, o recurso interposto pelo BCB não merece ser conhecido.

*Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial dos demandantes e não conhecer do recurso especial do BCB.*

É o voto.

**VOTO-VISTA**

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de dois recursos especiais, interpostos pelo *Banco Central do Brasil – BACEN*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, e por *Silvio Josias Leite e outra*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

*Ação*: de usucapião extraordinário habitacional, previsto no art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002, por meio da qual *Silvio Josias Leite e outra* requerem o reconhecimento judicial de seu domínio sobre o imóvel localizado à Rua Manoel Leal, n. 75, Bairro Farol, Maceió/AL, sob a alegação de terem exercido, desde julho de 1992, a posse mansa, pacífica e ininterrupta de referido imóvel.

*Deslocamento da competência*: no decorrer do processo, foi observado o interesse do *Banco Central do Brasil – BACEN*, haja vista o imóvel em questão ter sido adquirido como proveitos de crime praticado por Tárzio Medeiros de Sena, condenado em ação penal na qual fora apurado roubo praticado em prejuízo de referida autarquia federal.

*Sentença*: julgou procedente o pedido, para declarar o domínio de *Silvio Josias Leite e outra* sobre o imóvel objeto da ação.

*Acórdão*: deu provimento ao reexame necessário e à apelação interposta pelo *Banco Central do Brasil – BACEN*.

*Embargos de declaração*: opostos pelo *Banco Central do Brasil – BACEN*, foram acolhidos sem efeitos infringentes, apenas para esclarecer que o beneficiário da justiça gratuita não pode ser condenado aos ônus da sucumbência.

*Recurso especial de Silvio Josias Leite e outra*: alegam violação ao art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002. Aduzem que o sequestro cautelar penal é medida judicial constritiva, que não tem o condão de transferir a propriedade do bem sequestrado, razão pela qual o imóvel pretendido permaneceu, até seu registro, como bem privado, sujeito à prescrição aquisitiva por eles pleiteada. Alegam que o sequestro do imóvel apenas se concretizou com seu registro na matrícula do imóvel, o qual somente foi realizado em 15.08.2008, momento em que já havia ocorrido a usucapião, que é modalidade de aquisição originária da propriedade e que independe dos ônus anteriores que existiam sobre o imóvel. Sustentam que os embargos de terceiro, opostos no processo penal, não podem ser utilizados para fins de reconhecimento da propriedade de bens. Afirmam, ademais, que requereram o reconhecimento da usucapião extraordinária, que prescinde da

boa-fé dos ocupantes, bastando do exercício da posse com *animus domini* e de forma mansa e pacífica.

*Recurso especial de Banco Central do Brasil – BACEN:* alega violação dos art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973 e 12 da Lei n. 1.060/1950, bem como dissídio jurisprudencial. Argumenta que, apesar de o recorrido ser beneficiário da justiça gratuita, é possível sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

*Voto do Relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino:* negou provimento ao recurso especial interposto por *Silvio Josias Leite e outra* e não conheceu do recurso especial do *Banco Central do Brasil – BACEN*, com substrato nos fundamentos de que: *a)* existem exceções à regra de independência entre as instâncias cível e penal, sendo a hipótese dos autos uma delas, haja vista que a natureza do confisco, como efeito automático da condenação criminal, evidencia que o juízo cível é excluído de qualquer decisão sobre o destino de bem conscrito no processo penal; *b)* após decretado o confisco por meio de sentença penal transitada em julgado, o juízo cível deve curvar-se ao provimento criminal; *c)* não se controverte sobre o momento em que o imóvel seria incorporado ao patrimônio público, pois o exame da questão seria da competência do juízo penal, além de o confisco prejudicar a ação de usucapião; *d)* no caso dos autos, o juízo penal autorizou, desde logo, a alienação do imóvel, revertendo ao lesado o produto da alienação, não sendo determinada sua incorporação ao patrimônio da União; *e)* a questão referente à possibilidade de fixação de honorários advocatícios ao beneficiário de justiça gratuita foi decidida sob viés constitucional, razão pela qual a falta de interposição de recurso extraordinário impede o conhecimento do recurso especial.

Em seguida, pedi vista para exame dos autos.

Revisados os fatos, decido.

*Do recurso especial interposto por Silvio Josias Leite e outra*

O propósito do presente recurso é determinar se bem proveito de crime de roubo praticado em prejuízo de autarquia federal, conforme reconhecido em sentença penal transitada em julgado, pode ser objeto de usucapião e, em caso afirmativo, se a aquisição da propriedade se consumou, na hipótese.

***I – Do dano causado aos sujeitos passivos pela prática de infração penal e do proveito proporcionado ao sujeito ativo***

Os tipos penais tutelam bens jurídicos, sendo o sujeito passivo ou vítima o “titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime” (JESUS, Damásio

de. **Direito penal, vol. 1: parte geral**, 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.213).

No roubo, previsto no art. 157 do CP, crime complexo, os bens jurídicos tutelados são o patrimônio, público ou privado, de um lado, e, de outro, a liberdade individual e a integridade física e a saúde, que são simultaneamente atingidos pela ação incriminada. Os sujeitos passivos são, diante disso, os titulares da propriedade ou posse do patrimônio e da integridade física violados.

Se, sob a ótica da vítima, o objeto material do crime é o prejuízo direto decorrente da infração, sob o viés do delinquente, todavia, o objeto material caracteriza-se como produto direto do crime, ou simplesmente, produto da infração, que “corresponde o resultado útil imediato da operação delinquential” (BADARÓ, Gustavo. **Lavagem de dinheiro: o conceito de produto indireto da infração penal antecedente no crime de lavagem de dinheiro**. Revista dos Tribunais. vol. 967. Caderno Especial. ano 105. p. 73-93. São Paulo: Ed. RT, maio 2016.), como, por exemplo, o dinheiro roubado.

Caso esse produto direto do crime seja transformado economicamente em outro bem, de aparência lícita, esse outro bem passa a configurar o proveito do crime, o produto indireto. No roubo, portanto, seria a transformação do dinheiro em um outro bem, como um imóvel.

Ambos, produto e proveito, no entanto, estão sujeitos ao efeito secundário da condenação previsto no art. art. 91, II, b, do CP.

## ***II – Do produto e do proveito da infração em relação aos efeitos da conduta criminosa***

O Direito Penal contém regulamentação específica e própria a respeito do modo de ressarcimento do dano sofrido pelo sujeito passivo de uma infração penal, configurando lei especial em relação às leis cíveis para o trato das questões relacionadas aos efeitos do crime.

Deveras, há regulamentação própria que vincula os produtos e proveitos do crime à compensação dos danos materiais sofridos de forma imediata pelo sujeito passivo do delito.

Com efeito, mesmo que tenham sido transferidos a terceiros, produto e proveito podem ser conscritos, consoante se infere dos arts. 120, § 2º, e 125 do CPP, e, conforme consistam em bens móveis ou imóveis, podem até ser devolvidos de imediato a seu dono.

De fato, os produtos consistentes em bens móveis podem ser apreendidos do sujeito ativo de crime ou de terceiro (art. 120, § 2º, do CPP), sendo submetidos à medida cautelar de busca e apreensão, prevista no art. 240, § 1º, *b*, do CPP, e podem ser imediatamente restituídos ao reclamante – que pode ser, inclusive, a vítima do crime –, se não houver dúvida em relação ao seu direito sobre o bem, conforme disposto no art. 120, *caput*, do CPP.

Caso existam dúvidas sobre quem seja o verdadeiro dono, a restituição dos bens móveis apreendidos dependerá de decisão judicial, a qual pode ser proferida pelo juízo criminal, conforme o § 1º do art. 120 do CPP, ou pelo juízo cível, nos termos do § 4º de referido dispositivo, mas não estará condicionada ao trânsito em julgado da ação penal.

Por outro lado, os proveitos, geralmente imóveis e alguns móveis, na forma do art. 132 do CPP, são submetidos a sequestro e somente são restituídos em caso de ser extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

De fato, “*no tocante ao proveito do delito, não cabe proceder à apreensão, pois normalmente já foi convertido em bens diversos, móveis ou imóveis, que possuem aparência de coisas de origem lícita*” (NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 521, sem destaque no original).

Os bens resultados da conversão do produto do crime em proveito da infração penal, mediante sua transformação econômica, estão sujeitos, pois, à medida de sequestro, e não podem ser, realmente, objeto de restituição imediata ao dono.

Com efeito, o sequestro assecuratório somente pode ser levantado nas hipóteses do art. 131 do CPP, quais sejam, *i*) se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias; *b*) o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução; e *c*) se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

O destino definitivo dos bens sequestrados depende, portanto, do trânsito em julgado da ação penal, por meio de sentença extintiva da punibilidade, absolutória ou condenatória, em conjugação das previsões do art. 131, III, com o art. 133 do CPP, podendo, ao final, de acordo com a conclusão do juízo penal, serem restituídos ao dono ou submetidos à alienação em leilão público.

### *III – Do efeito do sequestro penal e sua relação com o confisco*

O sequestro relaciona-se aos bens móveis e imóveis adquiridos pelo acusado com os proveitos da infração, isto é, sobre um bem litigioso, ainda que a litigiosidade tenha sido “revelada pela possibilidade de ter sido ele adquirido com proventos da infração” (PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 323). Refere-se ao efeito secundário da condenação consistente no perdimento dos proventos do crime, previsto no art. 91, II, “b”, do CP, que poderão pertencer ou estar na posse até mesmo de terceiros, estranhos ao delito.

Os efeitos do sequestro são, portanto, o de identificar o bem que pode ter sido transformado economicamente pelo sujeito ativo com o produto do crime e o de sujeitar esse bem à eficácia imediata do efeito secundário da condenação previsto no art. 91, II, *b*, do CP. O sequestro assecuratório garante, portanto, que o destino do proveito criminoso há de ser o do art. 91, II, *b*, do CP c.c. o art. 133, *caput* e parágrafo único, do CPP.

Realmente, esse efeito automático da condenação só pode incidir sobre os bens sequestrados, pois é com a sentença condenatória que haverá a declaração definitiva de que os bens objeto da constrição, que se suspeitavam terem sido proveitos do crime – ou seja, resultados da alteração econômica que lhes empresta a aparência de licitude – foram efetivamente adquiridos em decorrência do crime apurado.

Assim, tendo ocorrido o sequestro do bem proveito do crime, o efeito da condenação do art. 91, II, *b*, do CP é automático e imediato, sendo dispensável sua execução no juízo cível para que o proveito do crime seja avaliado e vendido em leilão público, conforme o art. 133 do CPP, e para que o resultado da alienação seja perdido em favor da União, ou ressarcido ao lesado e ou ao terceiro de boa-fé.

Desse modo, na circunstância de o proveito do crime não ter sido identificado como tal por meio do sequestro, a indenização do prejuízo sofrido pela vítima pela prática da infração penal terá de ser realizada no juízo cível, mediante a constrição do patrimônio, ainda que lícito, do condenado.

### *IV – Da aquisição de bem proveito ou produto de crime por terceiro*

A sentença penal condenatória tem o efeito automático de declarar que o bem foi adquirido em razão do crime ou com o proveito dele, o que deveria

impor, de forma imediata e sem participação do juízo cível, sua alienação em leilão público e a posterior perda do resultado em favor da União, salvo melhor direito de terceiro de boa-fé ou do lesado, nos termos do art. 133 do CP.

Com efeito, o terceiro que comprovar que adquiriu o bem sem saber que ele era proveniente, direta ou indiretamente, de crime – demonstrando, assim, sua boa-fé –, terá reconhecido seu direito de receber o produto de sua alienação em leilão público.

Para contribuir com a aferição da boa-fé do terceiro, o art. 128 do CPP determina ao juiz que ordene a inscrição do sequestro na matrícula do bem, o que também atende à previsão do art. 167, I, 5, da Lei de Registros Públicos, que prevê o registro das penhoras, arrestos e sequestros no registro de imóveis.

O registro do sequestro é requisito de eficácia *erga omnes* de referida medida cautelar e tem como consequência a possibilidade de sua oponibilidade a terceiros, além de garantia de que a transmissão da propriedade efetuada a partir desse momento contará com a presunção de má-fé.

Desse modo, a falta de registro do sequestro possibilita a aquisição de boa-fé de bem sequestrado pelo terceiro, ante a falta de presunção absoluta, *iuris et de iure*, da ciência sobre a probabilidade de o bem ter sido adquirido de forma ilícita, como produto ou proveito de crime.

Para que tenha direito a receber o produto da alienação de bem sequestrado, a aquisição do bem pelo terceiro tem, portanto, de se aperfeiçoar até o registro da referida medida cautelar na matrícula do imóvel ou até o trânsito em julgado da sentença condenatória, momentos a partir dos quais cessa a possibilidade de essa aquisição se dar de boa-fé.

#### ***V – Da intersecção entre o Direito Civil e o Direito Penal***

Quanto os proveitos do crime, os art. 130, II, c.c. 133, parágrafo único, ambos do CPP, parecem indicar que o terceiro não tem direito ao bem em si, mas somente ao produto da alienação do bem em leilão público e se comprovar que o adquiriu onerosamente e de boa-fé.

Ocorre, no entanto, que referidos dispositivos do CPP se referem à aquisição da propriedade do bem de forma derivada, isto é, àquela que depende da relação jurídica entre o adquirente e o anterior proprietário do bem.

A usucapião, contudo, é modo originário da aquisição da propriedade, razão pela qual não depende de qualquer relação jurídica com o anterior proprietário.

A conjugação sistemática dos institutos do confisco e da usucapião há de resultar na conclusão de que o terceiro pode se tornar o legítimo proprietário do bem proveito de um crime por meio da prescrição aquisitiva, mas o direito a essa aquisição originária deve se tornar perfeito até o registro do sequestro do imóvel ou, se o sequestro nem chega a ser registrado, até a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O registro do sequestro interrompe o curso do prazo de aquisição da propriedade por meio da usucapião, por se tratar de atitude que é oponível *erga omnes* e que configura, pois, oposição à posse exercida por qualquer pessoa que detenha o bem e que seja estranha à prática do crime.

De fato, a oponibilidade *erga omnes* do registro do sequestro afasta a possibilidade de a posse ser ou estar sendo exercida *ad usucapionem*, pois essa posse não pode ter sido “contestada pelo proprietário da coisa, a qualquer título, judicial ou extrajudicialmente, durante o decurso do prazo prescricional” (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pág. 530).

O trânsito em julgado da condenação penal, de igual maneira, interrompe o prazo da usucapião, pois, a partir de então, cessa a pretensão do antigo proprietário de opor-se à posse de terceiro sobre o bem proveito de crime.

Realmente, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, portanto, nasce a pretensão da União ou da vítima de exercitarem o direito previsto no art. 91, II, *b*, do CP, de obterem a perda do bem ou o ressarcimento do dano sofrido com a prática do crime.

De fato, a aquisição da propriedade pela usucapião se exerce em face de alguém específico que detenha a pretensão de resguardar seu direito de propriedade sobre o bem ocupado pelo usucapiente e depende, efetivamente, da “inércia do titular diante da lesão de seu direito subjetivo no decurso do tempo” (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pág. 546).

A situação examinada é hoje versada no art. 200 do CC/2002, e representa a aplicação do princípio da *actio nata*, segundo o qual “a prescrição se inicia ao mesmo tempo que nasce uma pretensão exigível daquele que teve um direito violado, ou seja, no momento em que a pessoa tenha meios para exercer

um direito contra quem assuma situação contrária” (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Vol. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pág. 380).

Realmente, a jurisprudência desta Corte adota a orientação de que a prescrição aquisitiva depende da inércia do titular do direito, ao asseverar que “a prescrição aquisitiva [...] faz com que um determinado direito seja adquirido pela inércia e pelo lapso temporal, sendo também chamada de usucapião” (REsp 1.106.809/RS, Quarta Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 27.04.2015).

Diante dessas constatações, se o registro do sequestro representa a oposição à posse exercida por quem quer que seja, inviabilizando a posse *ad usucapionem*, a sentença condenatória determina, de forma definitiva, o surgimento da pretensão de terceiro, seja a União, ou a vítima do crime, reiniciando o prazo da prescrição aquisitiva.

***VI – Da impossibilidade de curso do prazo prescricional após a sentença penal condenatória nos delitos em que o ofendido é a Fazenda Pública***

A partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nasce a pretensão da União ou do lesado de levarem o bem sequestrado a leilão público, o que pode decorrer de atitude de ofício do juiz ou de requerimento do interessado, conforme o art. 133 do CPP.

Todavia, quanto o crime é praticado em detrimento dos interesses da Fazenda Pública, existe previsão expressa do Decreto-Lei n. 3.240/1941, em seu art. 8º, de que “transitada em julgado, a sentença condenatória importa a perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens que forem produto, ou adquiridos com o produto do crime, ressalvado o direito de terceiro de boa fé”.

Ressalte-se que essa legislação, conquanto antiga, ainda tem sua aplicabilidade reconhecida, conforme se infere dos julgados proferidos por esta Corte que consignam que “o Decreto-Lei n. 3.240/1941 não foi revogado pelo Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública” (AgRg no REsp 1.530.872/BA, Sexta Turma, DJe 17.08.2015).

Desse modo, quanto a vítima é a Fazenda Pública, a destinação do proveito do crime é o Tesouro Nacional e, apenas excepcionalmente, o terceiro de boa-fé

que comprove possuir melhor direito sobre o bem. Por essa razão, ainda que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória não tenha de ser registrado na matrícula do imóvel proveito de crime, é certo que, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, referido bem é transladado ao domínio público por força de lei.

Em decorrência desta constatação, atrai-se a incidência dos arts. 102 do CC/2002, 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da CF/1988, que gravam os bens públicos com a característica da imprescritibilidade.

O prazo para a usucapião, portanto, quando a Fazenda Pública é vítima, não inicia novo curso com a sentença penal condenatória.

### *VII – Da hipótese concreta*

Conforme consta da moldura fática do acórdão recorrido, os recorrentes iniciaram sua posse sobre o imóvel em questão em julho de 1992, o sequestro assecuratório penal, aperfeiçoado em 10.06.1992, não foi registrado no registro de imóveis até o ano de 2008, mas a sentença penal condenatória transitou em julgado em 29.09.1997.

O prazo da usucapião extraordinária era de 20 anos, conforme o art. 550 do CC/1916, vigente no momento em que se iniciou a posse sobre o bem questionado. Assim, como o sequestro do bem não foi registrado na matrícula do imóvel antes do ano de 2008, a data do trânsito em julgado da sentença condenatória é o primeiro marco interruptivo do prazo para a aquisição por usucapião.

Dessa forma, verifica-se que, em 29.09.1997, data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, os recorrentes não haviam exercido a posse qualificada por prazo suficiente à aquisição da propriedade pela usucapião.

A partir do trânsito em julgado da sentença, o bem passou, de forma definitiva, ao domínio da Fazenda Pública, razão pela qual, apesar de os recorrentes terem permanecido na posse do imóvel, não se iniciou novo curso do prazo da prescrição aquisitiva, por se tratar, desde então, de bem imprescritível.

Assim, como a usucapião não se consumou até o trânsito em julgado da sentença condenatória penal, não há de ser reconhecido o direito de propriedade dos recorrentes.

### **VIII – Conclusão**

Forte nessas razões, concordando com o voto do eminente relator, mas por fundamentos diversos, nego provimento ao recurso especial interposto por *Silvio Josias Leite e outra*.

---

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.550.166-DF (2015/0204694-8)**

---

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: A F F

Recorrido: L E DE S

Advogado: Defensoria Pública do Distrito Federal

---

### **EMENTA**

Recurso especial. Pedido de suprimento judicial de autorização paterna para que a mãe possa retornar ao seu País de origem (Bolívia) com o seu filho, realizado no bojo de medida protetiva prevista na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). 1. Competência híbrida e cumulativa (criminal e civil) do Juizado Especializado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ação civil advinda do constrangimento físico e moral suportado pela mulher no âmbito familiar e doméstico. 2. Discussão quanto ao melhor interesse da criança. Causa de pedir fundada, no caso, diretamente, na violência doméstica sofrida pela genitora. Competência do Juizado Especializado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher 3. Recurso especial provido.

1. O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar.

1.1. A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

1.2. Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, assim, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas.

2. Em atenção à funcionalidade do sistema jurisdicional, a lei tem por propósito centralizar no Juízo Especializado de Violência Doméstica Contra a Mulher todas as ações criminais e civis que tenham por fundamento a violência doméstica contra a mulher, a fim de lhe conferir as melhores condições cognitivas para deliberar sobre todas as situações jurídicas daí decorrentes, inclusive, eventualmente, a dos filhos menores do casal, com esteio, nesse caso, nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e demais regras protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 É direito da criança e do adolescente desenvolver-se em um ambiente familiar saudável e de respeito mútuo de todos os seus integrantes. A não observância desse direito, em tese, a coloca em risco, se não físico, psicológico, apto a comprometer, sensivelmente, seu desenvolvimento. Eventual exposição da criança à situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma

importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infante. No contexto de violência doméstica contra a mulher, é o juízo da correlata Vara Especializada que detém, inarredavelmente, os melhores subsídios cognitivos para preservar e garantir os prevalentes interesses da criança, em meio à relação conflituosa de seus pais.

3. Na espécie, a pretensão da genitora de retornar ao seu país de origem, com o filho — que pressupõe suprimimento judicial da autorização paterna e a concessão de guarda unilateral à genitora, segundo o Juízo *a quo* — deu-se em plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida.

4. Recurso Especial provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 18.12.2017

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: A. F. F. interpõe recurso especial, fundado na alínea “a”, do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Subjaz ao presente recurso especial “requerimento de medidas protetivas” efetuado, em 4.9.2014, por A. F. F., de nacionalidade boliviana, na ocasião com

20 anos de idade, contra seu companheiro L. E. de S., de 26 anos de idade, sob a alegação de que fora injuriada e agredida fisicamente pelo requerido. Ao registrar a ocorrência, a requerente foi encaminhada para acolhimento na Casa Abrigo, onde se encontra na companhia do filho (do casal) de menos de um ano de idade. As medidas protetivas requeridas consistem na proibição da aproximação da ofendida, de seus familiares, com fixação de uma distância mínima entre estes e o agressor; e proibição de contato com a ofendida, seus familiares, por qualquer meio de comunicação (e-STJ, fls. 16-22).

Designada a Audiência de Justificação Prévia, em conformidade com a interpretação do art. 19, § 1º, da Lei n. 11.340/2006 c/c art. 201 do Código de Processo Penal, as partes foram ouvidas. Na ocasião, a vítima, após reiterar os fatos noticiados no boletim de ocorrência e informar que não pretende se reconciliar com o ofensor ou com ele voltar a conviver, requereu autorização para viajar para a Bolívia levando consigo o filho menor, então com nove meses, onde possuiu o apoio de sua família. O ofensor, por sua vez, mostrou-se contrário à pretensão, fazendo menção de que a mãe da vítima teria envolvimento com tráfico de drogas (e-STJ, fls. 52-54).

Às fls. 56-60 (e-STJ), foi acostado laudo de exame psicossocial, cuja conclusão deu-se nos seguintes termos:

[...] A partir do relato de Adriana, podemos observar que ela se encontrava em contexto de violência doméstica.

Desta forma, em razão do relacionamento não saudável com o companheiro, da inexistência de rede de apoio familiar no Brasil, e como projeto de recomeço e superação da violência, Adriana reforça a pretensão de retornar com o filho para seu país de origem.

Às fls. 75-75 (e-STJ), consta o relatório de acolhimento da equipe de apoio, com as seguintes considerações finais:

[...] A partir do procedimento realizado, observou-se que a situação de violência só fora cessada com o abrigamento de Adriana na Casa de Abrigo; e, nesse sentido não há indícios de que a integridade de Adriana esteja ameaçada. Entretanto, Adriana demonstrara intenso sofrimento advindo das situações de violência vivenciadas ao longo do relacionamento. Ademais, a partir de sua fala, fora possível identificar que ela sente muito medo de um possível reencontro com Lucas, por temer que ele volte a cometer as mesmas violências praticadas anteriormente. Como fator de risco podemos elencar o isolamento social sofrido por Adriana durante todo o período que esteve na companhia de Lucas. Tendo

em vista que ele a impedia de construir qualquer vínculo de amizade. Além disso, ela não podia sair de casa sozinha. E, ainda, Lucas viajava [sic] e controlava até mesmo o contato que ela fazia com sua família na Bolívia por meio eletrônico. [...]. Adriana destacara temer que a convivência entre filho e pai pudesse tornar o filho uma pessoa agressiva; porém dissera entender que Lucas tenha o direito de exercer a paternidade do filho, esclarecendo que aceitará que eles mantenham contato futuro, porém de forma assistida. Adriana foi esclarecida sobre o serviço oferecido pelo Núcleo de Atendimento à Família e aos Autores de Violência Doméstica (NAFAVD). No entanto, como pretende voltar a residir na Bolívia, a orientamos que realizasse acompanhamento psicológico naquele país; tendo assegurado que o faria, tão logo retorne, considerando seu estado emocional.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios manifestou-se favoravelmente ao pedido de autorização para A. F. F. viajar com seu filho para a Bolívia. Pela relevância, transcreve-se a fundamentação ali posta:

Da análise dos autos, há de se concluir que o pedido de autorização formulado pela Defensoria Pública merece ser acolhido.

Isso porque há fortes indícios de que a vítima sofreu violência física e psicológica por parte de seu companheiro, circunstância essa que culminou com seu encaminhamento - juntamente com o filho - para a Casa Abrigo, onde está hospedada desde 5 de setembro de 2014.

A permanência no Brasil configura fator de risco para a vítima, em razão de ela não contar, no Brasil, com qualquer rede de apoio familiar, dando azo ao isolamento social.

Além disso, a autorização para viajar com o seu filho, de tenra idade, atende aos melhores interesses da criança, que está sendo amamentada e muito bem cuidada pela mãe.

Registra-se, por oportuno, que tal autorização não visa suprimir os direitos do pai, que poderá ingressar com o pedido de regulamentação de visitas a qualquer tempo perante o Juízo competente. E nesse ponto, cumpre destacar que a própria vítima reconhece o direito de Lucas exercer a paternidade, esclarecendo que aceitará que eles mantenham contato futuro, de forma assistida. (e-STJ, fls. 62-66)

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Riacho Fundo/DF deferiu a “posse e guarda do menor L. A. F. de S., nascido em 30.11.2013, à sua genitora Adriana Fondora Fernandez, bem como o pedido de suprimimento do consentimento paterno; e autorizou a requerente A. F. F. a viajar para o exterior com seu filho L. A. F. de S. Para tanto, teceu a seguinte fundamentação:

[...] Desta forma, a situação da vítima é bastante delicada, porque não pode permanecer indefinidamente na Casa Abrigo e não tem nenhum outro local para ficar quando sair de lá.

O presente pedido cuida-se, na verdade, de requerimento de suprimento de consentimento paterno, pois o requerido já se manifestou, em audiência, ser contrário à viagem da vítima com o filho menor, argumentando que a mãe da vítima é envolvida com o tráfico de drogas, porém, não há nenhuma comprovação nos autos de que o menor estaria em risco ou que não teria suas necessidades atendidas na companhia da vítima e da família dela.

Decorre do presente pedido a apreciação da guarda em favor ou não da mãe.

Segundo dispõe o parágrafo segundo do art. 1.583 do Código Civil, deverá exercer a guarda do menor aquele que revele melhores condições para beneficiar o filho.

Não há dúvida de que, no caso presente, considerando a tenra idade da criança e o que consta do relatório psicossocial de fls. 43/45, a vítima é a pessoa que reúne as melhores condições para ser a guardiã da criança.

Por outro lado, o ofensor, ao ir até à Bolívia e trazer a requerente para o Brasil, deveria saber que, a qualquer momento, não dando certo o relacionamento, a vítima iria retornar para seu país de origem, uma vez que é o único local onde tem condições de viver dignamente, porque lá tem a família e não possui impedimentos para trabalhar e se desenvolver, como os que tem aqui no Brasil, uma vez que não tem nenhum vínculo formal no Brasil.

Está claro que não há como impedir a vítima de regressar ao seu país, bem como de levar seu filho consigo, pois isto representa a melhor solução para a criança. Apesar da medida de autorização de suprimento de consentimento ser uma medida drástica, está razoavelmente resguardado o direito do pai, ora ofensor, na medida em que consta certidão nos autos com o endereço onde a criança irá morar com a mãe, sendo que o requerido, ao que consta, já conhece e já foi até esse local, de onde trouxe a vítima para residir no Brasil. (e-STJ, fls. 79-81)

Em contrariedade ao *decisum*, L. E. de S., também representado pela Defensoria Pública, interpôs agravo de instrumento, em que argumentou, em suma, que, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é absolutamente incompetente para suprir a vontade paterna e autorizar viagem internacional de seu filho, cuja mãe, supostamente, é vítima de violência doméstica. Asseverou que, nos termos do art. 82, 83, II, 85 e 148, IV, parágrafo único, alíneas *b* e *d*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência para tal pretensão é do Juízo da Vara da Infância e Juventude. No mérito, alegou que a decisão agravada não atende aos melhores interesses da criança, pois “o rompimento do laço familiar com o agravante é definitivo, haja vista que ele não

tem condições financeiras para visitar o filho na Bolívia”, sendo que a “cessação do laço familiar de forma abrupta e definitiva, não condiz com os princípios acima mencionados, já que, inevitavelmente, causará sofrimento à criança e prejuízo ao seu desenvolvimento emocional. (e-STJ, fls. 2-13).

O Desembargador Relator, em novembro de 2014, conferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento “para determinar o sobrestamento do trânsito da ação principal na origem no tocante às questões resolvidas pela decisão agravada e devolvidas a reexame — guarda do filho dos litigantes e suprimimento de outorga paterna para viagem do infante ao exterior em companhia da mãe — até o julgamento deste agravo, ressalvado o trânsito do procedimento quanto às demais medidas que lhe são inerentes” (e-STJ, fls. 103-114).

O Tribunal de origem, por maioria de votos, conferiu provimento ao agravo de instrumento, para, ratificando a tutela recursal inicialmente deferida, reconhecer a incompetência absoluta do Juizado Especializado em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para decidir sobre guarda unilateral do filho menor dos litigantes e suprimimento judicial de autorização paterna para o infante viajar para o exterior, tornando nula a correspondente decisão. O aresto recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil. Medidas protetivas. Objeto. Guarda unilateral de filho menor de casal em conflito e suprimimento de autorização paterna para viagem do infante ao exterior em companhia da mãe. Matérias estranhas às inseridas na jurisdição conferida ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340/09), arts. 13, 14, 23 e 24). Matérias reservadas à jurisdição da Vara da Infância e Juventude e ao Juízo de Família. Nulidade absoluta. Afirmação. Cassação. Natureza das questões resolvidas. Recurso. Agravo. Competência. Turma Cível.

1. A competência conferida ao Juizado Especial de Violência Doméstica fora definida sob o critério *ex rationae materiae*, alcançando tanto as ações de natureza cível como as de natureza penal que decorram da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, assim compreendidas qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (Lei n. 11.340/2006, arts. 5º, 13 e 14).

2. Conquanto deflagrado procedimento que tem como objeto concessão de medidas protetivas a mulher vítima de violência doméstica sob a ótica da subsistência de fatos tipificados como crime, a subsistência de decisões de

natureza cível advindas no trânsito do processo do Juizado Especializado em Violência Doméstica e Familiar, pois tiveram como objeto a definição da guarda do filho do casal em conflito e autorização para viagem ao exterior em companhia da mãe, atraem o manejo de agravo de instrumento e a competência da Turma Cível para conhecer e elucidar o inconformismo diante da jurisdição reservada ao órgão.

3. A definição da guarda do filho do casal em conflito e, outrossim, a concessão de autorização para que o infante viaje ao exterior sem a companhia paterna não se inscrevem dentre as medidas protetivas reservadas ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, extrapolando, ao invés, a jurisdição cível que lhe fora confiada pelo legislador Especial (Lei n. 11.340/09, arts. 23 e 24), pois encartam matérias confiadas explicitamente à jurisdição dos Juizados de Família e da Infância e Juventude (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, art. 27, letra "c"; ECA - Lei n. 11.697/08 -, artigos 98, inciso II, e 148, parágrafo único, alínea "a"), resultando dessa apreensão a constatação de que a decisão originária do juizado especializado versando sobre matérias estranhas à jurisdição que ostenta padece de nulidade insanável, pois desguardada da gênese da prestação jurisdicional, que é a competência.

4. A afirmação da incompetência absoluta, nos termos do artigo 113, § 2º do Código de Processo Civil, importa na nulidade de todos os atos decisórios praticados pelo juiz absolutamente incompetente, efeito que se opera automaticamente *ipso iure*, decorrente dessa compreensão do princípio de direito processual que encerra a competência sobre a competência para declarar sua própria incompetência como último ato de sua jurisdição, ensejando que não pode, para além do postulado, praticar outros atos decisórios.

5. Afirmada a incompetência absoluta do juízo, resultando na declinação da jurisdição em favor do juízo municiado de competência para processar e julgar a ação, a cassação dos atos decisórios que precederam a declaração de incompetência se opera automaticamente, não se admitindo que sejam preservados, sob essa moldura, os efeitos de decisão proferida pela autoridade desguarnecida de poder judicial para resolver o pedido de forma definitiva, quem dirá, pois, de forma antecipada.

6. Agravo conhecido e provido. Unânime.

Nas razões do presente recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, Adriana Fondora Fernandez aponta violação dos arts. 2º, 13, 14, 19, 23 e 40 da Lei n. 11.340/2006.

Sustenta, em síntese, que, segundo a própria Lei 'Maria da Penha', todas as ações cíveis e criminais, nas quais figurem como partes a vítima e o agressor, devem tramitar perante a Vara Especializada de Violência Doméstica, considerando o caráter híbrido da referida lei, em que visa precipuamente a proteção integral à mulher (e-STJ, fls. 179-189)

A parte adversa apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 200-207).

O representante do Ministério Público Federal ofertou parecer pelo provimento da insurgência recursal (e-STJ, fls. 120-123).

A Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deu seguimento ao apelo nobre (e-STJ, fls. 209-212), ascendendo a esta Corte de Justiça.

O feito foi inicialmente distribuído para um dos integrantes da Sexta Turma do STJ. Em decisão datada de 31 de julho de 2017, o Ministro Rogério Schietti Cruz determinou a redistribuição do processo a Ministro integrante da Segunda Seção, o que se efetivou em 8.10.2017 (e-STJ, fl. 237).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Debate-se no presente recurso especial sobre o Juízo competente para conhecer e julgar pedido incidental de suprimento judicial de autorização paterna para que o filho viaje, com a genitora, para o exterior e/ou guarda unilateral do filho — se da Vara da Criança e da Juventude ou se da Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher —, expandido no bojo de Medida Protetiva prevista na Lei n. 11.340/2006 perante a Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Como se constata, o ponto nodal da controvérsia está em saber se a Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher tem competência para decidir sobre pedido que se relaciona direta ou indiretamente a interesses e direitos de criança, efetuado em meio à situação de violência doméstica em que a genitora se encontra submetida.

A primeira observação que se afigura relevante — ainda que elementar — é a de que, em se tratando de questão afeta a interesse e a direito da criança, seu deslinde, necessariamente, há de observar os princípios da proteção integral e do melhor interesse do infante, entre outros, estipulados no Estatuto da Criança e do Adolescente, e demais regras protetivas ali previstas, independentemente do Juízo competente para dela conhecer. Afinal, é possível, a depender da Lei de Organização Judiciária de cada Estado, que, em determinada Comarca, não se encontre instaurada Vara Especializada da Infância e da Juventude ou mesmo

da Violência Doméstica Contra a Mulher, o que, por óbvio, não inviabiliza a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco da Lei n. 11.340/2006.

Oportuno relembrar, no ponto, na esteira do que já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19, que a Lei n. 11.340/2006, ao facultar a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, com competência cumulativa das ações cíveis e criminais advindas da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, “*ante a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria*”, de modo algum imiscuiu-se na competência do Estados para disciplinar as respectivas normas de organização judiciária, mas, ao contrário, cuidou de tema de caráter eminentemente nacional.

Pela relevância da matéria, transcreve-se excerto do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 33 da Lei n. 11.340/2006, deixou assente:

[...]

Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição da República, incumbe privativamente à União a disciplina do direito processual, sendo o tema “competência” notadamente afeto à matéria. A atribuição dos Estados atinente à respectiva organização judiciária não afasta a prerrogativa da União de estabelecer regras sobre processo e, em consequência, editar normas que acabam por influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais.

Assim, observa-se a existência das normas gerais relativas à competência nos próprios Códigos de Processo Civil e Penal e na Lei n. 9.099, de 1995, na qual são especificadas as atribuições dos juizados especiais cíveis e criminais. Importa mencionar, mais, a Lei de Falências. Segundo esse diploma, cabe ao juiz criminal do lugar onde decretada a falência a exclusividade para julgar os crimes nela previstos. O artigo 9º da Lei n. 9.278, de 1996, revela que “toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família”.

Por meio do artigo 33 da Lei Maria da Penha, não se criam varas judiciais, não se definem limites de comarcas e não se estabelece o número de magistrados a serem alocados aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, temas evidentemente concernentes às peculiaridades e às circunstâncias locais. *No preceito, apenas se faculta a criação desses juizados e se atribui ao juízo da vara criminal a competência cumulativa das ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, ante a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria.* O

*tema é, inevitavelmente, de caráter nacional, ante os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e a ordem objetiva de valores instituída pela Carta da República. [...] (ADC 19, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.02.2012, Acórdão Eletrônico DJe-080 divulg 28.04.2014 public 29.04.2014)*

Portanto, a competência dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – cuja criação restou facultada aos Estados – foi devidamente definida pela Lei n. 11.340/2006, devendo a Lei de Organização Judiciária dos Estados, caso venha a instituí-los, a ela se amoldar.

Nesses termos, o art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preceitua a competência híbrida (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, *para o julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

O dispositivo legal em comento assim dispõe:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Constata-se, a partir da literalidade do artigo acima transcrito, que o legislador, ao estabelecer a competência cível da Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher, não especificou quais seriam as ações que deveriam ali tramitar. *De modo bem abrangente, preconizou a competência desse “Juizado” para as ações de natureza civil que tenham por causa de pedir, necessariamente, a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

Efetivamente, no âmbito da doutrina especializada, controverte-se sobre a abrangência da competência civil da Vara Especializada, se ficaria restrita às medidas protetivas (e, naturalmente, à execução de seus julgados), devidamente explicitadas na Lei n. 11.340/2006 (especificamente as previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil), ou se, além das mencionadas providências judiciais de urgência, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher também conheceria das ações principais inseridas no espectro do Direito de Família (separação judicial, divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável, alimentos, guarda dos filhos, etc).

Para a vertente restritiva, em que se propugna a competência cível da Vara Especializada apenas para o julgamento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006, não teria sido o propósito do legislador de superdimensionar a competência desses Juizados em relação às ações de índole familiar, devendo-se, pois, observar, necessariamente, as regras de Organização Judiciária local.

A propósito, destaca-se:

[...] Impõe-se, por conseguinte, investigar qual o juízo competente para as ações principais de índole familiar. Fundamental, para este desiderato, é analisar as normas de organização judiciária, compreendendo-se nestas as leis e também as resoluções dos Tribunais de Justiça. Caso referidas normas tenha instituído os JVCM, insta distinguir: a) se forem enumeradas expressamente determinadas ações de Direito de Família na esfera de sua competência, o juizado será competente em razão da matéria para estas demandas; b) se não houver lista expressa de competências, ou for prevista genericamente a competência do Juizado para as “causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher”, parece-nos que as Varas de Família ou Cíveis comuns continuarão competentes para as ações em comento, seja por força do princípio da especialidade, pois sua competência continuará explícita para tais causas, seja porque o legislador federal não pode modificar a organização judiciária local [...]. É recomendável que os Tribunais de Justiça, ao instituírem os JVCM, não relacionem na competência destes as ações de família aqui tratadas. Não foi a intenção da Lei n. 11.340/2006 conferir estas causas ao JVCM. Caso contrário, teria arrolado de modo expresso, ainda que exemplificativamente, algumas ações de conhecimento em sua esfera de competência, mas não o fez, restringindo-se a um rol de cautelares, necessárias para a proteção emergencial da mulher em quadro de violência doméstica e familiar e apropriadas, por isso mesmo, para a concepção que informa esse juizado. É imperioso ponderar que, superdimensionada a competência dos JVCM com as causas familiares supracitadas, haverá uma sobrecarga de processo e trabalho nesses juizados, comprometendo sua tão almejada e necessária celeridade, em prejuízo justamente da mulher vitimada pela violência. Em contrapartida, esvaziada restará a competência das Varas da Família. Em arremate, o ideal é que se reconheça aos JVCM apenas atribuição para as medidas protetivas de urgência, permanecendo as causas de família, a elas correspondentes, na esfera de competência das Varas de Família ou Cíveis (Moreira Filho, Irênio da Silva. Vara da Família e juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Análise acerca de eventual competência concorrente e sua repercussão sobre outras questões processuais atinentes. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11916>>. Nesse sentido, ainda: Lima, Fausto Rodrigues. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Organizadora Carmen Hein de Campos. Editora Lumen Juris. 2011. Rio de Janeiro. p. 273-274.

De modo diverso, cita-se corrente doutrinária que, em atenção à estrita disposição legal, reconhece a competência cível da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para todas as ações de cunho civil que ostente como causa de pedir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, conferindo-se ao magistrado melhores subsídios para julgar a questão e, por conseguinte, à mulher, vítima de violência doméstica, maior proteção.

A propósito:

*[...] Foi delegado aos JVDfMs competência para o processo, julgamento e execução das ações cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14). Unem-se as competências em um só magistrado. A previsão de um juizado com competência tão ampla reforça a ideia central da Lei de proteção integral à mulher vítima de violência, facilitando seu acesso à justiça e permitindo que o mesmo julgador tome ciência de todas as questões envolvendo o conflito a ação penal, a separação de corpos, a fixação de alimentos etc. Para garantir efetividade à Lei, no âmbito da solução judicial dos conflitos, é preciso afastar a tradicional visão fracionada do direito que divide e limita competências. No mesmo processo torna-se viável punir o agressor, na órbita criminal, tomando-se medidas de natureza civil. [...] A competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é para o processo, o julgamento e a execução não só das medidas protetivas, mas também das ações criminais. [...] Igualmente as ações cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que tenham por fundamento a ocorrência de violência doméstica serão julgadas nos JVDfMs. A depender da natureza da ação, dispõe a autora de foro privilegiado. Para que as demandas cíveis sejam apreciadas nos JVDfMs, basta que a causa de pedir seja a prática de ato que configure violência doméstica. Não é necessário que tenha havido registro de ocorrência, pedido de medidas protetivas, desencadeamento de inquérito policial ou instauração da ação penal para garantir a competência destes juizados especializados (Dias, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 184-185)*

Esses Juizados possuem competência tanto criminal quanto cível [...]. A opção por criar um Juizado com uma gama de competências tão ampla está vinculada a idéia de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar, de forma a facilitar o acesso dela à Justiça, bem como possibilitar que o juiz da causa tenha uma visão integral de todos os aspectos que envolvem, evitando adotar medidas contraditórias entre si, como ocorre no sistema tradicional, onde a adoção de medidas criminais contra o agressor são da competência do Juiz criminal, enquanto que aquelas inerentes ao vínculo conjugal são da competência, em regra, do Juiz de Família. A legislação brasileira fez uma opção similar à do legislador espanhol, onde *los Julgados de Violencia sobre la Mujer*,

além de competência penal, que é a principal, tem uma ampla competência de natureza cível, conforme dispõe o art. 44 da Lei Orgânica 1, de 28.12.2004 (Souza, Sérgio Ricardo. Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher. 2ª Edição. Curitiba. Editora Juruá. 2008. p. 95-96).

Assim contrapostos os argumentos que subsidiam os posicionamentos acima destacados, tem-se que a melhor exegese, para a correta definição da competência cível dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, está no equilíbrio de tais entendimentos, para melhor atendimento aos propósitos da Lei n. 11.340/2006.

A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

Assim, para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a causa de pedir da correlata ação consista justamente na prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, *não se limitando, assim, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil.*

Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas. Ressalta-se, inclusive, que a competência para conhecer e julgar determinada ação resta instaurada por ocasião de seu ajuizamento, afigurando-se desinfluyente, para tanto, superveniente alteração fática.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, sem considerar que os pedidos efetivados no bojo da medida protetiva encontram-se, todos, lastreados na violência doméstica a que a requerente alegadamente se encontrava submetida, chega a fazer, em sua fundamentação, uma verdadeira tripartição de competências, compreendendo que: *i)* o pedido de suprimento da autorização

paterna para viagem de menor ao exterior seria da competência do Juízo da Vara da Infância e Juventude, com esteio no art. 98, II, e 148, parágrafo único, alínea *a* do Estatuto da Criança e do Adolescente; *ii*) a questão referente à guarda do menor, que não se encontraria em situação de risco — a despeito da situação de violência a que a sua genitora supostamente se encontraria submetida —, deveria ser dirimida pelo Juízo da Família; e, *iii*) somente as medidas protetivas de urgência à ofendida, previstas no art. 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006, é que seriam afetas à competência da Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher.

É o que, claramente, se extrai do seguinte excerto do acórdão recorrido:

[...] Com efeito, afigura-se revestida de lastro a preliminar içada pelo agravante na peça de interposição, precisamente quanto à incompetência absoluta do juízo de origem para processar e julgar as pretensões que resolvera, pois encartam a definição de guarda do filho menor dos litigantes e o suprimento da outorga do agravante para que o filho viaje ao exterior em companhia da mãe. *É que a matéria atinente ao suprimento da autorização paterna para viagem de menor ao exterior não está afeta à competência dos Juizados de Violência Doméstica, mas ao Juízo da Vara da Infância e Juventude, ante ao que dispõe o artigo 98, inciso I, e artigo 148, parágrafo único, alínea "a" do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*A seu turno, a questão envolvendo a guarda do menor cuja guarda deve ser dirimida pelo Juízo de Família, notadamente após prévio contraditório e dilação probatória. Isso porque, no caso, em não se verificando indícios de que o infante se encontre em situação especial de risco, nos termos do artigo 98, inciso II, e artigo 148, parágrafo único, alínea 'a' do aludido diploma legal, a questão envolvendo a guarda do menor está inserida na jurisdição reservada ao Juízo da Família, consoante previsão expressa do art. 27, letra 'c', da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei n. 11.697/08). Ora, a despeito do conflito estabelecido entre os genitores, estão presentes e são aptos a exercitarem, ambos, os atributos e deveres inerentes ao poder familiar, ilidindo a subsistência de situação jurídica de risco afetando o infante.*

[...]

Firmados esses parâmetros, deve ser frisado, ademais, que as medidas postuladas e deferidas pelo juízo especializado não estão compreendidas pela competência cível que lhe fora reservada pela lei especial. *Consoante dispõem os artigos 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006, dentre as medidas de urgência destinadas a assegurar e proteger o direito da vítima não se inserem o suprimento da outorga paterna para que o filho viaje ao exterior na companhia exclusiva da mãe, tampouco a alteração ou definição da guarda do filho menor do casal em conflito, como se infere do regrado por aludidos preceptivos legais.*

Tal compreensão, em contrariedade à própria funcionalidade do sistema jurisdicional, ignora o propósito da lei de centralizar no Juízo Especializado

de Violência Doméstica Contra a Mulher todas as ações criminais e civis que tenham por fundamento a violência doméstica contra a mulher, a fim de lhe conferir as melhores condições cognitivas para deliberar sobre todas as situações jurídicas daí decorrentes, inclusive, eventualmente, a dos filhos menores do casal, com esteio, nesse caso, nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e demais regras protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A evidenciar o desacerto da compreensão exarada na origem, o Tribunal de origem, para justificar a competência da Vara da Família para conhecer a questão da guarda da criança, suscitada incidentalmente, afirmou que, a despeito da situação de violência a que a sua genitora supostamente se encontraria submetida, a criança não estaria em situação de risco. Ora, é direito da criança e do adolescente desenvolver-se em um ambiente familiar saudável e de respeito mútuo de todos os seus integrantes. A não observância desse direito, em tese, a coloca em risco, se não físico, psicológico, apto a comprometer, sensivelmente, seu desenvolvimento. Eventual exposição da criança a situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infante.

No contexto de violência doméstica contra a mulher, portanto, é o juízo da correlata Vara Especializada que detém, inarredavelmente, os melhores subsídios cognitivos para preservar e garantir os prevalentes interesses da criança, em meio à relação conflituosa de seus pais.

*In casu*, como assinalado, a pretensão de retornar ao seu país de origem, com o filho — que pressupõe suprimento judicial da autorização paterna e a concessão de guarda unilateral à genitora, *segundo o Juízo a quo* — deu-se em plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida.

Por consectário, competem à Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher as ações de natureza civil, inclusive, as relacionadas ao interesses da criança e do adolescente, se a causa de pedir da correlata ação consistir justamente na prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, como se dá, incontroversamente, no caso dos autos.

Em arremate, na esteira dos fundamentos expendidos, dou provimento ao presente recurso especial, para, reconhecendo a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Riacho Fundo/DF

para conhecer do pedido incidental de obtenção de suprimento judicial de autorização paterna para a recorrente retornar ao seu país de origem, com o filho, — e/ou guarda unilateral —, efetuado no bojo da Medida Protetiva, reformar o acórdão recorrido, determinando-se que o Tribunal de origem analise o recurso de agravo de instrumento na questão remanescente - relacionada ao mérito da decisão tomada na origem.

É o voto.

### VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial em que se discute, em síntese, se a Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher possuiria também competência para apreciar o pedido de suprimento de autorização paterna para viagem de menor ao exterior e a, ainda, questões relacionadas à guarda do menor.

*Voto do e. Relator, Min. Marco Aurélio Bellizze:* deu provimento ao recurso, para reconhecer a possibilidade de o juízo especializado conhecer de todas as pretensões acima enunciadas, ao fundamento de que:

(i) A competência da vara especializada seria híbrida, porque contempla cumulativamente as causas criminais e cíveis relacionadas à violência doméstica, não havendo, todavia, no art. 14 da Lei n. 11.340/2006, a especificação acerca de quais ações deveriam ser processadas perante a vara especializada, motivo pelo qual a questão relacionada a reunião dos processos deverá ser examinada a partir da causa de pedir, que seria a mesma;

(ii) A separação das ações – suprimento da autorização paterna para viagem de menor ao exterior, de competência do Juízo da Vara da Infância e Juventude; guarda do menor, de competência do Juízo da Família e medidas protetivas de urgência à ofendida, perante a Vara Especializada de Violência Doméstica contra a Mulher, contrariaria a funcionalidade do sistema jurisdicional e ignoraria o propósito da lei, que seria centralizar no juízo especializado todas as questões relacionadas à violência doméstica e, a partir daí, deliberar sobre todas as questões daí decorrentes.

(iii) Por se tratar de questão afeta aos interesses e aos direitos da criança, a fixação da competência na hipótese deve ser examinada sob a perspectiva dos princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor, motivo pelo qual a concentração das pretensões seria a medida mais adequada diante dos subsídios colhidos perante a vara especializada.

*Revisados os fatos, decide-se.*

Inicialmente, destaque-se que a Lei n. 11.340/2006 é uma lei especialmente criada com o objetivo de salvaguardar a mulher nas situações de violência doméstica e familiar, reconhecendo o legislador que esse lamentável fato social é merecedor de uma proteção especial e diferenciada do Estado.

A técnica de legislar para melhor proteger determinados grupos de pessoas é antiga, mas se revela frequentemente bastante eficaz e efetiva, na medida em que, juntamente com a criação da norma, não demora a vir a especialização dos magistrados, a criação de uma estrutura específica e diferenciada para o atendimento daquelas demandas especiais e, finalmente, espera-se, a própria mudança da conduta das partes.

Nesse contexto, os arts. 14, 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser isolados e lidos como verdadeiras ilhas, mas, ao revés, deverão ser interpretados a partir da própria razão de ser do diploma legal e do microsistema que por ele foi instituído, cuja *ratio* é conceder uma proteção específica e diferenciada às mulheres nas hipóteses de violência doméstica e familiar.

A esse respeito, verifica-se que os referidos dispositivos não especificam, por exemplo, se as ações de família deveriam tramitar na vara especializada porque, em verdade, isso é verdadeiramente desnecessário, sobretudo se tais normas forem interpretadas no âmbito de seu sistema, que é distinto do sistema que rege às ações de família. O silêncio do legislador nesse aspecto, pois, é eloquente.

Aliás, a existência de um microsistema explica a excepcional cumulação legal de competências – cíveis e criminais, mas relacionadas à mesma gama de ações e condutas. Subvertendo a lógica existente para as atribuições jurisdicionais de natureza absoluta, a cumulação se justifica pela específica necessidade, observada pelo legislador, de que um mesmo juízo especializado decida sobre todos os atos e aspectos relacionados apenas a essa espécie de ato ilícito.

Não significa dizer, porém, que questões de natureza acessória e que não se vinculam diretamente com os atos de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher, como é a hipótese da guarda de menores e da autorização para viajar, possam ser decididas por juízo não especializado e absolutamente incompetente, por melhor que tenha sido, e isso se verifica de plano, a intenção do e. Relator em seu voto.

Isso porque a especialização e a estrutura desenvolvidas para as hipóteses de violência doméstica e familiar são substancialmente distintas daquelas desenvolvidas, por exemplo, para as hipóteses de disputas sobre a guarda de menores. O perfil, a formação, as habilidades e os conhecimentos psicológicos e sociais dos profissionais de apoio que atuam nas situações que envolvem violência doméstica e familiar são diferentes dos profissionais que atuam nas situações que envolvem menores, motivo pelo qual, ao louvável propósito de tutelar mais rapidamente os interesses do infante, corre-se o sério risco de lhe causar um grave prejuízo.

Na hipótese, respeitada a convicção do e. Relator, não se pode desconsiderar o princípio constitucional do juiz natural, flexibilizando regras de competência absoluta em razão da matéria que foram instituídas para mais adequadamente atender aos interesses e as expectativas de determinados grupos de pessoas, ao fundamento de que, ao assim agir, estar-se-ia atendendo ao princípio do melhor interesse do menor.

Na realidade, verifica-se que o melhor interesse do menor mais provavelmente será atendido se o seu destino for decidido por quem se especializou na matéria e que, além disso, examinará a questão com o apoio de profissionais de gabarito, perfil, formação e conhecimentos técnicos específicos e diferenciados para lidar com situações que, respeitosamente, não se confundem e não se relacionam.

Justamente por reconhecer a relevância das varas criadas apenas para determinadas matérias é que esta Corte consignou o entendimento no sentido de que “a competência de varas especializadas, determinadas pelas leis de organização judiciária, em razão da matéria, é de caráter absoluto”. (REsp 127.082/MG, 4ª Turma, DJ 13.04.1999).

Também por esse motivo é que reiteradamente se afirma que a competência absoluta impede a reunião das ações, ainda que sejam elas conexas (CC 142.849/SP, 2ª Seção, DJe 11.04.2017 e AgRg no CC 131.832/SP, 2ª Seção, DJe 13.06.2016).

Em síntese, ao Juízo da Vara da Infância e da Juventude, o suprimento da autorização paterna para viagem do menor ao exterior; ao Juízo da Família, a guarda do menor; e à Vara Especializada de Violência Doméstica contra a Mulher, as medidas protetivas de urgência à recorrida.

Forte nessas razões e rogando a mais respeitosa vênua ao e. Relator, *nego provimento* ao recurso especial.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.620.717-RS (2016/0037375-7)**

---

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo

Advogados: Luiz Rodrigues Wambier - PR007295

Leonardo Teixeira Freire e outro(s) - RS072094

Evaristo Aragão Ferreira dos Santos - RS065191

Teresa Celina de Arruda Alvim - RS066871A

Recorrido: Arnaldo Albino Weiland

Advogados: Antônio Martins Júnior - RS058488

Mauro Augusto Hahn - RS063449

Advogada: Tatiana Vasconcelos Fortes Hahn - RS078321

---

**EMENTA**

Recurso especial. Processual Civil. Consumidor. Pedido de cumprimento individual de sentença coletiva. Ação de conhecimento individual. Concomitância. Litispendência não caracterizada. Ausência de tríplice identidade. Coisa julgada material coletiva. Impossibilidade de novo julgamento posterior. Recurso especial desprovido.

1. Nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, adotou-se, no Brasil, o sistema *opt out* para alcance dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* produzida no julgamento de procedência das ações coletivas de tutela de direito individual homogêneo, ao mesmo tempo em que se afastou, expressamente, a caracterização de litispendência, mesmo porque ausente a tríplice identidade dos elementos da ação.

2. Inexistindo pendência de julgamento individual à época do julgamento coletivo, não há que se cogitar de afastamento da coisa julgada por mera aplicação do art. 104 do CDC.

3. A coisa julgada material, além de consistir em importante instrumento de segurança jurídica e pacificação social, obsta ao Poder Judiciário a reapreciação da relação jurídica material acertada.

4. Havendo coisa julgada material, compete ao réu (arts. 301, VI, do CPC/1973 e 337, VII, do CPC/2015) sua alegação perante o Juízo

competente para julgamento de mesma relação jurídica material, *in casu*, o Juízo perante o qual tramita a ação de conhecimento.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 23.10.2017

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a fim de impugnar acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 101):

Agravo interno. Negócios jurídicos bancários. Decisão monocrática. Negativa de seguimento ao agravo de instrumento. Recurso manifestamente improcedente. Incidência do art. 557 do Código de Processo Civil.

O agravo de instrumento manejado pela parte autora veiculou pretensão em conformidade com jurisprudência dominante nesta Corte, quanto ao reconhecimento da litispendência entre ações individuais e ações executivas derivadas de ações coletivas. Mantida a conclusão expandida na decisão proferida monocraticamente.

Agravo interno desprovido.

Compulsando os autos, verifica-se que Arnaldo Albino Weiland apresentou pedido de cumprimento individual de sentença coletiva (e-STJ, fls. 26-34), na qual o Banco Bamerindus do Brasil S.A. – sucedido por incorporação pelo

recorrente – foi condenado ao pagamento do índice expurgado incidente sobre o saldo disponível em caderneta de poupança relativo ao mês de janeiro de 1989 (Plano Verão).

Afirmando a existência de prévia ação de cobrança, ajuizada pelo recorrido, o recorrente requereu a extinção do cumprimento de sentença, afirmando a existência de litispendência (e-STJ, fls. 35-40).

Em decisão interlocutória, o Juízo de primeiro grau afastou a pretensão de extinção do processo, embora tenha reconhecido a identidade entre as duas demandas, sobrevivendo a interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal de origem, o qual foi desprovido, nos termos da ementa acima transcrita.

Segundo a fundamentação do acórdão recorrido, não seria possível o reconhecimento de litispendência entre o cumprimento de sentença coletiva e a ação individual de conhecimento, porquanto o cumprimento de sentença não teria autonomia no sistema processual sincrético vigente. Outrossim, as ações coletivas não induziriam a litispendência para as ações individuais, conforme art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Em suas razões recursais, o recorrente alega violação dos arts. 301, § 1º, do CPC/1973 e 104 do CDC, além de divergência jurisprudencial. Sustenta, em suma, que: *i*) a inexistência de identidade entre a ação de cobrança ajuizada e a ação coletiva, esclarecendo que a tese de litispendência decorre do confronto entre o pedido de cumprimento individual da ação coletiva transitada em julgado e a ação de cobrança ajuizada em data posterior a tal trânsito; e *ii*) “transportando-se a melhor interpretação do art. 104 do CDC para o caso dos autos, notoriamente, o autor que optou por ajuizar uma ação individual mesmo podendo, em tese, valer-se da sentença coletiva, encontra-se entre aqueles que ‘não aproveitarão os efeitos da coisa julgada’, nos termos do artigo”. Desse modo, assevera ser necessária a reforma do acórdão de origem para determinar a extinção do presente cumprimento de sentença.

O prazo para apresentação de contrarrazões transcorreu *in albis* (e-STJ, fl. 141).

Em juízo prévio de admissibilidade, o recurso especial foi inadmitido, dando azo à interposição do Agravo em Recurso Especial n. 863.633/RS, provido para determinar sua autuação como especial (e-STJ, fls. 172-173).

O recorrente, na petição n. 00004271/2017 (e-STJ, fls. 189-334), informa, por meio da juntada integral do processo n. 020/3.11.0000586-2, que “mesmo

após o ajuizamento do cumprimento de sentença adjacente a este recurso, a parte adversa jamais requereu a suspensão, ou a desistência, da ação de cobrança ajuizada anteriormente, mesmo após ingressar com a execução da ACP”.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir a abrangência do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, a fim de verificar sua incidência no caso concreto, em que se confrontam ação individual de conhecimento e cumprimento individual de sentença coletiva.

### 1. Do contexto fático da lide.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC ajuizou *ação civil pública* contra o Banco Bamerindus do Brasil S.A., visando ao pagamento dos expurgos inflacionários incidentes sobre a caderneta de poupança, relativamente ao mês de janeiro de 1989 – Plano Verão (processo n. 583.00.19993.808239-4). O pedido foi julgado procedente, tendo *transitado em julgando a demanda em dezembro de 2008*, com a determinação final de que o índice a ser aplicado no período seria de 42,72%.

*Em maio de 2011* – portanto, após o trânsito em julgado da sentença coletiva –, o recorrido ajuizou *ação de cobrança* contra HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, sucessor por incorporação do Banco Bamerindus do Brasil S.A, perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Palmeira das Missões/RS (processo n. 020/3.11.0000586-2). Em tal ação requereu a condenação da instituição financeira ao pagamento da diferença apurada no saldo de poupança de sua titularidade, em decorrência da não aplicação do percentual de 42,72% do IPC no mês de janeiro de 1989 (Plano Verão). O pedido foi julgado procedente (e-STJ, fls. 41-50 e 54-58).

Interposto recurso inominado, a Relatora na Turma recursal suspendeu a tramitação do processo, em despacho proferido em 11 de novembro de 2011, por se tratar de questão com repercussão geral reconhecida pelo STF (REEs 576.155, 591.797 e 626.307, e AI 754.745), consoante determinação constante fl. 332 (e-STJ).

Após quase dois anos, com a manutenção da situação de suspensão do referido recurso inominado interposto na ação de cobrança, *em outubro de 2013*,

o recorrente apresentou pedido de *cumprimento individual da sentença coletiva* (e-STJ, fls. 26-34), que deu ensejo, ao fim e ao cabo, ao presente recurso especial.

2. *Alegação de violação dos arts. 301 do CPC/1973 e 104 do CDC.*

O Tribunal de Justiça de origem, ao fundamentar o acórdão recorrido, afastou a incidência do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor porque, ainda que existente anterior ação individual, sua regulamentação não alcança a habilitação do consumidor para execução do título coletivo. Contra esse fundamento, insurge-se o recorrente reiterando a caracterização de litispendência entre a ação individual e a execução individual de título coletivo.

Com efeito, ainda que as razões de decidir apontadas pelo Tribunal de origem não sejam as mais apropriadas sob o ponto de vista técnico, não merece provimento o presente recurso.

Isso porque, ao afastar expressamente a litispendência no art. 104 do CDC, o legislador reconheceu a ausência de identidade entre as demandas individuais e coletivas, consequência da manifesta disparidade dos pedidos formulados em demandas individuais e coletivas, a qual já era sublinhada pela saudosa Ada Pellegrini Grinover (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 864).

Por outro lado, essa ausência de identidade dos pedidos, apesar de ser suficiente para descaracterizar a litispendência, acabou se tornando irrelevante para fins de definição da extensão da coisa julgada e seus efeitos subjetivos. Assim, nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, fará coisa julgada *erga omnes*, o julgamento de procedência da ação coletiva veiculada para tutelar direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados (originais sem destaque):

Administrativo e Processo Civil. Servidor público. DNER. Enquadramento. Plano Especial de Cargos. Pagamento. Gratificação de Desempenho de Atividade de Transporte. Ação civil pública interposta por associação. Trânsito em julgado. Inexistência de litispendência e coisa julgada. Ação individual.

1. O Tribunal de origem foi claro ao afirmar que quanto à coisa julgada, os seus efeitos não beneficiam os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, portanto não há o perigo do recorrido se beneficiar duplamente com o objeto desta ação e da ACP, que foi proposta pela Associação dos Servidores

Federais em Transportes. Portanto, não há que se falar em litispendência ou coisa julgada. Precedentes.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.387.481/RS, Rel. *Min. Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 5.12.2013)

Conflito negativo de competência. Ação civil pública e ação declaratória. Autarquia Federal no pólo passivo da ação coletiva. Conexão. Impossibilidade de prorrogação de competência absoluta. Convivência harmônica entre ação coletiva e individual. Pedido de suspensão da ação individual. Projeção de efeitos. Impossibilidade de decisões antagônicas. Inexistência de justificativa para reunião dos feitos.

.....  
2. *De acordo com o regime instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para julgamento das ações coletivas lato sensu, a demanda coletiva para defesa de interesses de uma categoria convive de forma harmônica com ação individual para defesa desses mesmos interesses de forma particularizada.*

3. *Se há pedido do autor da ação declaratória para que esta fique suspensa até o julgamento da ação civil pública, consoante autoriza o art. 104 do CDC, deve ser reconhecida a projeção de efeitos da ação coletiva na ação individual, mas não a possibilidade de serem proferidas decisões antagônicas de modo a justificar a reunião dos feitos.*

4. Conflito conhecido para declarar competente o douto Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Porto Ferreira - SP.

(CC n. 111.727/SP, Rel. *Min. Raul Araújo*, Segunda Seção, DJe de 17.9.2010)

Processo Civil. Conflito de competência. Demandas coletivas e individuais promovidas contra a ANATEL e empresas concessionárias de serviço de telefonia. Controvérsia a respeito da legitimidade da cobrança de tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia fixa. Conflito não conhecido.

.....  
5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001.

6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). *Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente.* Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

.....  
11. Conflito não conhecido.

(CC n. 47.731/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão *Min. Teori Albino Zavascki*, Primeira Seção, DJ 5.6.2006, p. 231)

Daí se extrai que o afastamento da coisa julgada somente será possível quando o autor individual de demanda contemporânea à coletiva deixar de requerer a suspensão do processo individual, após notificado da propositura da demanda coletiva (art. 104 do CDC), consagrando a adoção do sistema norteamericano *opt out* pelo legislador nacional.

Situação diversa, contudo, é a pretensão de, após o julgamento da procedência da demanda coletiva, portanto, formada a coisa julgada material *erga omnes*, se pretender sua flexibilização ao argumento de que a propositura de demanda individual posterior resultaria em possível desprezo, dispensa ou disponibilidade de seus efeitos pelo consumidor.

Convém ressaltar que o instituto da coisa julgada, além de sua função de pacificação social, é também limitador da função jurisdicional, oferecendo barreira, em regra, intransponível, à jurisdição estatal. Assim, mesmo quando recaia o provimento jurisdicional sobre direitos disponíveis, o que certamente viabiliza o cancelamento dos efeitos práticos da sentença pela vontade das partes, não poderá o Judiciário emitir novo entendimento jurisdicional sobre a mesma relação jurídica acertada, seja no mesmo processo, seja em processo novo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 218/242).

É bem verdade que a estrutura da ciência processual não tem aplicação perfeita nas demandas coletivas, em razão de suas peculiaridades. Desse modo, conceitos e institutos tradicionais necessitam passar por uma releitura e adaptação para que sua aplicação resulte na prestação efetiva da tutela jurisdicional coletiva, como alerta Rodolfo de Camargo Mancuso (Interesses difusos, disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/95464925/v8/document/95531910/anchor/a-95531910>>. Acesso em 22 ago. 2017).

Assim, diferentemente da sistemática processual individual, em especial, diante do conteúdo genérico da condenação da instituição financeira por meio do sistema de tutela coletiva, a demonstração da titularidade do crédito, bem como da fixação do *quantum debeatur* fica postergada para a liquidação – o que pressupõe a verificação da inclusão do autor individual no âmbito de alcance do título coletivo exequendo.

Nesse contexto, ganha ainda relevo a flutuação da jurisprudência no que tange ao alcance subjetivo territorial dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, diante da previsão do art. 16 da LACP. Vale ressaltar que esta Corte Superior já reconheceu sua aplicação plena em demandas que tenham por objeto a tutela de direito individual homogêneo (REsp n.1.331.948/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 5.9.2016), muito embora o STJ já tenha reconhecido o caráter nacional de demandas propostas para obtenção de pagamento de valores expurgados de caderneta de poupança, a exemplo da ação promovida pelo IDEC contra o Banco do Brasil S.A. (REsp n. 1.391.198/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 2.9.2014).

Assim, é de se reconhecer que a insegurança nutrida no íntimo dos indivíduos eventualmente beneficiados pela tutela coletiva não é desarrazoada e, ainda que indesejável, pode ensejar a propositura de demandas assemelhadas, a fim de evitar o perecimento do direito. Nesses casos, impõe-se ao réu de ambas as demandas a demonstração da conexão e a necessidade de suspensão do trâmite da ação de conhecimento, ou mesmo a alegação da coisa julgada, quando for o caso. Esse ônus, aliás, já lhe pertence pelas regras processuais individuais (art. 337, VII, do CPC/2015 e art. 301, VI, do CPC/1973). Nesse diapasão, frisa-se que a eventual suspensão não será condição de aplicação dos efeitos *erga omnes*, porque estes ou já alcançam a parte ou não a alcançam nem alcançarão. Afinal, a eficácia da coisa julgada já se formou e se consolidou quando do trânsito em julgado da ação coletiva, restando somente verificar se esse alcance abarca ou não o consumidor individualizado na fase executiva.

Assim, a partir de qualquer prisma, fica evidente a inaplicabilidade do comando do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos. É de se notar, com efeito, que cabia ao recorrente pleitear, na ação de conhecimento, a suspensão do processo até que se ultimasse a decisão judicial acerca do alcance do recorrido naquele título exequendo, se dúvida existia, para, então, aduzir a existência de coisa julgada material a impor extinção daquele processo. O caminho inverso em nada abala a tramitação da presente execução, que deverá acertar a inclusão do recorrido no âmbito de alcance do título coletivo e individualizar-lhe, por fim, o direito tutelado.

Com esses fundamentos, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.632.750-SP (2016/0193441-0)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andriighi

Recorrente: F D G

Advogados: Edson Donisete Vieira do Carmo - SP142219

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça - DF042489

Recorrido: R M

Advogado: Nelson Altemani - SP011046

---

**EMENTA**

Civil. Processual Civil. Família. Investigação de paternidade. Proteção à dignidade da pessoa humana e tutela do direito à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade. Realização de novo exame de DNA face a suspeita de fraude no teste anteriormente realizado. Possibilidade. Prova irrefutável da fraude. Redução da exigência probatória, reavaliação das provas produzidas e necessidade de exaurimento da atividade instrutória. Inércia probatória da parte adversa. Valoração da conduta na formação do convencimento judicial.

Possibilidade. Teste de DNA. Valor probante relativo, a ser examinado em conjunto com os demais elementos de prova. Coisa julgada. Afastamento na hipótese.

1- Ação distribuída em 11.8.2008. Recurso especial interposto em 16.6.2015.

2- O propósito recursal é definir se é possível o afastamento da coisa julgada material formada em ação investigatória de paternidade cujo resultado foi negativo, na hipótese em que a parte interessada produz prova indiciária acerca de possível ocorrência de fraude no exame de DNA inicialmente realizado.

3- Os direitos à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade integram uma parcela significativa dos direitos da personalidade e são elementos indissociáveis do conceito de dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado o dever de tutelá-los e de salvaguardá-los de forma integral e especial, a fim de que todos, indistintamente, possuam o direito de ter esclarecida a sua verdade biológica.

4- Atualmente se reconhece a existência de um direito autônomo à prova, assentado na possibilidade de a pessoa requerer o esclarecimento sobre fatos que a ela digam respeito independentemente da existência de um litígio potencial ou iminente, alterando-se o protagonismo da atividade instrutória, que passa a não ser mais apenas do Poder Judiciário, mas também das partes, a quem a prova efetivamente serve.

5- A existência de dúvida razoável sobre possível fraude em teste de DNA anteriormente realizado é suficiente para reabrir a discussão acerca da filiação biológica, admitindo-se a redução das exigências probatórias quando, não sendo possível a prova irrefutável da fraude desde logo, houver a produção de prova indiciária apta a incutir incerteza no julgador, aliada a possibilidade de exaurimento da atividade instrutória no grau de jurisdição originário.

6- A inércia probatória de uma das partes somada a atividade instrutória da outra deve ser levada em consideração na escolha do *standard* probatório mais adequado à hipótese e na valoração das provas então produzidas, pois as partes, em um processo civil norteado pela cooperação, tem o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

7- Embora de valiosa importância para as ações investigatórias ou negatórias de paternidade, o exame de DNA, por se tratar de prova técnica suscetível a falhas ou vícios, não pode ser considerado como o único meio de prova apto a atestar a existência ou não de vínculo paterno-filial, devendo o seu resultado ser cotejado com as demais provas produzidas ou suscetíveis de produção, sobretudo diante da célere e constante evolução científica e tecnológica.

8- Em situações excepcionais, é possível o afastamento da coisa julgada material formada nas ações investigatórias ou negatórias de paternidade, a fim de que seja exaustivamente apurada a existência da relação paterno-filial e, ainda, elucidadas as causas de eventuais vícios porventura existentes no exame de DNA inicialmente realizado.

9- Recurso especial provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Presidente

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

---

DJe 13.11.2017

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: F D G (F) ajuizou ação de investigação de paternidade “post mortem” contra R M (R), filho e único herdeiro de F T M (investigado e pré-morto), na qual alegou que ocorreu fraude na realização do

exame de DNA ocorrido no idêntico processo anterior (n. 82/93) que tramitou na 4ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Capital de São Paulo, cujo pedido foi julgado improcedente e transitou em julgado.

Com suporte nos princípios da dignidade humana e da busca da verdade real, F requereu a flexibilização da coisa julgada, a realização de novo exame de DNA e o reconhecimento da procedência do pedido, ou seja, que é filho de F T M (e-STJ, fls. 21/41).

O Juízo da 7ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Capital, na fase de saneamento do processo, afastou a preliminar de coisa julgada alegada na contestação de R e determinou a realização de novo exame de DNA com o fundamento de que existiam fortes indícios de fraude naquele realizado na ação de investigação de paternidade ajuizada anteriormente (e-STJ, fls. 252/254).

Inconformado, R interpôs, então, agravo de instrumento, no qual sustentou que (1) no Processo n. 82/93 a alegação de fraude na realização do exame de DNA foi exaustivamente examinada e rejeitada em todas as instâncias, com ocorrência do trânsito em julgado; (2) F omitiu que a pessoa que prestou declaração pública e se apresentou como “Administrador” e “Advogado” pertence ao mesmo escritório de patrocina os seus interesses; (3) no Processo n. 0026847-16.2012.8.26.0100 também movido por F, no qual ele alegou que o falecido lhe procurou e ofereceu cheques para comprar uma casa, o mesmo pedido também foi julgado improcedente; (4) a alegada existência de fraude perpetrada pelo *de cuius* na realização de exame de DNA não representa fato novo pois foi rechaçada pela instância ordinária, razão pela qual a decisão agravada violou a coisa julgada; (5) a afirmada troca de amostras a afastar o resultado da perícia foi discutida e rejeitada por duas Câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo de Instrumento n. 238.965.1/8 - 2ª Câmara da extinta 1ª Seção Cível e Apelação Cível n. 259.258-1/5 - 2ª Câmara de Direito Privado); (6) essa é a terceira ação proposta por F tentando eternizar a questão da investigação de paternidade, com os mesmos argumentos já rechaçados pela instância inferior, o que caracteriza inequívoca má-fé processual; (7) a segurança jurídica exige que as decisões judiciais transitadas em julgado não tenham o mérito examinado ao infinito; e, (8) a jurisprudência dos Tribunais somente tem admitido a flexibilização da coisa julgada em investigação de paternidade na hipótese em que o exame de DNA não foi realizado, o que não é o caso.

Foi concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento (e-STJ, fls. 260/261).

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

*Coisa julgada. Demanda de investigação de paternidade 'post mortem'. Flexibilização. Inadmissibilidade. Demanda anterior já julgada improcedente após a realização de exame pelo método DNA, quando ainda vivo o 'de cujus'. Alegada irregularidade na realização do exame que não foi demonstrada. Circunstância, por si só, que não autoriza a apontada flexibilização da coisa julgada. Decisão reformada para reconhecer a ocorrência da coisa julgada e extinguir o feito sem julgamento do mérito. Recurso de agravo provido (e-STJ, fl. 283).*

Os embargos de declaração opostos por F foram rejeitados (e-STJ, fls. 300/305).

Inconformado, F interpôs, então, recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, no qual alegou ofensa aos arts. 535, II, 332, 364 e 467 do CPC/1973.

Sustentou, em síntese, que (1) houve contradição no acórdão recorrido pois entendeu que a declaração pública de fls. 47 não servia de prova; (2) o Tribunal *a quo* foi omisso quanto (a) a questão da enorme semelhança física entre ele e o falecido; (b) a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana que flexibiliza a coisa julgada; e, (c) a ofensa aos direitos fundamentais da filiação, da garantia fundamental da assistência jurídica aos desamparados, ao princípio do acesso ao Judiciário e à garantia da ampla defesa e do contraditório; (3) como a ação de investigação de paternidade se encontra fundada na efetiva constatação da fraude ocorrida em exame de DNA na primeira ação investigatória (Processo n. 82/93), comprovada por meio da declaração pública de fl. 47, deveria ser deferida a realização de um novo exame de DNA apto a comprovar o vínculo de paternidade, bem como pela flexibilização da coisa julgada; (4) o acórdão recorrido não poderia desconsiderar a prova fotográfica que comprova a enorme semelhança física entre ele (F) e o falecido; e, (5) houve má interpretação do art. 467 do CPC/1973 pelo acórdão recorrido, ao tornar absoluta a coisa julgada apesar da constatação da fraude no exame de DNA da ação anterior.

Contrarrazões do recurso especial (e-STJ, fls. 350/353).

O recurso especial não foi admitido em razão da inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 e da incidência das Súmula n. 284 do STF e 7 do STJ.

Determinei a conversão do agravo em recurso especial para melhor análise do processo (e-STJ, fls. 436/439).

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 425/430).

É o relatório.

### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que a disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9.3.2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como dito no relatório, F ajuizou ação de investigação de paternidade *post mortem* contra R, filho e único herdeiro do investigado F T M, na qual alegou a ocorrência de fraude no exame de DNA realizado na ação anterior idêntica que moveu contra o investigado enquanto estava vivo e que já transitou em julgado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do agravo de instrumento interposto por R contra a decisão que deferiu a realização de novo exame de DNA, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em razão da coisa julgada, o que ensejou a interposição do presente recurso especial que busca a sua flexibilização e o prosseguimento da ação investigatória.

Passo a examinar os fundamentos do apelo nobre.

#### 1) *Da ofensa ao art. 535 do CPC/1973.*

F alegou que o acórdão impugnado foi contraditório porque afirmou que a declaração pública apresentada por terceiro não serviria de prova de fraude na realização do primeiro exame de DNA e que foi omissa quanto a sua evidente semelhança física com o investigado falecido e quanto a ofensa aos princípios constitucionais da dignidade de pessoa humana, do acesso a judiciário, da ampla defesa e do contraditório, por não ter permitido a realização de nova perícia e flexibilizar a coisa julgada.

De início, não merece prosperar a alegação de existência de contradição no acórdão impugnado, haja vista que a jurisprudência desta eg. Corte Superior

orienta que a contradição que autoriza o manejo dos embargos de declaração é aquela que ocorre entre a fundamentação e o dispositivo, e não aquela entre a fundamentação em que se baseia o acórdão recorrido e a que a parte pretende ver adotada.

Nessa ordem de decidir, os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso especial. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Contradição. Não ocorrência. Erro de premissa fática. Necessidade de esclarecimento. Multa do art. 475-J do CPC. Intimação do advogado. Validade. Depósito efetuado no prazo legal. Penalidade afastada. Decisão confirmada por fundamento diverso.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática. Princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. *A contradição que autoriza a oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre a fundamentação da decisão e seu respectivo dispositivo.*

[...]

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento

(EDcl no REsp n. 1.323.960/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 3.12.2015, DJe de 14.12.2015, sem destaque no original).

Agravo interno. Recurso especial. Plano de saúde. Cumprimento de sentença.

1. *A contradição que autoriza o acolhimento de violação do artigo 535 do CPC/1973 é aquela existente entre a fundamentação e o dispositivo, relatório e fundamentação, dispositivo e ementa ou ainda entre seus tópicos internos, e não à que diz respeito à linha de fundamentação adotada no julgado, em face de possível error in iudicando.*

2. Ausência de rebate do fundamento que estruturou o acórdão, no sentido de dever ser observada a coisa julgada que configurou o título judicial ora em cumprimento, a evidenciar deficiência de fundamentação recursal. Incidência das súmulas 283 e 284/STF.

3. Inviabilidade de alterar o entendimento do tribunal de origem acerca da correção do valor apurado a título de contraprestação integral do plano de saúde, por demandar reexame de contexto fático-probatório. Incidência da súmula 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.624.611/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 21.2.2017, DJe de 1º.3.2017, sem destaque no original).

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Contradições inexistentes. Impossibilidade de atribuição de efeitos infringentes.

1. Não há contradição a ser esclarecida quando a conclusão do julgado - conversão do negócio jurídico - decorre, logicamente, das proposições nele contidas - presença dos pressupostos exigidos pelo art. 170 do CC/2002.

2. As questões suscitadas pelo embargante não constituem pontos contraditórios, mas mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão embargado.

3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, não há falar em atribuição de efeitos infringentes para a alteração do julgado.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp n. 1.225.861/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado aos 10.6.2014, DJe de 24.6.2014).

No caso, o acórdão objeto do recurso especial concluiu fundamentadamente que os documentos apresentados por F não tinham força suficiente para comprovar a ocorrência de fraude no exame DNA realizado na primeira ação de investigação de paternidade por ele ajuizada e, por isso, deu provimento ao agravo de instrumento da parte contrária para extinguir o feito, sem resolução do mérito, em razão, da existência de coisa julgada.

Verifica-se que a motivação e o resultado do aludido julgamento são perfeitamente coerentes entre si, não se configurando a presença do vício da contradição apontado no apelo nobre, de modo que o não acolhimento da pretensão de F em dar seguimento à nova ação de investigação de paternidade com base na prova apresentada (declaração de um terceiro), não configura a existência de contradição no julgado, mostrando que o que existe é o inconformismo com o resultado desfavorável do julgamento.

No mais, nos termos do art. 535 do CPC/1973, os embargos de declaração se destinam a suprir omissão, esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, podendo ser-lhes atribuídos, excepcionalmente, efeitos infringentes quando algum desses vícios for reconhecido.

No caso dos autos, o Tribunal *a quo* no julgamento agravo de instrumento de R examinou as questões por ele trazidas, em especial relativas aos documentos que ensejaram o ajuizamento da terceira ação de investigação de paternidade manejada por F e sobre a existência de coisa julgada, e reformou a decisão agravada (e-STJ, fls. 252/254) que determinou a realização de nova perícia técnica (exame de DNA) com os seguintes fundamentos:

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que afastou a alegação de coisa julgada em ação de investigação de paternidade 'post mortem', saneando o feito e determinando a realização de exame pericial.

E, de fato, merece provimento o recurso.

O autor já tentara anteriormente obter o mesmo resultado perseguido nesta ação, sem sucesso.

Sustenta, desta feita, que os documentos de fls. 47, 49/50 52 e 54 (fls. 28, 30/31 33 e 35 dos autos originais) seriam aptos a 'comprovar' a ocorrência de fraude no exame de DNA anteriormente realizado. No entanto, s.m.j., tais documentos nada comprovam, ressalvado o entendimento da magistrada.

***A declaração de fls. 47 (fls. 28 dos autos originais), suposta prova fundamental das alegações do agravado, não pode sequer ser considerada efetivamente como prova. Trata-se de declaração unilateral de terceiro que sequer participou da coleta do material utilizado no exame anteriormente realizado.***

A citada declaração tão somente se refere a uma suposta alegação do médico que realizou aquele procedimento, o qual teria, em tese, reconhecido para o declarante em conversa informal, que teria havido fraude naquele exame.

Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. ***Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo.*** A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento.

Na mesma toada, a certidão imobiliária de fls. 49/50, que conjugada com os cheques apresentados às fls. 52 e 54 demonstrariam o alegado arrependimento do 'de cujus' e o interesse em "compensar" o autor pela suposta fraude praticada, também nada comprovam.

Em primeiro lugar porque o documento de fls. 49/50 está incompleto e nele não consta o registro da aquisição do imóvel pela genitora do autor.

Observe-se que só foram apresentadas as páginas 01 e 03 da certidão. Não obstante seja possível, pelo histórico posterior, perceber que a Sra. Aracy Gonçalves adquiriu o imóvel em algum momento, o documento não permite constatar quando e de que forma o imóvel foi adquirido.

No entanto, ainda que de fato os cheques de fls. 52 e 54 tenham sido utilizados para a aquisição do imóvel, isto também não seria suficiente para comprovar a ocorrência da alegada fraude.

Infinitas razões poderiam ter levado o 'de cujus' a arcar com o pagamento da aquisição do imóvel, supondo que de fato o tenha feito. Observe-se que não se discute nestes autos, e nem se discutiu nos anteriores, eventual relacionamento

entre o 'de cujus' e a Sra. Aracy, mas sim a paternidade do 'de cujus' em relação ao autor. Imagina-se, por fim, que se o 'de cujus' desejasse mitigar seu arrependimento em relação a algum prejuízo que tivesse causado ao autor, teria adquirido o imóvel em nome deste e não em nome de sua mãe.

Desse modo, sendo estas as únicas provas de que dispõe o autor acerca de eventual fraude no exame realizado, em verdade não dispõe de prova nenhuma.

E considerando que a ação, efetivamente, renova pedido anterior, já decidido por duas vezes em processos diferentes, inclusive por esta mesma câmara (apelação n. 0026847-16.2012.8.26.0100), ocasião em que já havia sido extinta exame.

Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo. A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento.

Na mesma toada, a certidão imobiliária de fls. 49/50, que conjugada com os cheques apresentados às fls. 52 e 54 demonstrariam o alegado arrependimento do 'de cujus' e o interesse em 'compensar' o autor pela suposta fraude praticada, também nada comprovam.

Em primeiro lugar porque o documento de fls. 49/50 está incompleto e nele não consta o registro da aquisição do imóvel pela genitora do autor.

Observe-se que só foram apresentadas as páginas 01 e 03 da certidão. Não obstante seja possível, pelo histórico posterior, perceber que a Sra. Aracy Gonçalves adquiriu o imóvel em algum momento, o documento não permite constatar quando e de que forma o imóvel foi adquirido.

No entanto, ainda que de fato os cheques de fls. 52 e 54 tenham sido utilizados para a aquisição do imóvel, isto também não seria suficiente para comprovar a ocorrência da alegada fraude.

Infinitas razões poderiam ter levado o 'de cujus' a arcar com o pagamento da aquisição do imóvel, supondo que de fato o tenha feito. Observe-se que não se discute nestes autos, e nem se discutiu nos anteriores, eventual relacionamento entre o 'de cujus' e a Sra. Aracy, mas sim a paternidade do 'de cujus' em relação ao autor. Imagina-se, por fim, que se o 'de cujus' desejasse mitigar seu arrependimento em relação a algum prejuízo que tivesse causado ao autor, teria adquirido o imóvel em nome deste e não em nome de sua mãe.

Desse modo, sendo estas as únicas provas de que dispõe o autor acerca de eventual fraude no exame realizado, em verdade não dispõe de prova nenhuma.

E considerando que a ação, efetivamente, renova pedido anterior, já decidido por duas vezes em processos diferentes, inclusive por esta mesma câmara

(apelação n. 0026847-16.2012.8.26.0100), ocasião em que já havia sido extinta aquela demanda por força da ocorrência da coisa julgada, não se vislumbra nesta ocasião motivo para modificar tal entendimento.

Presente, pois, a coisa julgada, a extinção se mostra adequada.

Nada mais é preciso dizer (e-STJ, fls. 284/286).

Observa-se da transcrição supracitada que o Tribunal de Justiça local, de forma clara, suficiente e fundamentada, dirimiu as questões que lhe foram submetidas e mencionou expressamente as razões pelas quais concluiu que a só declaração trazida por F não tinha força para comprovar a alegada ocorrência de fraude na realização do exame de DNA da primeira investigatória de paternidade e para superar a ocorrência da coisa julgada.

A controvérsia, com efeito, foi dirimida, embora de forma desfavorável à pretensão de F, tendo o Tribunal *a quo* se pronunciado sobre os pontos que entendeu relevantes e necessários para a solução da lide, o que não importa ofensa a regra contida no art. 535 do CPC/1973. Correto ou não o entendimento delineado pelo Tribunal *a quo*, o fato é que não houve omissão ou contradição no julgado.

Dessa forma, como não foi demonstrada a existência de nenhum vício no aresto impugnado a ensejar a integração do julgado, o Tribunal de origem corretamente rejeitou os embargos de declaração opostos, porquanto a fundamentação adotada, como dito, era clara e suficiente para respaldar a conclusão alcançada no julgado.

Cabe ressaltar que a questão relativa a alegada existência de semelhança física entre F e o investigado, nem sequer foi objeto da decisão (e-STJ, fls. 252/254) que ensejou a interposição do agravo de instrumento por R, único herdeiro do investigado, de modo que o acórdão impugnado não era ou não deveria ser obrigado a se manifestar sobre ela, ainda mais porque encontrou fundamento suficiente para resolver a controvérsia que lhe foi submetida (não ocorrência de irregularidade no anterior exame de DNA).

No mais, é cediço que o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu *in casu*.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes sobre o tema:

Processo Civil. Agravo regimental em recurso especial. Cumprimento de sentença. Decisão do juiz da causa. Inexistência de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Irrecorribilidade. Jurisprudência do STJ. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Não ocorrência.

*1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando o Tribunal a quo se pronuncia, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia.*

2. O que distingue o despacho da decisão interlocutória impugnável via agravo de instrumento é a existência ou não de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Jurisprudência do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.309.949/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 5/11/2015, DJe de 12/11/2015, sem destaque no original).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação ação declaratória de inexistência de débito. Prova testemunhal. Indeferimento. Art. 535. Ausência de omissão. Sumula 7/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento.

*1. Não caracteriza omissão quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte. Destarte, não há que se falar em violação do art. 535, do Código de Processo Civil, pois o tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.*

2. A análise das razões recursais e a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas premissas, demandaria necessariamente incursão no conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 566.381/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 16.10.2014, DJe de 23.10.2014 - sem destaque no original).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Afronta ao art. 535, II, do CPC. Não ocorrência. Ausência de omissão. Teses devidamente apreciadas pela instância de origem. Ação de reparação de dano. Revisão do julgado. Aplicação da Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Agravo regimental improvido.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não há ofensa ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, quando o Tribunal de origem se manifesta, de modo suficiente, sobre todas as questões levadas a julgamento, não sendo possível atribuir o vício de omissão ao acórdão somente porque decidira em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. Precedentes.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 629.682/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado aos 16.4.2015, DJe de 30.4.2015, sem destaque no original).

Na verdade, F apenas apresentou seu inconformismo quanto ao entendimento delineado no acórdão embargado, revestindo-se a pretensão de caráter manifestamente infringente, o que não se coaduna com a medida integrativa dos embargos de declaração.

Por fim, no que tange a alegada omissão quanto aos princípios constitucionais apontados como violados pelo acórdão recorrido, a matéria foi devolvida ao Supremo Tribunal Federal com a interposição simultânea do recurso extraordinário, não cabendo a esta Corte, que tem por missão constitucional solucionar as questões relativas à ofensa à legislação federal, aferir eventual ofensa a dispositivo constitucional, sob pena de usurpar a competência da Corte Constitucional.

Afasta-se, assim, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

(2) *Da ofensa ao art. 364 do CPC/1973.*

F sustentou que a declaração pública de e-STJ, fls. 47, comprova a fraude ocorrida no exame de DNA da sua primeira ação de investigação de paternidade, tendo o acórdão recorrido violado o dispositivo legal em tela.

O art. 364 do CPC/1973 dispõe que *o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.*

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça local consignou que

***A declaração de fls. 47 (fls. 28 dos autos originais), suposta prova fundamental das alegações do agravado, não pode sequer ser considerada efetivamente como prova. Trata-se de declaração unilateral de terceiro que sequer participou da coleta do material utilizado no exame anteriormente realizado.***

A citada declaração tão somente se refere a uma suposta alegação do médico que realizou aquele procedimento, o qual teria, em tese, reconhecido para o declarante em conversa informal, que teria havido fraude naquele exame.

Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo. A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a

formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento (e-STJ, fls. 284/285, sem destaque no original).

Constata-se que o acórdão impugnado, além de ter feito um juízo valorativo sobre o teor da declaração apresentada por F, consignou que o fato dela ter sido feita em cartório não lhe confere maior força probante pois não comprova o seu conteúdo.

Sobre a matéria, esta Corte já proclamou que os documentos públicos fazem prova dos fatos que ocorreram na presença do tabelião, mas não dos fatos que a declaração narra, que são da responsabilidade de quem a emitiu.

Nesse sentido, guardadas as devidas proporções, os seguintes precedentes:

Processo Civil. Prova.

O documento público faz prova dos fatos que o tabelião declarou ter ocorrido na sua presença (CPC, art. 364).

Pelo conteúdo da declaração, todavia, responde quem a emitiu. Nessa linha, se o vendedor declarou inexistir débito condominiais, havendo-os, o adquirente do imóvel tem pretensão e ação contra ele, não contra o condomínio. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AG n. 653.907/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado aos 20.4.2006, DJe de 13.8.2008).

Civil e Processual. Ação de indenização. Seguro. Furto de veículo em estacionamento. Direito de regresso. Boletim de ocorrência. Declaração unilateral da vítima. Presunção *juris tantum* afastada. Aproveitamento, apenas, como mero elemento de convicção. CPC, arts. 334, IV e 364. Alcance.

I. A presunção *juris tantum* como prova de que gozam os documentos públicos há de ser considerada em relação às condições em que constituído o seu teor. Se este se resume a conter declaração unilateral da vítima, conquanto possa servir de elemento formador da convicção judicial, não se lhe é de reconhecer, por outro lado, como suficiente, por si só, à veracidade dos fatos, o que somente ocorreria se corroborado por investigação ou informe policial também nele consignado.

II. Caso em que, além de limitado o Boletim de Ocorrência do furto do veículo no estabelecimento réu às alegações exclusivas da vítima, cliente da seguradora que ora move ação regressiva, o Tribunal estadual, soberano no exame da prova, apontou deficiência no contexto probatório para que se configurasse ato ilícito da empresa ré.

III. Recurso especial conhecido pela divergência, mas improvido.

(REsp n. 236.047/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado aos 23.3.2001, DJ de 11.6.2001).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos materiais. Acidente. Boletim de ocorrência. Presunção relativa. Súmula n. 7/STJ. Preclusão. Falta de prequestionamento. Divergência jurisprudencial. Bases fáticas distintas.

1. Os documentos públicos têm presunção relativa de veracidade, podendo ser afastada diante do seu teor ou mediante a produção de provas em sentido contrário.

2. Incide a Súmula n. 7 do STJ se a tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor sobre a tese defendida no especial (Súmula n. 282/STF).

4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 363.885/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 24.11.2015, DJe de 27.11.2015).

Na doutrina, MARINONI e MITIDIERO, comentando o art. 364 do CPC/1973, consignam que *o documento público prova a sua formação e os fatos que ocorreram na presença do oficial que o redigiu, inclusive, o que foi ouvido pelo oficial, podendo provar, assim, no que diz respeito a determinados fatos, apenas a declaração de alguém, ou melhor, como alguém declarou, contudo, a prova de que alguém declarou um fato é muito diferente da prova do fato que foi declarado* (GUILHERME, Marinoni, e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**. Comentado artigo por artigo. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 365).

Dessa forma, a declaração pública de e-STJ, fl. 47, somente faz prova da existência das declarações ali prestadas e de quem as prestou, mas não da veracidade delas. Por isso, com suporte na jurisprudência e doutrina destacada, não verifico a alegada ocorrência de ofensa ao aludido dispositivo legal, pois efetivamente o tabelião do Cartório de Notas e Protestos não presenciou o fato que lhe foi narrado na referida escritura pública. A declaração pública, por si, nada prova.

(3) *Da ofensa ao art. 332 do CPC/1973.*

No ponto, F alegou que o acórdão recorrido desconsiderou a prova fotográfica que comprova a sua enorme semelhança física com o investigado,

devendo ela ser admitida para provar a verdade dos fatos e flexibilizar a coisa julgada.

Como dito no tópico n. “1” do presente voto, o Tribunal de Justiça local explicitou os fundamentos pelos quais julgou procedente o agravo de instrumento de R e reformou a decisão da Juíza que havia determinado a realização da nova perícia técnica, sendo que o tema relacionado a alegada semelhança física do recorrente com o falecido não foi discutido na formação daquele acórdão, até porque a decisão de primeiro grau (agravada) nada disse sobre isso.

Nessas condições, a matéria não pode ser objeto de discussão no recurso especial em razão da ausência do indispensável prequestionamento, o que atrai a incidência da Súmula n. 211 desta Corte.

*(4) Da ofensa ao art. 467 do CPC/1973.*

Finalmente, F asseverou que houve má interpretação da prova por parte do acórdão impugnado ao tonar absoluta a coisa julgada apesar da constatação da fraude no exame de DNA na ação investigatória anterior.

Apesar da deficiência na fundamentação do recurso especial no ponto, haja vista a ausência de demonstração da ofensa do dispositivo legal em tela pelo acórdão recorrido, passo a examinar a pretensão de flexibilização da coisa julgada.

Antes de mais nada, mostra-se necessário fazer uma breve exposição dos fatos que antecederam e ensejaram a interposição do presente apelo nobre, no qual F pretende, **numa terceira ação investigatória de paternidade**, que seja mais uma vez realizada a prova pericial de DNA, e que, ao final, seja reconhecido como filho do falecido F T M.

Na primeira ação de investigação de paternidade (Processo n. 82/93) que F ajuizou (e-STJ, fls. 113/121), em 8.2.1993, diretamente contra F T M, que estava vivo naquela oportunidade, após a realização da perícia técnica (exame de DNA) que excluiu a paternidade alegada, o pedido foi julgado improcedente (e-STJ, fls. 163/169).

A alegada ocorrência de irregularidade na coleta do material genético não foi acolhida, naquela ação, pelo Juízo da 4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central - SP, com os seguintes fundamentos:

[...]

*E a respeito da alegada irregularidade na coleta do material submetido a exame, saliento que, apesar da ampla oportunidade que lhe foi concedida, nada provou de concreto o autor. Suas assertivas, carentes de suporte fático, portanto, não podem ser agasalhadas. Aplica-se-lhes o brocardo latino *allegare nihil el allegatum non probare paria sunt*.*

Sobre a questão, tomo a liberdade de transcrever as bens lançadas palavras da Dr. Ana Luíza Schmidt Lourenço Rodrigues, ilustre Promotora de Justiça de Família:

Acrescentando o Dr. Perito que as conclusões do laudo são totalmente dependentes da perfeita identificação das pessoas testadas e da origem correta das amostras de sangue recebidas, acostou ao laudo as declarações de fls. 129 e 136, do responsável técnico pela coleta das amostras e da representante legal do menor, relativa a regularidade da coleta do sangue, que não foram em qualquer momento impugnadas.

Apesar da existência de tais declarações, face à irresignação do requerente à fl. 147, quanto à regularidade da coleta e identificação do material para exame, apresentou o Ministério Público os quesitos suplementares de fls. 154, respondidos a fls. 159 a 166, ocasião em que o Dr. Perito afirmou, categoricamente, a fls. 161, item 6, que em exames de determinação de paternidade, erros materiais tais como trocas de amostras ou de rótulos irão sempre levar a falsas exclusões. No Núcleo de Genética Médica (GENE) são sempre colhidas pelo menos duas amostras de sangue de cada pessoa testada. A primeira destas amostras é utilizada para o exame de Impressões Digitais de DNA e as outras são congeladas. Em todos os casos de exclusão de paternidade, os programas de computador que fazem testes estatísticos automaticamente examinam a maternidade e fazem testes estatísticos das várias permutações das amostras. Além disso, e mais importantemente, é feita uma segunda preparação de DNA a partir de uma metodologia independente (PCR), por uma equipe independente, às cegas. Assim, a possibilidade de resultados errôneos devido a trocas é definitivamente eliminado.

Ora, após as declarações realizadas pela genitora do menor e pelo responsável pela coleta do material quanto à respectiva regularidade de procedimento, bem como a realização de um segundo exame quando da exclusão da paternidade, conforme acima esclarecido, fica a possibilidade do erro apontado pelo requerente definitivamente afastada (fls. 262/3).

Como se vê, o autor não logrou, como lhe competia, demonstrar a existência de vínculos biológicos com o réu, nem infirmar as conclusões da perícia realizada, o que conduz à irrecusável *rejeição* do pedido formulado na inicial, que ora decreto (e-STJ, fls. 167/169).

A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que também rejeitou a alegação de ocorrência de vício na colheita do material genético, com os seguintes termos:

[...]

2. O recurso não comporta provimento, cingindo-se a questionamentos acerca de eventuais vícios ocorridos na colheita de material para o exame sanguíneo (DNA) e em audiência quanto à não oitiva pessoal do apelado (réu) e da representante legal do apelante (autor), além da condenação deste nas despesas, de que estaria isento por ser beneficiário da gratuidade judiciária e não haver perdido a condição legal de necessitado.

3. Em face do quadro probatório existente a improcedência era mesmo de rigor, certo que a perícia hematológica, realizada pelo moderno sistema de investigação genética por impressões digitais de DNA, consoante o laudo e esclarecimentos de fls. 126/145, 159/166 e 236/238, peremptoriamente excluiu o apelado do rol dos possíveis pais do apelante, conclusão que jamais poderia ser abalada por depoimentos pessoais ou testemunhais, ainda que tivessem sido uníssonos em sentido contrário, mas não é o caso dos autos.

[...]

*Anotando, embora, que as conclusões do laudo são totalmente dependentes da perfeita identificação das pessoas testadas e da origem correta das amostras de sangue recebidas, o perito judicial apresentou o resultado da investigação genética, explicando que:*

Para a determinação da paternidade, cada uma das impressões digitais de DNA de Aracy Gonçalves, Fábio Douglas Gonçalves e Fauze Tufik Mereb obtidas com cada uma das sondas foram estudadas ao mesmo tempo e comparadas. O resultado das preparações independentes estudadas com as duas sondas foi o mesmo. Então, os dois resultados foram reunidos. Com duas sondas foram identificadas nas Impressões Digitais de DNA de Fábio Douglas um total de 24 bandas. 13 destas bandas estavam presentes nas Impressões Digitais de Aracy Gonçalves e são bandas maternas. As 11 bandas que não estavam presentes em Aracy Gonçalves são bandas teste que Fábio Douglas deve ter forçosamente herdado de seu pai biológico, 8 das 11 bandas teste não estavam presentes nas Impressões Digitais de Fauze T e são conseqüentemente bandas de exclusão. Este resultado exclui a paternidade de Fauze com relação a Fábio (fl. 143).

Acrescentou mais o doutor perito que, em ocorrendo exclusão pelo sistema de Impressões Digitais de DNA, é recomendado outro teste, denominado PCR-Reação em Cadeia de Polimerase (critério de Willian C. Thompson), o qual também foi realizado no presente caso, obtendo-se igualmente a exclusão da paternidade, por isto vem assinalado em seu relato que:

Os resultados obtidos com os locus após e SE-33 não são compatíveis com a paternidade biológica de F T M com relação a F D G (fls. 143, *in fine*).

A insurgência a respeito da alegada irregularidade na coleta do material (troca de sangue do apelado antes de lacrados os tubos), a esta altura já preclusa, também encontrou resposta categórica do ilustre experto nos esclarecimentos trazidos a fls. 159/166 e 236/238, nos quais menciona as declarações constantes de fls. 129 e 131/132 originárias da genitora do investigado e do responsável pela coleta do material quanto à respectiva regularidade de procedimentos, bem como a realização de um segundo exame com amostras congeladas, por metodologia independente (PCR), quando da exclusão da paternidade, conforme ficou esclarecido, *de sorte a evidenciar que a possibilidade de resultados errôneos devido a trocas é definitivamente eliminada*, tal como observou a ínclita Promotora de Justiça no parecer de fls. 260/264.

4. Ainda, porém, que a questão relativa ao procedimento da coleta do material para o exame de sangue não estivesse definitivamente esclarecida, em virtude do indeferimento da realização de nova perícia (fls. 173v.), foi objeto de agravo de instrumento n. 235.965.1/8, julgado em sessão de 16.05.1995 da Colenda 2ª Câmara da extinta 1ª Seção Civil deste E. Tribunal, oportunidade em que os ilustres Julgadores negaram provimento à irresignação (fls. 316/319), havendo a respeito operado a preclusão, a teor do art. 473 do CPC, estatuinto que:

É defeso á parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão

(e-STJ, fls. 184/189)

O referido acórdão transitou em julgado aos 23.4.1996 (e-STJ, fl. 193).

Na segunda ação de investigação de paternidade (Processo n. 0026847-16.2012.8.26.0100), ajuizada em 20.3.2012, F alegou que o investigado F T M, antes de morrer teria procurado a sua genitora e lhe oferecido uma casa porque estaria arrependido de não ter reconhecido a paternidade (e-STJ, fls. 198/203). Este segundo pedido também foi julgado improcedente em primeiro grau e o processo foi extinto, sem resolução do mérito, em decorrência da caracterização da coisa julgada (e-STJ, fls. 204/205).

O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença valendo-se dos seguintes fundamentos:

[...]

Cuida-se de ação de investigação de paternidade ajuizada por maior em face de seu indigitado genitor. Julgada extinta a demanda sem resolução do mérito

em virtude do reconhecimento da coisa julgada, sobreveio o presente recurso de apelação do demandante.

E acertadamente.

Isso porque a ação, efetivamente, renova pedido anterior, pois basta um simples exame dos autos para observar que a questão objeto do apelo fora decidido nos autos do processo n. 82/93 (fls. 82/89), cuja sentença de improcedência acabou mantida em sede recursal (fls. 101/110), transitando o feito em julgado em meados de 1996 (fl. 41).

Note-se que o apelante valeu-se da presente ação objetivando o reconhecimento da paternidade do genitor do apelado em seu favor (falecido em 10 de janeiro de 2001, fl. 12), sendo este incluído no polo passivo por ser o sucessor dos direitos do falecido.

Entretanto, com a resposta, restou comprovado que ação idêntica foi movida contra o falecido, quando ainda vivo, e já naquela oportunidade realizada perícia genética de paternidade por impressões digitais de DNA, a pretensão acabou afastada porque atingida uma probabilidade de exclusão superior a 99,999% (fls. 62/81).

Não bastasse, julgada improcedente a ação, sobreveio acórdão confirmando o decidido, sendo que já naquela oportunidade cuidou o zeloso relator do apelo em consignar que o quadro probatório que levou a improcedência da ação restou amparado em moderno sistema de investigação genética (DNA), que não dá azo a apontada dúvida.

Ora, e pretendendo o autor neste, exatamente, os mesmos direitos colimados na ação judicial anteriormente proposta, e na qual sofre derrota aliás, nas duas instâncias), é evidente que sobre o tema há coisa julgada sendo impossível a rediscussão da matéria (e-STJ, fls. 209/210).

O aludido julgado transitou em julgado aos 8.11.2013 (e-STJ, fl. 211).

Daí a terceira ação de investigação de paternidade (Processo n. 0001257-31.2014.8.26.0338) ajuizada por F (e-STJ, fls. 21/41), aos 11.2.2014, na qual repetiu a alegação de que o investigado ofereceu uma casa própria para sua genitora como compensação por não ter reconhecido a sua paternidade (mesmo fato alegado na segunda investigatória) e inovou afirmando que em novembro de 2013, foi procurado por Ângelo Tadao Kawazoi (*Ângelo*) que teria lhe revelado a existência de fraude no exame de DNA realizado na primeira ação investigatória.

Segundo F, *Ângelo* teria lhe dito que aproximou o investigado do Dr. Silvio Fernando Tiritilli, profissional responsável pela coleta do material genético e que teria presenciado o pagamento de substancial valor em espécie realizado

pelo “de cujus” para que trocasse o material sanguíneo coletado. Disse, ainda, que o fato constou de escritura pública e que ratificaria a existência da fraude em juízo.

Na oportunidade, F invocou princípios constitucionais e pugnou pela relativização da coisa julgada ocorrida na primeira ação de investigação de paternidade para que fosse reconhecido como filho do investigado falecido.

A Juíza de primeiro grau, na fase de saneamento do processo, afastou a preliminar de coisa julgada material afirmada por R, filho do falecido, e deferiu a produção de nova prova pericial (exame de DNA), com os seguintes fundamentos:

[...]

Ocorre que, em se tratando de questões atinentes ao direito de família, por envolverem questões de estado, existe a possibilidade de reabrir ação judicial sobre matéria já julgada por sentença transitada em julgado em busca da verdade real.

A doutrina mais moderna considera ser o direito à identidade genética um direito fundamental integrante do direito de personalidade, de modo que rejeitar a nova discussão sobre a questão da filiação biológica implica em fazer perpetuar situações injustas e distantes da realidade (verdade real), atingindo frontalmente o citado direito fundamental do indivíduo. Dessa forma, a relativização da coisa julgada material em casos desta natureza torna-se medida necessária para garantir à pessoa o exercício de seu direito fundamental e a correção de graves injustiças ocorridas no passado.

É certo que tal jurisprudência e posição doutrinária não prevalece em se tratando de ações de investigação de paternidade julgadas por presunção, sem a realização do respectivo exame pericial (DNA) - o que não é o caso dos autos -, no entanto, *existem fortes indícios da alegada fraude perpetrada pelo de cujus* (fls. 28, 30/31 e 35). Por tal motivo, imperiosa a nova discussão sobre a paternidade do autor, permitindo-se o refazimento da prova pericial (exame de DNA) (e-STJ, fl. 253).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, não compartilhou do entendimento da em. juíza de primeiro grau e acolheu a alegação de coisa julgada, extinguindo o feito sem resolução do mérito, no que importa, nos seguintes termos:

[...]

A declaração de fls. 47 (fls. 28 dos autos originais), suposta prova fundamental das alegações do agravado, não pode sequer ser considerada efetivamente como

prova. Trata-se de declaração unilateral de terceiro que sequer participou da coleta do material utilizado no exame anteriormente realizado.

***A citada declaração tão somente se refere a uma suposta alegação do médico que realizou aquele procedimento, o qual teria, em tese, reconhecido para o declarante em conversa informal, que teria havido fraude naquele exame.***

***Efetivamente tal declaração nada modifica na situação anterior. Não merece sequer o 'status' de prova do seu próprio conteúdo. A só circunstância de ter sido efetuada diante do Oficial de Notas não lhe confere maior força probante. Lembre-se, no caso, de que a declaração pública destina-se unicamente a comprovar a formalidade realizada, não o conteúdo da declaração. De nada vale, portanto, tal documento*** (e-STJ, fls. 284/285, sem destaques no original).

Feito esse fiel histórico do que se passou de relevante nas três ações de investigação de paternidade ajuizadas por F, aqui o cerne da controvérsia reside em saber se, apesar da questão relativa a existência de fraude ter sido fartamente examinada e afastada em acórdão transitado em julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ou seja, ter ocorrido coisa julgada material e formal do tema, é admissível que um fato trazido após 20 (vinte) anos da realização do exame de DNA (realizado em 13.9.1993, e-STJ, fls. 144/150), consubstanciado numa declaração unilateral de quem teria ouvido falar de terceiro sobre a ocorrência de fraude no referido exame, tratado como fortes indícios pela decisão da Juíza *a quo*, tenha o condão de flexibilizar os efeitos da coisa julgada.

A resposta, ao meu ver, é negativa.

Como é sabido, a partir do julgamento do RE n. 363.889/DF pelo Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro *Dias Toffoli*, DJe de 16.12.2011, com repercussão geral conhecida, que firmou o entendimento de ***deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo***, julgados desta e. Corte Superior foram consolidados e novos foram proferidos no sentido de relativizar excepcionalmente a coisa julgada nas ações de estado relativas a ações de investigação de paternidade anteriores a democratização e ao acesso ao exame de DNA, permitindo nova propositura da ação.

A propósito, os seguintes precedentes:

Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa

julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido.

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

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

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

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

(REsp n. 226.436/PR, Rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 4.2.2002, sem destaque no original).

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA não realizado em ação anterior julgada improcedente. Relativização da coisa julgada. Possibilidade. Precedentes. Agravo interno a que se nega provimento.

1. *Nas ações de investigação de paternidade, a jurisprudência desta Casa admite a relativização da coisa julgada quando na demanda anterior não foi possível a realização do exame de DNA, em observância ao princípio da verdade real.*

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.417.628/MG, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado aos 28.3.2017, DJe de 6.4.2017, sem destaque no original).

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

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

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

3. *Deve ser relativizada a coisa julgada firmada em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, na qual o exame hematológico determinado pelo juízo deixou de ser realizado, no entender do Tribunal de origem, por desídia da parte autora.* Fundamento que não pode servir de obstáculo ao conhecimento da verdade real, uma vez que a autora, à época da primeira ação, era menor impúbere, e o direito à paternidade, sendo personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, não pode ser obstado por ato atribuível exclusivamente à representante legal da parte, máxime considerando-se que anterior à universalização do exame de DNA.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.071.458/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado aos 7.3.2017, DJe de 15.3.2017, sem destaque no original).

Civil e Processual Civil. Negatória de paternidade. Vínculo declarado em anterior ação investigatória. Flexibilização da coisa julgada. Possibilidade. Peculiaridades do caso. Vínculo genético afastado por exame de DNA. Princípio da verdade real. Prevalência. Recurso desprovido.

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

*Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF.*

Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.375.644/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado aos 1º.4.2014, DJe de 2.6.2014, sem destaques no original).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Coisa julgada. Mitigação. Possibilidade. Acórdão recorrido em contrariedade com jurisprudência sedimentada das Cortes Superiores. Provimento do recurso especial. Dissídio notório suficientemente demonstrado.

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

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.516.863/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado aos 3.12.2015, DJe de 11.12.2015)

Dessa forma, admite-se, *em caráter excepcionalíssimo*, a relativização da coisa julgada e nova demanda pode ser intentada nas hipóteses específicas em que o pedido de reconhecimento de paternidade foi julgado improcedente por insuficiência de provas, em razão da não realização do exame de DNA, tendo em vista os interesses e os direitos envolvidos porque, nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real prestigiando direito personalíssimo do indivíduo (direito fundamental à filiação) de busca da sua origem biológica.

*No caso em tela, contudo, o pedido contido na primeira ação de investigação de paternidade foi de improcedência porque a prova pericial genética (exame de DNA) realizada enquanto o investigado estava vivo, excluiu a paternidade almejada por F, de modo que tal situação não se enquadra nas que deram origem a orientação jurisprudencial acima destacada, razão pela qual o direito indisponível de conhecimento da paternidade sucumbe perante a força da coisa julgada, no caso, material e formal.*

*Esta eg. Corte Superior, em alguns julgados, não tem relativizado a coisa julgada fora da hipótese descrita na jurisprudência supracitada do STJ e do STF, se não vejamos:*

Processual Civil. Agravo interno. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Reexame de provas. Inviabilidade. Paternidade declarada em ação

de investigação. Relativização da coisa julgada. Descabimento. Os fundamentos utilizados pelo STF, no RE n. 363.889/DF, com característica de repercussão geral, são todos no interesse daquele que persegue a declaração da paternidade, referindo-se o precedente à imprescritibilidade do reconhecimento do estado de filiação e à paternidade responsável. Proteção à coisa julgada. Imprescindibilidade que decorre do próprio Estado Democrático de Direito.

1. Há precedente deste Colegiado - proferido antes mesmo do *leading case* do STF - reconhecendo a possibilidade de repropositura de ação de investigação de paternidade; caso, na primeira demanda, diante da precariedade da prova e inexistência de exame de DNA, tenha havido julgamento de improcedência. (REsp 226.436/PR, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, julgado em 28.06.2001, DJ 04.02.2002, p. 370)

2. Ademais, por um lado, a leitura do RE 363.889/DF, relator Ministro Dias Toffoli, permite concluir que, dentre outros fundamentos, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA - que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível -, assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável. Por outro lado, ficou consignado no voto condutor que, no que tange ao investigador, trata-se de “corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanação natural do estado da pessoa”. (REsp 1.188.280/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 20.06.2013, DJe 16.09.2013)

3. No caso, a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente, inclusive com a realização de exame de DNA. Nesse contexto, evidente que a situação retratada não se enquadra àquelas que deram origem à orientação jurisprudencial desta Casa e do Supremo Tribunal Federal. (Aglnt no REsp 1.526.936/RS, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, julgado em 07.06.2016, DJe 10.06.2016)

4. Agravo interno não provido.

(Aglnt no REsp n. 1.406.384/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 11.10.2016, DJe de 18.10.2016).

Recurso especial. Direito de Família e Processual Civil. Ação negatória de paternidade. Pretensão de relativização da coisa julgada formada em anterior ação de investigação de paternidade. Impossibilidade na espécie. Dissídio jurisprudencial. Ausência de devida demonstração. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 363.889/DF, com repercussão geral reconhecida, permitiu, em caráter excepcional, a relativização da coisa julgada formada em ação de investigação julgada improcedente por ausência de provas, quando não tenha sido oportunizada a realização de exame pericial

acerca da origem biológica do investigando por circunstâncias alheias à vontade das partes.

*2. Hipótese distinta do caso concreto em que a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente com base na prova testemunhal, e, especialmente, diante da reiterada recusa dos herdeiros do investigado em proceder ao exame genético, que, chamados à coleta do material por sete vezes, deixaram de atender a qualquer deles.*

3. Configura conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva, a ser observada também em sede processual, a reiterada negativa, por parte da recorrente, de produzir a prova que traria certeza à controvérsia estabelecida nos autos da anterior ação de investigação de paternidade para, transitada em julgado a decisão que lhe é desfavorável, ajuizar ação negatória de paternidade agora visando à realização do exame de DNA que se negara a realizar anteriormente.

4. Intolerável o comportamento contraditório da parte, beirando os limites da litigância de má-fé.

*5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.*

(REsp n. 1.562.239/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 9.5.2017, DJe de 16.5.2017, sem destaque no original).

A coisa julgada, como se sabe, impede o Poder Judiciário de se pronunciar sobre questão que já foi amplamente decidida em demanda anterior com as mesmas partes e objeto, em respeito a segurança ou a estabilidade que deve haver nas relações jurídicas, elementos essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A estabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado não podem ser alteradas senão quando houver fundamentos relevantes, como na hipótese que originou a jurisprudência acima destacada, que excepcionalmente, privilegiou o direito fundamental relacionado a personalidade em detrimento da coisa julgada, na hipótese especialíssima, repita-se, na qual não foi possível a realização do exame DNA.

No caso em análise, repito, na qual a paternidade foi afastada com base na prova pericial consubstanciada na realização de exame de DNA, após 20 (vinte) anos da realização da perícia e depois do prazo para a rescisória, F ajuizou uma terceira ação de investigação de paternidade, relatando que foi procurado por uma pessoa chamada *Ângelo*, que lhe disse que ouviu do médico que coletou o exame de DNA, que houve fraude na prova pericial realizada em 1993.

Juntou, com a inicial, uma declaração aos 28.2.2014, feita por instrumento público por *Ângelo* e que dizia:

[...], vem declarar, sob sua exclusiva responsabilidade civil e penal que, em 1989 conheceu o biomédico Doutor *Silvio Fernando Tiritilli*, tornando-se seu amigo desde então; no ano de 1993 conheceu o senhor F T M (*sic*) mesmo ano em que o Doutor *Silvio Fernando Tiritilli* era o responsável pela coleta de material genético do Laboratório GENE, em São Paulo, Capital; em meados do ano de 1993, apresentou o Doutor *Silvio Fernando Tiritilli* ao senhor F T M (*sic*); após algum tempo, o senhor F T M (*sic*) foi a laboratório anteriormente mencionado, para realizar exame de investigação de paternidade de F D G (*sic*); por fim, após algum tempo da realização deste exame, foi procurado pelo doutor *Silvio Fernando Tiritilli*, que o informou que a amostra do exame feito pelo senhor F T M foi trocada (e-STJ, fl. 47).

Sem ofuscar o direito fundamental que F tem de tentar ver reconhecida a sua origem genética, entendo que a referida declaração feita por instrumento público, que como visto no tópico “2” não comprova o seu conteúdo, e não é fundamento relevante para criar uma nova hipótese de relativização da coisa julgada, em ação de investigação de paternidade, além da já citada na jurisprudência e da ação rescisória, prevista em lei para este mister.

A um, porque o declarante, como um raio numa tarde de sol, para revolver um processo de 20 (vinte) anos, surgiu do nada relatando um fato que não presenciou e que teria ouvido de terceiro (o biomédico *Silvio Fernando Tiritilli*), qual seja, que houve fraude no exame DNA que realizou em 1993. Ora, a estória declarada, além de mal contada, não impressiona porque qualquer um que teve acesso aos autos e aos anteriores, saberia que o referido médico participou do exame pericial.

A dois, porque a e. magistrada de primeiro-grau, que tinha conhecimento da jurisprudência supracitada e sem nenhuma diligência anterior, deu credibilidade à narrativa dizendo que existiam fortes indícios da alegada fraude, e simplesmente afastou a coisa julgada material existente sobre o tema. Absolutamente nenhuma providência foi tomada para aferir a veracidade do conteúdo da declaração feita por *Ângelo*, e mesmo assim, relativizou a coisa julgada e determinou a realização de novo exame de DNA, o que impressiona.

A três, porque ficou demonstrado na transcrição das peças relevantes das três ações de investigação de paternidade, que a questão relativa a existência de possível fraude no referido exame foi exaustivamente examinada na instância ordinária que, com suporte na prova realizada, inclusive pericial, afastou por completo tal possibilidade, tendo ocorrido o trânsito em julgado dos processos.

Desse modo, ao meu sentir, ainda que seja produzida para ser usada em ação de estado, uma declaração de terceiro que nem sequer presenciou a anterior coleta do material utilizado no exame de DNA e sem a realização de diligência para verificar a veracidade do seu conteúdo, não pode ter força suficiente para ser fundamento relevante para desconstituir sentença transitada em julgado, em ação na qual a prova produzida foi conclusiva no sentido da não configuração da fraude e não admitiu a paternidade.

Não me sinto convencido e confortável para votar no sentido de admitir tal possibilidade, ainda mais correndo o risco de criar um precedente que pode banalizar o instituto da coisa julgada.

Afinal, o processo não é saco sem fundos, que possa permitir marchas e contramarchas ao sabor de um reiterado demandante, que insiste em discutir tese enterrada.

Para finalizar a celeuma, por oportuno e conveniente, peço vênua para transcrever a observação feita pelo e. Ministro *Luiz Fux* no seu voto-vista, no já mencionado julgamento do RE n. 363.889/DF, no que tange relevância da coisa julgada para a segurança jurídica, na ação que também vindicou a sua relativização em paternidade declarada em investigatória, plenamente adequada e pertinente para ao caso em tela:

O princípio da segurança jurídica é tão relevante que, além de contribuir para a duração de um sistema político, na sua ausência, qualquer sociedade entra em colapso. Ela é um dos mais elementares preceitos que todo ordenamento jurídico deve observar. Nesse diapasão, cumpre a todo e qualquer Estado reduzir as incertezas do futuro, pois, segundo pontifica Richard S. Kay, “um dos mais graves danos que o Estado pode infligir aos seus cidadãos é submetê-los a vidas de perpétua incerteza”.

[...]

O projeto individual de futuro, no entanto, deve partir, para concretizar-se, de premissas dotadas de confiabilidade, cuja higidez não seja colocada em xeque a cada novo momento. E é justamente sobre essas premissas que a Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI, coloca o manto da inalterabilidade, protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada material das incertezas que as mudanças do futuro poderiam ocasionar.

*No plano do direito comparado, a proteção da coisa julgada, quando não estabelecida de modo expresso na Constituição, é entendida como uma decorrência do direito à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV), pois a resposta do Judiciário, para ser eficaz do ponto de vista social, não pode ficar eternamente à mercê de modificações e reversões.*

Nessa toada, e considerando todo o exposto, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial.

Por derradeiro, vale advertir que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito a incidência de multa (arts. 77, § 1º, 1º e 2º, 1.021, § 4º, e 1.026, § 2º, do NCPC).

### VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por F D G contra o acórdão do TJ/SP que, inadmitindo a flexibilização da coisa julgada formada em anterior ação investigatória de paternidade, deu provimento ao agravo de instrumento interposto por R M e extinguiu o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, V, do CPC/1973.

*Ação:* de investigação de paternidade “*post mortem*”, ajuizada em face de R M, filho do possível genitor F T M.

*Decisão interlocutória:* em sintonia com o parecer ministerial de fls. 251 (e-STJ), afastou o óbice da coisa julgada material e deferiu a produção da prova pericial consistente na realização de exame de DNA, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 252/253):

Alega o réu a ocorrência da coisa julgada material, já que a questão discutida nos autos já foi julgada por sentença de mérito proferida em ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada (Proc. 82/93).

Ocorre que, em se tratando de questões atinentes ao direito de família, por envolverem questões de estado, existe a possibilidade de reabrir ação judicial sobre matéria já julgada por sentença transitada em julgado em busca da verdade real.

A doutrina mais moderna considera o direito à identidade genética um direito fundamental integrante do direito da personalidade, de modo que rejeitar a nova discussão sobre a questão da filiação biológica implica em fazer perpetuar situações injustas e distantes da realidade (verdade real), atingindo frontalmente o citado direito fundamental do indivíduo. Dessa forma, a relativização da coisa julgada material em casos desta natureza torna-se medida necessária para garantir à pessoa o exercício de seu direito fundamental e a correção de graves injustiças cometidas no passado.

É certo que tal jurisprudência e posição doutrinária prevalece em se tratando de ações de investigação de paternidade julgadas por presunção, sem realização

do respectivo exame pericial (DNA) – o que não é o caso dos autos – no entanto, existem fortes indícios da alegada fraude perpetrada pelo *de cujus* (fls. 28, 30/31 e 35). Por tal motivo, imperiosa a nova discussão sobre a paternidade do autor, permitindo-se o refazimento da prova pericial (exame de DNA).

Assim, o princípio da segurança jurídica cede espaço ao direito fundamental do indivíduo à identidade genética, que deve prevalecer sobre o primeiro, ficando afastada a preliminar de coisa julgada material (pressuposto processual negativo).

No mais, presentes as condições da ação e pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido, dou o feito por *saneado* e fixo como ponto controvertido: a existência de vínculo de filiação entre o autor e o *de cujus*.

*Defiro* a produção da prova pericial, consistente na realização de exame de DNA. Para tanto, oficie-se ao IMESC para agendamento da prova pericial, com nota de que o autor não é beneficiário da gratuidade processual.

*Acórdão do TJ/SP*: deu provimento ao recurso interposto por F M (fls. 282/286, e-STJ), cuja ementa é a seguinte:

*Coisa julgada. Demanda de investigação de paternidade "post mortem". Flexibilização. Inadmissibilidade. Demanda anterior já julgada improcedente após a realização de exame pelo método DNA, quando ainda vivo o "de cujus". Alegada irregularidade na realização do exame que não foi demonstrada. Circunstância, por si só, que não autoriza a apontada flexibilização da coisa julgada. Decisão reformada para reconhecer a ocorrência da coisa julgada e extinguir o feito sem julgamento do mérito. Recurso de agravo provido.*

*Recurso Especial*: aponta violação aos arts. 535, I e II, 364, 332 e 467, todos do CPC/1973. Em síntese, sustenta o recorrente que: (i) teria havido contradição no acórdão recorrido no tocante a valoração da declaração pública da alegada fraude e omissões quanto à semelhança entre o recorrente e o pretense genitor, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, quanto aos direitos fundamentais de filiação, de assistência jurídica aos desamparados, de acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório; (ii) incorreta desconsideração da declaração pública por meio da qual a referida fraude teria sido comprovada; (iii) indevida desconsideração da prova fotográfica que atestaria a semelhança física entre o recorrente e o pretense genitor; (iv) inadequado reconhecimento de absolutidade da coisa julgada, quando se trataria de hipótese de relativizá-la (fls. 309/320, e-STJ).

*Parecer do Ministério Público Federal*: opina, às fls. 425/430 (e-STJ), pelo conhecimento em parte do recurso especial e, na parte conhecida, que lhe

seja dado provimento para determinar a realização de novo exame pericial, restabelecendo-se a decisão de 1º grau de jurisdição.

*Julgamento:* o e. Min. Relator nega provimento ao recurso especial, sob os seguintes fundamentos: o acórdão recorrido não padece dos vícios do art. 535, I e II; não houve violação ao art. 364, pois a declaração obtida pelo recorrente não comprova a existência da fraude; não houve prequestionamento no tocante a alegada violação ao art. 332, uma vez que a semelhança física entre o recorrente e o pretense genitor não foi examinada pelo acórdão recorrido; não se trataria de afastamento da coisa julgada material, seja porque as hipóteses de flexibilização da *res judicata* estão restrita às ações investigatórias de paternidade julgadas im procedentes por insuficiência de provas, seja porque os elementos de prova colhidos pelo recorrente são insuficientes para atestar a alegada falsidade.

Na sequência, pedi vista para melhor análise da controvérsia.

***Revisados os fatos, decide-se.***

*I. Violação ao art. 535, I e II, CPC/1973.*

Inicialmente, e em sintonia com o voto do e. Relator, não há que se falar em contradição ou omissões no acórdão recorrido, na medida em que as questões relacionadas à valoração da declaração pública da alegada fraude, à semelhança entre o recorrente e o pretense genitor e a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais de filiação, de assistência jurídica aos desamparados, de acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, foram examinadas no acórdão recorrido.

A solução da controvérsia em desconformidade com a pretensão da parte não é suficiente para autorizar o manejo dos aclaratórios, tampouco eiva de vícios o acórdão recorrido.

*II. Reconstrução histórica. Síntese das 03 (três) ações investigatórias de paternidade ajuizadas pelo recorrente.*

Considerando que se trata da 3ª ação investigatória de paternidade ajuizada pelo recorrente e que a questão submetida ao crivo desta Corte é de alta indagação e de grande complexidade, devendo ser examinada por diversos matices, faz-se necessária a realização de uma sintética reconstrução histórica envolvendo as 03 (três) ações já ajuizadas pelo recorrente.

*1ª ação de investigação de paternidade (processo n. 82/93):*

Trata-se de ação investigatória de paternidade ajuizada em 18.02.1993, distribuída para a 4ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, em que o recorrente, diante da narrativa e dos elementos de prova que lhe foram confiados pela sua genitora sobre a existência de um relacionamento amoroso com F T M (genitor do recorrido), pleiteou o reconhecimento da paternidade biológica de F T M e, conseqüentemente, a fixação de alimentos provisionais ou definitivos no importe de 15 (quinze) salários-mínimos.

Controvertida a paternidade, foram colhidas por Silvio Fernando Tiritilli as amostras sanguíneas pelo Laboratório Gene em 13.09.1993, viabilizando-se então a produção da prova técnica consubstanciada em perícia genética realizada por meio do exame de DNA. Ato contínuo, sobreveio, em 03.11.1993, laudo pericial subscrito por Sérgio Danilo Pena, cuja conclusão foi de que F T M não era o pai biológico de F D G (fls. 136/151, e-STJ).

Anote-se que houve, neste processo, a suscitação de irregularidade na coleta do material submetido a exame e requerimento de nova perícia, indeferida ao fundamento de que o recorrente não teria comprovado nada de concreto. Houve recurso especificamente sobre este tema, desprovido pelo TJ/SP nos termos do acórdão de fls. 176/179 (e-STJ), ao fundamento de que nada teria sido comprovado a respeito.

Foi proferida sentença de improcedência em 29.11.1994, tendo como fundamento, essencialmente, o laudo pericial (fls. 163/170, e-STJ). O TJ/SP manteve integralmente a sentença, conforme se depreende do acórdão de fls. 182/191 (e-STJ), novamente rechaçando a tese de existência de vícios na coleta das amostras, transitando em julgado o acórdão em 23.04.1996 (fl. 193, e-STJ).

*2ª ação de investigação de paternidade (processo n. 0026847-16.2012.8.26.0100):*

Trata-se de ação investigatória de paternidade ajuizada em 20.03.2012, novamente distribuída para a 4ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, em que o recorrente narra ter havido um encontro entre F T M e a sua genitora em meados de 1998, ocasião em que o pretense genitor teria demonstrado arrependimento e oferecido apoio financeiro, tendo supostamente entregue naquela ocasião, inclusive, cheques

para a aquisição de um imóvel e pagamento das despesas cartorárias para essa finalidade.

Controvertida a paternidade pelo recorrido, foi proferida sentença de extinção sem exame de mérito em 23.04.2013, tendo como fundamento, essencialmente, a coisa julgada material formada na 1ª ação investigatória de paternidade – art. 267, V, do CPC/1973 (fls. 204/205, e-STJ). O TJ/SP manteve integralmente a sentença, conforme se depreende do acórdão de fls. 207/210 (e-STJ), acrescentando, ainda, que a prova pericial realizada na 1ª ação investigatória foi realizada de acordo com os mais modernos procedimentos existentes e com resultados inquestionáveis.

*3ª ação de investigação de paternidade (processo n. 0001257-31.2014.8.26.0338):*

Trata-se de ação investigatória de paternidade ajuizada em 10.03.2014, desta feita distribuída para a 1ª Vara do Foro da Comarca de Mairiporã do Estado de São Paulo (posteriormente deslocada para o Foro Central Cível da Comarca da Capital em função do acolhimento de exceção de incompetência), em que o recorrente, melhor detalhando a questão relacionada aos cheques destinados à suposta aquisição de um imóvel, também informa ter sido procurado por uma pessoa – Angelo Tadao Kawazoi – que afirma saber e ter efetivamente participado da suposta fraude ocorrida no exame de DNA por ocasião da 1ª ação investigatória, concordando com a declaração destes fatos em escritura pública.

Uma vez mais controvertida a paternidade pelo recorrido, houve requerimento de produção de prova oral e pericial pelo recorrente e, ato contínuo, sobrevém parecer ministerial opinando pela rejeição da preliminar de coisa julgada e a realização de exame de DNA (fl. 251, e-STJ).

Em 26.02.2015 foi proferida decisão de saneamento do processo (fls. 252/254, e-STJ), por meio da qual foi afastada a preliminar de coisa julgada e deferida a produção da prova pericial. Em face desta decisão houve agravo de instrumento (processo n. 2044435-06.2015.8.26.0000), ao qual foi atribuído efeito suspensivo para obstar a produção da prova pericial (fl. 260, e-STJ) e, ao final, provido para extinguir o processo sem resolução de mérito ao fundamento de que há coisa julgada (fls. 282/286, e-STJ).

Após a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo recorrente na origem, foram interpostos recursos especial (fls. 309/320, e-STJ) e extraordinário

(fls. 323/333, e-STJ), recebendo ambos o juízo negativo de admissibilidade pela Presidência de Direito Privado do TJ/SP (fls. 375/378, e-STJ), motivando a interposição dos respectivos agravos (fls. 380/407, e-STJ).

No âmbito desta Corte, dada vista ao Ministério Público Federal, sobreveio parecer opinando para que “o recurso especial seja parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, com o retorno dos autos à origem para a realização de novo exame pericial” (fls. 425/430, e-STJ), tendo o e. Relator, em sequência, dado provimento ao agravo para convertê-lo em recurso especial e melhor examinar a controvérsia (fls. 436/439, e-STJ).

*III. Filiação, ancestralidade e identidade genética como vetores da dignidade da pessoa humana.*

Não se pode olvidar que a questão em exame envolve um dos direitos fundamentais de maior importância ao ser humano. Os direitos à filiação, à identidade genética e à busca da ancestralidade integram uma parcela muito significativa dos direitos da personalidade, que, sabidamente, são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*, de modo que não se deve negar a ninguém o direito de descobrir a sua própria origem, quem são seus pais e os seus demais familiares, de onde veio e qual é a sua história.

Esses elementos, indissociáveis do conceito de dignidade da pessoa humana, são instrumentos não apenas aptos, mas verdadeiramente necessários à formação da personalidade, do caráter, dos valores, das diretivas de vida e dos padrões comportamentais das pessoas. A relevância é tamanha que basta a mera reflexão sobre quem seríamos e onde estaríamos hoje se não soubéssemos quem são os nossos pais para que se reconheça a fundamental importância da filiação, da identidade genética e da ancestralidade na formação humana.

Justamente por se tratar de um aspecto de vital importância ao ser humano é que este direito personalíssimo merece tutela jurídica integral e especial, devendo o Estado promovê-lo e salvaguardá-lo de forma incessante, a fim de que todos, indistintamente, tenham a oportunidade de conhecer e de ter esclarecida a sua verdade biológica. Não se pode permitir, em qualquer hipótese e sob qualquer fundamento, que uma pessoa, já ao final de sua vida, diga “*se eu soubesse que ele era o meu pai, talvez a minha vida teria sido diferente...*”.

Isso porque o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III, da Constituição Federal, traz em seu bojo o direito

à identidade biológica e pessoal, conforme defendido pelo i. Min. Maurício Corrêa do Supremo Tribunal Federal, por ocasião quando do julgamento do RE 248.869/SP, em 07.08.2003, ocasião em que assim explicitou:

O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, inciso III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate. No dizer de Luiz Edson Fachin “a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na Constituição Federal. Trata-se da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal”.

A contextualização inicial deste tema era imprescindível para orientar a análise das circunstâncias específicas que dizem respeito a hipótese examinada neste recurso.

#### *IV. Autonomia do direito à prova.*

Há muito se consignou que o direito de provar as alegações de fato possui uma raiz constitucional derivada das garantias ao processo justo e ao devido processo legal, sem as quais ninguém poderá ser privado de seus bens e de seus direitos. Integra, de um lado, o direito de ação (isto é, o direito de alegar, argumentar e provar os fatos relacionados à controvérsia, a fim de obter a tutela jurisdicional requerida) e, de outro lado, o direito à ampla defesa (que, em última análise, é uma atividade exatamente contraposta à ação, devendo ser ampla o suficiente para permitir que também ao réu seja permitido provar os fatos relevantes para o deslinde da controvérsia).

Todavia, em paralelo ao direito de provar, que se relaciona diretamente com a própria atividade jurisdicional – ou seja, o direito de provar em juízo e para o juízo, a fim de obter tutela que declare a existência do direito material vindicado – passou-se a reconhecer, mais contemporaneamente, também a existência de um direito autônomo à prova (também chamado na doutrina de “direito à produção da prova”), assim compreendido como o direito que possuem as pessoas de esclarecer as situações de fato que lhes digam respeito, independentemente da existência, atual, futura ou potencial, de um litígio relacionado a tais circunstâncias.

Nessa perspectiva, verifica-se que o eixo central e o protagonismo da questão relacionada ao direito à prova se desloca do juízo para as próprias partes – a quem, em última análise, a prova efetivamente serve – na medida em que não mais se busca a descoberta de um fato a fim de convencer alguém, senão a si próprio em primeiro lugar.

Essa mudança de paradigma, hoje positivada especialmente no art. 381, III, do CPC/2015, foi bem explicitada por Flávio Luiz Yarshell:

O caráter autônomo da prova reside, portanto, na circunstância de que ela não é produzida para informar, direta ou imediatamente, a convicção do juiz, com vistas ao julgamento estatal. A prova é produzida essencialmente para que as partes possam dela extrair elementos a nortear a sua conduta, fora ou dentro do juízo. (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332/333).

O direito autônomo à prova é, pois, um mecanismo que permite às partes apenas pesquisar a existência e o modo de ocorrência de determinados fatos, independentemente da existência de um litígio potencial, além de ser também um instrumento útil para que as partes mensurem, previamente, a viabilidade e os riscos envolvidos em um eventual e futuro litígio. Nesse sentido, lecionam Adriano Caldas e Marco Félix Jobim:

O direito autônomo à prova garante aos interessados elementos indispensáveis e suficientes para formar convicção acerca da conveniência de ajuizar (ou evitar o ajuizamento) de uma demanda, assim como para viabilizar a autocomposição ou outras formas de solução extrajudicial dos conflitos, esgotando-se com a produção da prova. Sobreleva-se, aqui, a concepção de que a prova também se faz sob a perspectiva e no interesse das partes. (CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC in Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5: direito probatório. Coord.: Fredie Didier Jr. et. al. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 547).

Na hipótese, verifica-se que a prova pericial que se pretende seja refeita, embora já no âmbito de um litígio envolvendo a investigação e o reconhecimento da paternidade, amolda-se integralmente a característica de autonomia acima retratada, sobretudo porque o fato que o recorrente pretende investigar – se é ou não filho de F T M – é de fundamental importância para o desenvolvimento e pacificação da sua própria vida e essencial à formação de sua personalidade.

Significa dizer, portanto, que havendo meio para que se descubra a verdade real e um cenário de dúvida razoável que justifique a reabertura de uma discussão

em tese sepultada pela coisa julgada material, deverá prevalecer o direito autônomo à prova de que é titular o recorrente, permitindo-se a realização de novo exame pericial que salvaguardará integralmente os seus direitos à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade.

*V. Standards probatórios, valoração e a verdade possível.*

Na hipótese, verifica-se que a causa de pedir deduzida pelo recorrente para buscar a reabertura da discussão acerca da existência, ou não, de vínculo biológico com F T M está assentada na ocorrência de fraude no exame de DNA realizado em 1993 pelo Laboratório Gene, que teria sido promovida mediante a troca das amostras sanguíneas colhidas naquela ocasião.

A questão não é exatamente nova, na medida em que a alegação de existência de fraude foi veiculada desde a 1ª ação investigatória de paternidade ajuizada pelo recorrente, tendo sido sucessivamente agregados, na 2ª e na 3ª ação, os elementos de prova que o recorrente reputou suficientes para demonstrar, ao menos, a existência de dúvida razoável que justificasse a reabertura da discussão. Todavia, verifica-se que essa irresignação foi reiteradamente rejeitada, sempre ao fundamento de que caberia ao recorrente produzir prova cabal da existência da troca das amostras para que se justificasse a realização de um novo exame de DNA.

Nesse contexto, há dois possíveis caminhos para que se solucione a controvérsia: (i) a investigação da existência de fraude no exame de DNA realizado pelo Laboratório Gene em 1993, procedendo-se, a partir da constatação do vício, a um novo exame de DNA; (ii) a realização, diretamente, da investigação da própria paternidade por meio da realização de um novo exame de DNA.

Em relação ao primeiro aspecto, considerando que a existência de fraude é causa de pedir e fundamento pelo qual o recorrente pretende o afastamento da coisa julgada material e a rediscussão do tema relacionado ao vínculo biológico, não há como se afastar do exame da pretensão que neste fato está assentada.

As questões que se colocam, todavia, são as seguintes: Seria razoável exigir do recorrente, nas circunstâncias específicas que permeiam a hipótese, que seja produzida uma prova cabal, contundente ou irrefutável acerca da existência da fraude supostamente perpetrada? Seria adequado exigir do recorrente mais provas do que aquelas já produzidas para, no mínimo, afastar a coisa julgada material e prosseguir-se com a apuração mais pormenorizada dos fatos em 1º

grau de jurisdição? O problema, pois, coloca-se no campo da valoração das provas produzidas pelo recorrente e nos *standards* probatórios exigíveis da parte nessas circunstâncias.

Sobre *standards* probatórios, leciona Michele Taruffo:

Na abordagem usual ao problema de como o julgador deve determinar o valor probatório dos meios de prova, faz-se com frequência uma referência vaga e geral ao senso comum, à experiência comum, à razoabilidade ou à racionalidade, sem que se definam critérios mais precisos ou mais específicos. Isso não é muito, todavia, já que a discricionariedade do juiz não se limita e tampouco se controla por tais referências indeterminadas, restando aberta a via para percepções subjetivas e pessoais. Por vezes, entretanto, procura-se oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio. Um *standard* que se usa amplamente no processo civil de *common law* é aquele da “preponderância da prova” (ou “preponderância da probabilidade”, ou “balanço das probabilidades ou, ainda, “maior peso da prova”. Essencialmente, esse *standard* estabelece que, quando sobre um fato existirem provas conflitantes, o julgador deverá “sopesar” as probabilidades relativas às diferentes versões dos fatos e fazer uma escolha em favor da afirmação que lhe parecer relativamente “mais provável”, com base nos meios de prova disponíveis. Tal *standard* é obviamente racional, uma vez que seria irracional permitir ao julgador escolher a versão dos fatos mais debilmente sustentada pelos meios de prova: é claro que a versão relativamente “mais forte” deve prevalecer sobre a relativamente “mais fraca”. Ademais, podem-se elencar várias outras razões em favor desse *standard*, como, por exemplo, sua capacidade de minimizar erros prováveis na tomada de decisões, bem como de fazer cumprir o princípio da igualdade das partes no processo civil. Todavia, alguns problemas podem surgir na aplicação do *standard* da probabilidade preponderante: por exemplo, pode-se constatar que se todas as versões dos fatos possuírem um baixo nível de apoio probatório, escolher a relativamente mais provável pode não ser suficiente para se estabelecer que tal versão é “verdadeira”. Portanto, sustenta-se que para que um enunciado seja escolhido como a versão relativamente melhor não basta que seja mais provável que todas as outras versões, mas também que seja “mais provável que sua negação”: *i.e.*, que uma versão positiva do fato seja, em si mesma, mais provável que a sua versão negativa simétrica. Uma preocupação similar conduz os sistemas de *common law* a sustentar que o *standard* da preponderância da prova possa ser demasiadamente débil quando interesses individuais importantes estão em jogo. Em tais casos, é possível aplicar o *standard* mais rigoroso, qual seja, da “prova clara e convincente” ou da “prova clara, precisa e indubitável”. Apesar dessas dificuldades, parece que o *standard* da preponderância da prova é uma racionalização adequada do princípio da livre apreciação da prova, tanto nos sistemas de *common law*, quanto nos de *civil law*. (TARUFFO, Michele. A prova. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135/136).

Verifica-se que o recorrente, para provar a sua alegação de fraude no primeiro exame de DNA, noticia ter sido procurado por uma pessoa – Angelo Tadao Kawazoi – que afirma saber e ter efetivamente participado da suposta fraude ocorrida no exame de DNA por ocasião da 1ª ação investigatória – concordando com a declaração destes fatos em escritura pública.

Ocorre que a referida pessoa sequer foi ouvida em juízo para melhor esclarecer sobre o que efetivamente sabe sobre este assunto, a despeito de requerimento expresso do recorrente nesse sentido (fls. 247, e-STJ).

Além disso, se a fraude, segundo se alega, teria ocorrido com a participação de pessoas com nome e sobrenome – Silvio Fernando Tiritilli e Sérgio Danilo Pena – é evidente que a oitiva dessas pessoas seria igualmente imprescindível, devendo o julgador determinar a colheita da prova testemunhal inclusive de ofício e com base em seus poderes instrutórios.

Nesse contexto – de insuficiência probatória causada pela incorreta e prematura extinção do feito – não se poderia exigir do recorrente, desde logo, uma “*prova clara e convincente*”, para usar a feliz expressão referida por Michele Taruffo. O *standard* probatório aplicável, até mesmo diante da nítida dificuldade de comprovar uma fraude ocorrida há quase 25 (vinte e cinco) anos no âmbito de uma empresa privada que monopolizava os exames de DNA no Brasil naquele momento, é o da “*preponderância da prova*”, sendo crível e razoável, em princípio, a versão apresentada pelo recorrente, salvo se o contrário for apurado em regular e exauriente instrução.

Isso porque exigir da parte a prova cabal da fraude para viabilizar o afastamento da coisa julgada e, ao mesmo tempo, não permitir que haja a exauriente instrução probatória configuraria uma situação verdadeiramente *kafkiana*, em que se impõe à parte o ônus de provar sem que lhe seja facultado o meio e o poder de dele se desvencilhar.

Anote-se que a profunda investigação acerca da existência ou não de fraude no exame de DNA realizado anteriormente é de grande relevância, seja por se tratar da única causa de pedir deduzida pelo recorrente para afastar a coisa julgada material formada na 1ª ação e, então, viabilizar um novo exame de DNA, seja em razão dos reflexos de natureza cível, administrativa e penal que da eventual comprovação da fraude surgirão, seja ainda, e até mesmo, porque também é direito do recorrente saber se o possível genitor F T M teve participação neste hipotético ato ilícito.

Por isso mesmo, observa-se não ter sido completamente adequada a decisão, posteriormente reformada pelo acórdão recorrido, de determinar desde logo a realização de novo exame de DNA, antes mesmo de apurar com mais detalhes a existência da alegada fraude, na medida em que a prova pericial não esclarecerá a causa, mas tão somente atingirá um determinado resultado, que coincide com o bem da vida pretendido pelo recorrente – reconhecimento da paternidade. Significa dizer que a realização pura e simples de um novo exame de DNA, como determinado em 1º grau de jurisdição, e o eventual resultado positivo, no sentido de que o recorrente possui vínculo biológico com F T M, não constituirá prova convincente acerca da existência ou não de fraude, elemento causal que demanda investigação própria.

Nesse contexto, a eventual comprovação de vínculo genético entre o recorrente e F T M trará, evidentemente, mais um indício de que houve o uso de expediente espúrio para burlar o reconhecimento da relação paterno-filial, mas, nessa hipótese, não se descobrirá se o resultado negativo de 1993 foi causado, por exemplo, por um erro na interpretação dos resultados, por uma falha técnica ou, até mesmo, pela reclamada fraude.

*VI. A inércia probatória da parte sob a perspectiva do dever de cooperação.*

De outro lado, na definição sobre o *standard* probatório mais adequado à espécie – se o critério é de uma “*prova clara e convincente*” ou de uma “*preponderância da prova*” – para fins de afastar a coisa julgada material e reabrir a discussão acerca da identidade genética do recorrente, a postura e a participação do recorrido na atividade instrutória também devem ser examinadas e levadas em consideração.

Nesse sentido, a par de todas as questões de índole patrimonial e hereditária que do reconhecimento da filiação do recorrente eventualmente possam surgir, fato é que o exame dos autos revela ter o recorrido adotado uma postura inerte, quase descompromissada e indiferente, no tocante ao esclarecimento dos fatos que diretamente lhe dizem respeito.

Ocorre que, como bem destaca a doutrina, na ação de investigação de paternidade “*o ônus da prova curiosamente é bipartido: o autor pretende provar e demonstrar que o réu é seu pai; este, por sua vez, tentará demonstrar o contrário*” (KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 191).

Significa dizer, portanto, que a conduta da parte que, escorando-se no ônus da prova supostamente atribuído com exclusividade ao autor, exime-se do “*dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*” (art. 379 do CPC/2015) e adota postura nitidamente antiooperativa que não mais se admite no sistema processual brasileiro (art. 6º do CPC/2015), deve ser valorada e, inclusive, deve ser levada em consideração na escolha do *standard* da “preponderância da prova” e na valoração das provas até aqui produzidas – afinal, a versão de quem coopera e adota postura ativa na atividade instrutória, municiando o juízo com tudo que estiver ao seu alcance para o descobrimento da verdade, tende normalmente a ser mais verossímil do que a versão de quem não coopera e adota postura inerte e renitente na ativa instrutória, dificultando sobremaneira o descobrimento desta mesma verdade.

Daí porque a cooperação no âmbito processual, espontânea ou estimulada, desenvolve-se também mediante a adoção de técnicas coercitivas e, em certos ordenamentos ou situações, até mesmo de técnicas sub-rogatórias, pois o que se deve buscar no litígio – por ambas as partes – é a mais completa elucidação dos fatos que conduza a uma decisão de mérito justa e efetiva.

Não por acaso, por exemplo, já se admitiu, em julgamento ocorrido no Tribunal Superior de Dresden em 14.08.1998 (processo n. 22 WF 359/98), que “*em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue*”.

Essa linha de pensamento motivou, inclusive, a reforma legislativa do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) que culminou na edição do §372a, por meio do qual se estabeleceu a existência de um dever de tolerância das pessoas para com a realização de exames, especialmente a coleta de amostra sanguínea, desde que necessários para a constatação da origem genética, permitindo-se, inclusive, a coação e a condução forçada da pessoa a ser examinada se houver recusa reiterada e injustificada.

No Brasil, embora existam julgados do Supremo Tribunal Federal que impediram a submissão da parte a exames ao fundamento de que essa medida afrontaria a inviolabilidade do corpo e o princípio da dignidade da pessoa humana, há precedente desta Corte em sentido exatamente inverso, em que se consignou:

No pertinente à colheita do material do corpo do falecido para a eventual realização do exame, nada há de ilegal ou imoral, porquanto satisfeitas as condições impostas pela lei processual para a realização da produção antecipada

prova, inclusive com a nomeação de expert do juízo, em razão da singular situação da espécie, demonstrando tais circunstâncias, em princípio, a preocupação com a busca da verdade real (REsp 140.665/MG, 4ª Turma, DJ 03.11.1998).

Comentando exatamente essa questão, leciona William Santos Ferreira:

Já há alguns anos, em manifestações orais, temos defendido que no processo judicial a dignidade da pessoa humana deve ser analisada em relação a ambos os litigantes. Se é correto que uma parte tem o direito à intangibilidade do corpo humano, também é verdade que a outra parte, em razão da possibilidade de adoção do exame de DNA, tem o direito da personalidade e do reconhecimento de sua origem genética. A dor de uma dúvida pode ser tão ou mais delicada que o obter de um pouco de saliva ou de pele da parte interna da boca.

(...)

Portanto, guardados os cuidados indispensáveis à real incolumidade físico-psíquica, parece-nos extremamente equivocado se interpretar que os arts. 231 e 232 do CC não somente conduzem a uma “pseudo” probabilidade que leva a uma interpretação contrária aos interesses daquele que se recusa a submeter-se a exame ou perícia médica, como também estariam a proibir os exames com condução coercitiva assistida por ordem judicial.

Se há o dever de colaborar com a Justiça (art. 339), ou há fundamento sério a justificar o não cumprimento da ordem judicial para submeter-se a exame ou perícia, a negativa é infundada, devendo ocorrer o exame assistido (pelo Judiciário), em homenagem especialmente ao direito à prova da outra parte, especialmente em casos em que, mais do que reflexos patrimoniais, se esteja lidando com direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, como nas hipóteses de investigação de paternidade, exames médicos psicológicos e de estado de saúde para fins previdenciários, entre tantos outros.

Nos casos acima descritos, caberá ao juiz emitir uma ordem judicial de condução coercitiva assistida, para que a pessoa seja submetida ao exame, tudo acompanhado por oficial de justiça e perito judicial, com força policial, se o caso. (FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80/81).

Em síntese, revela-se mais verossímil neste momento a versão de quem, na medida de suas possibilidades, contribuiu ativamente para o descobrimento da verdade e para a elucidação das questões de fato até aqui ocultas, apresentando os elementos de prova de que dispunha (cheques emitidos pelo falecido, declaração em forma de escritura pública, fotografias que comprovariam a semelhanças – e que, aliás, deveriam ser submetidas a um exame prosopográfico, pleiteando a oitiva de testemunhas e dispendo-se a realização de novo exame de DNA),

criando, sim, um cenário de dúvida razoável sobre o que de fato ocorreu no fatídico exame de DNA realizado em 1993.

Acrescente-se, ainda e finalmente, que a significativa quantidade de posicionamentos divergentes do acórdão recorrido – o parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo (fl. 251, e-STJ), a decisão de 1º grau de jurisdição que afastou a coisa julgada e deferiu a produção de prova pericial (fls. 252/253, e-STJ) e o parecer do Ministério Público Federal (fls. 425/430, e-STJ) – todas no sentido de afastar a coisa julgada e autorizar a reabertura da discussão acerca da existência de vínculo biológico, também é um firme indicador de que há uma dúvida razoável que merece, ao menos, ser melhor examinada, investigada e apurada, seja sob a perspectiva da existência de fraude no exame anteriormente realizada, seja ainda sob a ótica da própria existência de vínculo biológico entre o recorrente e F T M.

*VII. Exame de DNA como prova (ir)refutável da filiação.*

Observa-se, não apenas nos acórdãos proferidos pelo TJ/SP para rejeitar a flexibilização da coisa julgada e impedir a realização do novo exame pericial pretendido pelo recorrente, mas também em uma série de outros julgados e precedentes, inclusive desta Corte, um irrefletido privilégio e *status* intocável conferido ao exame de DNA, tido reiteradamente como o único meio de prova apto a reconhecer a existência de vínculo biológico entre pai e filho, elevando-se o referido exame a posição de prova soberana da filiação, de modo a, não raro, desconsiderar absolutamente todos as demais provas existentes ou suscetíveis de produção.

Ocorre que, mais recentemente e como não poderia deixar de ser diante de uma ciência em constante evolução, o exame de DNA tem sofrido duras críticas das literaturas jurídica e médica, seja em virtude de sua massificação, seja em função da ausência de métodos e de critérios interpretativos, seja ainda no que tange a ausência de segurança na coleta e manuseio das amostras.

Valendo-se da obra e dos ensinamentos de Simon Singh para demonstrar a impossibilidade de se reconhecer a existência de uma “certeza científica” a partir da perspectiva da certeza absoluta que somente se encontra nos teoremas matemáticos, Alexandre Freitas Câmara, que se refere ao exame de DNA em sua sigla abreviada – ADN, assim leciona:

A transcrição desse longo trecho é importante para demonstrar que a tendência à supervalorização do exame de ADN parte de uma falsa premissa:

a de que pode haver certezas ou verdades absolutas na ciência. Ressalvados os teoremas matemáticos, nada na ciência é absoluto. Em outros termos, se a ninguém é dado negar que a soma dos quadrados dos catetos de um triângulo retângulo é igual ao quadrado de sua hipotenusa (Teorema de Pitágoras), de outro lado é perfeitamente possível que outras afirmações científicas, estranhas ao campo dos teoremas, correspondam apenas a grandes probabilidades.

Não se quer com isso dizer, evidentemente, que ao exame de ADN se deva negar todo e qualquer valor probatório. Quer-se, apenas, que ele ocupe o lugar que lhe é devido: o de elemento que contribui para a formação do convencimento do juiz. Não se pode dar ao exame de ADN o papel decisivo que se lhe tem atribuído, sob pena de aceitarmos como verdade absoluta e incontestável o que nada mais é do que uma grande probabilidade.

Há um outro dado a considerar: a falibilidade do exame da ADN. Ainda que se admitisse que o mesmo seria capaz de gerar certeza absoluta, isto só ocorreria se houvesse a mais absoluta garantia de que o exame se realizara sem qualquer falha. Ocorre que as falhas são possíveis (e, segundo alguns, frequentes).

Encontra-se, por exemplo, na rede mundial de computadores a informação de que o Professor William Thompson (da Universidade da Califórnia) avaliou oito casos em que se fez o exame e verifica que em *nenhum* deles os procedimentos científicos foram corretamente seguidos. Além disso, noticia-se que em março de 2003 constatou-se que a contaminação de provas e que padrões estabelecidos sem cuidados são endêmicos nos laboratórios da Polícia de Houston, Texas, EUA.

Além disso, como afirmam especialistas na matéria (notadamente em seus aspectos penais, e a ninguém é estranha a importância que se tem dado ao exame de ADN como prova no processo penal), os promotores do exame ADN em juízo fizeram um bom trabalho vendendo a ideia de que o exame de ADN proporciona uma identificação única e infalível. O problema disso é que tal afirmação ignora as variações que existem de caso para caso na natureza e qualidade da prova de ADN. Segundo os citados especialistas, mesmo quando a segurança e a admissibilidade do exame são bem estabelecidas, não há garantia de que o teste produzirá resultados confiáveis sempre que realizado.

Artigo publicado no jornal norte-americano The Washington Post em 21 de agosto de 2005 relata o caso de um processo de investigação da ascendência genética julgado naquele país, em que a sentença foi contrária ao exame (este afirmava a ascendência, e a sentença a negou). Nesse caso, verificou-se que o laboratório responsável pelo exame, um dos maiores dos Estados Unidos (e que faz tais exames com exclusividade para o Estado da Virgínia), que realiza mais de cem mil exames de ADN por ano, tinha apenas cinco funcionários com a missão de comparar os dados e estabelecer a determinação das paternidades biológicas. Isso levou o juiz a considerar a grande probabilidade de erro humano. Diz, ainda, o citado jornal que neste mesmo ano de 2005 o Estado de Illinois rompeu seu contrato com o laboratório que realizava os exames forenses por constatar que o

mesmo foi incapaz de afirmar a presença de sêmen em onze de cinquenta e um casos de estupro. O jornal transcreve afirmação de um Professor da Universidade Estadual de Nova Iorque, segundo o qual erro humano sempre existiu em todas as ciências forenses.

Em outra matéria jornalística, divulgada em sítio eletrônico dedicado a questões jurídicas, é mais uma vez citada a autorizada voz do Professor William Thompson, que afirma que erros podem ocorrer na coleta, no armazenamento e no processamento das amostras de ADN. Além disso, a exposição do ADN ao sol, ao calor ou água pode provocar degradação das amostras. Isso sem contar a possibilidade de que o laboratório misture amostras.

Além disso, não se pode negar a possibilidade de o resultado do exame ser um “falso positivo”.

Verifica-se, pois, que o exame de ADN, por mais importante que seja, não pode deixar de ser examinado criticamente. Além disso, deve o juiz inseri-lo no contexto probatório, a fim de verificar se o resultado nele apontado é mesmo correto ou não. (CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de ADN”? in Provas: aspectos atuais do direito probatório. Coord.: Daniel Amorim Assumpção Neves. São Paulo: Método, 2009. p. 16/17).

Some-se a isso, ainda, os resultados obtidos por Zulmar Vieira Coutinho, professor da Universidade Federal de Santa Catarina, que examinou uma centena de exames de DNA e elaborou um conjunto de pareceres – no total de 12 (doze) – em que são apontadas graves falhas e vícios aptos a desmistificar o exame de DNA como prova absoluta da (in)existência de vínculo biológico. Merecem destaque as seguintes passagens referidas no oitavo parecer do pesquisador, inclusive diante das peculiaridades existentes na hipótese sob exame:

Inicialmente, deve-se esclarecer que todo exame laboratorial está sujeito a resultado falso positivo ou negativo, decorrente de vários fatores metodológicos, técnicos e, às vezes, infelizmente, até por motivos extratécnicos, como as fraudes. Como exemplos corriqueiros dessas situações existem os resultados de exames de HIV, gravidez, sífilis e tantos outros cujos resultados são corrigidos após novos exames e muitos dissabores das partes envolvidas.

Na investigação de vínculo genético, principalmente de paternidade, ocorreram, no passado, casos equivocados de inclusão e exclusão através dos clássicos grupos ou sistemas sanguíneos ABO, Rh e outros, decorrentes, principalmente, de questões metodológicas e técnicas até então desconhecidas.

Atualmente, essas provas foram substituídas recentemente pelo DNA nas lides jurídicas, mesmo solucionadas a maioria das questões dos exames.

Passada a recente euforia inicial do DNA como prova de valor absoluto e inquestionável na vinculação genética, constatei, assim como outros profissionais, que, em alguns casos, os resultados não expressam a verdade. Resultados falsos apareceram e continuaram surgindo em Santa Catarina, outros Estados e também no Exterior.

(...)

Os laboratórios estão falhando basicamente pelos seguintes motivos:

- \* falta de controle de qualidade rigoroso;
- \* profissionais inexperientes para controlar o método, a técnica e interpretar os resultados;
- \* identificação inadequada dos examinados e amostras coletadas;
- \* não-preservação da cadeia de custódia quando o sangue é encaminhado de um laboratório para outro;
- \* improvisação das técnicas para tornar mais lucrativo o exame;
- \* análise de quantidade insuficiente de alelos;
- \* falta de banco de dados da frequência dos alelos na população local;
- \* elaboração de laudos incompletos;
- \* cálculos estatísticos equivocados;
- \* alteração nos critérios de exclusão e inclusão de paternidade em poucos anos de utilização do método; e
- \* erros desconhecidos das técnicas devido à aplicação muito recente desta tecnologia.

(...)

Os resultados de probabilidade de paternidade dos laudos de exame de DNA são obtidos através de cálculos estatísticos, e incluem o fato de a mãe conhecer e ter convivido com o suposto pai, sendo estas as evidências em cada caso. Na verdade, quando se afirma que a probabilidade de paternidade é de 99,99999%, significa que outros homens apresentam, também, o mesmo perfil genético do pai indicado pelo exame. Porém, do ponto de vista estatístico, a possibilidade de uma mulher indicar aleatoriamente um indivíduo que não seja o pai e que o mesmo apresente o perfil do pai biológico, é praticamente impossível.

Analisando as fotos anexas, observou-se extrema semelhança fisionômica, apesar da diferença de idade, entre o menor YY (foto 1) e o irmão do suposto pai, WW, suposto tio (fotos 2 e 3 – ampliação dos rostos das fotos 1 e 2), bem como semelhanças entre o YY (foto 4), praticamente da mesma idade, e o filho mais velho VV (fotos 5 e 6 – ampliações dos rostos das fotos 4 e 5), de XX com outra mulher. Há também, segundo a mãe, a semelhança do menor com o filho caçula do suposto pai, irmão de VV e, ainda, semelhanças entre YY quando bebê (foto 7) e o suposto pai (fotos 8 e 9 – ampliações dos rostos das fotos 7 e 8).

Se no DNA aplicam-se a estatística e as evidências para a resolução dos casos de investigação de paternidade, questiona-se o seguinte: qual seria a probabilidade de uma mulher indicar um suposto pai aleatoriamente, não biológico, na população e este apresentar dois filhos com outra mulher, irmão (tio) e ele próprio semelhança fisionômica com o menor, desta mãe, e serem simples sócias? Isto é, também do ponto de vista estatístico, praticamente impossível.

Não se nega, evidentemente, o valor probatório que o exame de DNA possui diante do fornecimento de um resultado com grande probabilidade de acerto. Todavia, isso não significa que, feito o exame de DNA, seja possível descartar todas as demais provas produzidas e suscetíveis de produção simplesmente porque já se produziu aquela que seria a “rainha das provas” em termos de filiação e identidade genética ou, ainda, que se deva negar a possibilidade de contraprova ou de um novo exame de DNA, em circunstâncias pontuais e quando houver dúvida razoável acerca da lisura ou correção do teste anterior.

Destaque-se, nesse sentido, que a identificação do vínculo biológico e, conseqüentemente, da paternidade pelo método de análise do DNA teve a sua origem no ano de 1985, a partir de pesquisa realizada pelo geneticista Alec Jeffreys na Universidade de Leicester, Inglaterra.

No Brasil, conforme informações obtidas no próprio sítio eletrônico do laboratório que realizou, em 1993, o exame de DNA do pretense genitor do recorrente, a adoção do exame de DNA para o fim de investigação de paternidade remonta ao ano de 1988, ocasião em que a técnica de sondas multilocais (também denominadas de “impressões digitais de DNA”) foi introduzida no país, posteriormente aprimorada, em 1992, pelo uso da técnica PCR, que permite que um fragmento da molécula de DNA seja amplificado milhares de vezes em apenas algumas horas. Coube ao Laboratório Gene – exatamente o mesmo que, em 1993, realizou o único exame de DNA para a apuração da existência de vínculo biológico entre o recorrente e F T M – o pioneirismo e o monopólio dos exames de DNA no Brasil.

Não há dúvidas, porém, que houve uma franca evolução tecnológica, técnica e metodológica nos exames de DNA desde 1993, ano de realização do único exame de DNA realizado neste processo, até os dias atuais. Apenas como referência, o método PCR, utilizado no exame de DNA do recorrente, tinha sido introduzida no Brasil em 1992 – ou seja, apenas um ano antes.

Some-se a isso, ademais, os elementos de prova, ainda que indiciários, produzidos pelo recorrente no curso das 03 (três) ações de investigação de

paternidade e que, se não são aptos a comprovar desde logo a fraude ou a própria paternidade, ao menos servem para colocar em dúvida a lisura, a transparência e a correção daquele único exame realizado no longínquo ano de 1993.

Repise-se, há cheques emitidos pelo pretense genitor para a hipotética aquisição de uma residência para o recorrente e sua genitora. Há a alegada semelhança física entre o recorrente e o pretense genitor, que não foi examinada tecnicamente. Há declaração de quem afirma saber e ter detalhes sobre a reclamada fraude. Há as testemunhas que alegam ter ciência do relacionamento amoroso de F T M e da genitora, que não foram ouvidas. Há os profissionais supostamente envolvidos na fraude e que, igualmente, não foram ouvidos. Há um único exame de DNA, realizado na fase embrionária dessa técnica no Brasil e pelo laboratório que monopolizava a atividade no país naquele momento.

Em última análise, há muitas questões ainda sem resposta, muitos fatos sem esclarecimento e muitas dúvidas que precisam ser sanadas, sem as quais não haverá paz aos litigantes e não haverá a definitiva virada desta página para ambos.

*VIII. Flexibilização da coisa julgada material e a coisa julgada secundum eventum probationis.*

Finalmente, não se desconhece a sólida orientação firmada no Supremo Tribunal Federal e também nesta Corte, no sentido de que a imutabilidade e a indiscutibilidade que emergem da coisa julgada material somente cedem quando, nas ações de estado e de filiação, o vínculo paterno-filial é, ou deixa de ser, reconhecido em virtude da insuficiência de provas, notadamente quando o exame de DNA não foi realizado.

Manifesta o e. Relator, inclusive, a preocupação de que a flexibilização da coisa julgada na hipótese em exame poderia acarretar a banalização deste instituto, o que, evidentemente, instalaria um cenário de grave insegurança jurídica.

A esse respeito, sublinhe-se, em primeiro lugar, que as características deste litígio são de tal forma singulares que é possível prever que, nos próximos anos, dificilmente ocorrerá uma outra situação tão singular e tão repleta de peculiaridades que justifiquem o excepcional afastamento da coisa julgada, de modo que não há, respeitosamente, risco de corrosão ou de enfraquecimento do instituto.

De outro lado, a hipótese em exame sequer seria, na realidade, de flexibilização da coisa julgada material formada na 1ª ação investigatória ajuizada pelo recorrente, mas, sim, de reconhecer que a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, sobretudo quando há significativa evolução tecnológica aliada ao sério questionamento sobre a técnica a qual se submeteu o primeiro exame, submete-se a um regime próprio e diferenciado, também denominado pela doutrina de *secundum eventum probationis*.

Nesse contexto, sublinhe-se que se pretende que um exame de DNA realizado em 1993, com o uso de técnicas que, hoje, podem ser capituladas como rudimentares do ponto de vista médico, técnico e tecnológico e que se reveste de um corrosivo cenário de eventual fraude, seja novamente produzido, quase 25 (vinte e cinco) anos depois e apenas em virtude de circunstâncias específicas da hipótese que colocam em dúvida o acerto daquele primeiro exame, a fim de que, com as melhores técnicas, procedimentos e métodos existentes neste momento, seja adequadamente tutelado um direito essencial à vida humana.

Sobre o tema, leciona Camilo Zufelato:

Para tentar uma definição, coisa julgada *secundum eventum probationis* significa a imutabilidade da decisão segundo a cognição possível ao tempo da tramitação da ação, sendo permitida rediscussão da causa se, em função do avanço da ciência, resultar prova superveniente, surgida após o trânsito em julgado, com capacidade de alterar o resultado do primeiro processo. A imutabilidade, portanto, restringir-se-á ao conjunto probatório colacionado aos autos, restando imunes as provas tecnologicamente novas, o que poderá ser feito por meio do ajuizamento de nova ação.

Dessa noção depreende-se que a característica marcante da coisa julgada *secundum probationem* é exatamente a rescindibilidade da autoridade da coisa julgada mediante a existência de meio de prova superveniente, que em razão do avanço científico é capaz de alterar de modo substancial o julgamento anterior. (ZUFELATO, Camilo. Coisa julgada *secundum eventum probationis* na ação de investigação de paternidade *in* Revista de Processo: RePro, vol. 39, n. 230, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2014, p. 309/310).

Em suma, conclui-se pelo prosseguimento da ação em 1º grau de jurisdição, pois, conforme os sábios ensinamentos do e. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “*saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança; um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar*”. (REsp 4.987/RJ, 4ª Turma, DJ 28.10.1991).

Forte nessas razões e rogando a mais respeitosa vênia ao e. Relator, *dou provimento* ao recurso especial, a fim de restabelecer a decisão de 1º grau que deferiu a realização da prova pericial, sem prejuízo da produção de todas as demais provas úteis e necessárias ao esclarecimento dos fatos relacionados à fraude supostamente existente e à paternidade do recorrente.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.642.327-SP (2015/0274044-9)**

---

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino  
Recorrente: Polo Fundo de Investimento em Ações  
Recorrente: Polo Norte Fundo de Investimento Multimercado  
Advogado: Jaime Magalhães Machado Júnior e outro(s) - SP234289  
Recorrido: Petróleo Brasileiro S A Petrobras  
Advogados: Rafael de Matos Gomes da Silva - DF021428  
Paula da Cunha Westmann e outro(s) - SP228918  
Frederico de Oliveira Ferreira - MG102764  
Erika Gonçalves do Sacramento Araújo - SP332438  
Recorrido: Ultrapar Participações S/A  
Recorrido: Braskem S/A  
Recorrido: Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga  
Recorrido: Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga SA  
Recorrido: Refinaria de Petróleo Ipiranga S/A  
Advogados: Marcus Vinicius Vita Ferreira e outro(s) - DF019214  
Eduardo Cezar Chad e outro(s) - SP286527  
Interes.: Tarpon CSHG Master Fundo de Investimento em Acoes  
Interes.: Clube de Investimento Tarpon  
Interes.: Fundo de Investimento de Ações Cinco Cinco  
Interes.: Fundo de Investimento de Acoes Tarpon CFJ  
Interes.: HG Top Fundo de Investimento Multimercado  
Interes.: Hedging-Griffo Verde Master Fundo de Investimento Multimercado

Interes.: Hedging-Griffo Verde Equity Master Fundo de Investimento Multimercado

Interes.: Hedging-Griffo Carteira Administrada - Real Fundo de Investimento Multimercado

Interes.: HG Star Fundo de Investimento Multimercado

Interes.: HG Top 30 Fundo de Investimento Multimercado

---

### EMENTA

Recurso especial. Direito Societário. Sociedade anônima. Incorporação de ações. Transformação da controlada em subsidiária integral. Oferta pública. Ausência de previsão legal. Equiparação a fechamento de capital. Aplicação do art. 4º, § 4º, da Lei das S/A por analogia. Descabimento.

1. Controvérsia acerca da necessidade de a companhia controladora realizar oferta pública de aquisição de ações em favor dos acionistas preferenciais da companhia que teve suas ações incorporadas.

2. Existência de norma que exige a realização de oferta pública para aquisição de ações no caso de fechamento de capital (art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.404/1976).

3. Distinção entre a hipótese de fechamento de capital e a de incorporação de ações entre companhias de capital aberto.

4. Inocorrência de fechamento em branco (ou indireto) de capital no caso dos autos, pois as companhias envolvidas na operação são de capital aberto, não tendo havido perda de liquidez das ações.

5. Inaplicabilidade, mesmo por analogia, da norma constante do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.404/1976 ao caso dos autos.

6. Doutrina e jurisprudência do STJ.

7. *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, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Frederico de Oliveira Ferreira, pela parte recorrida: Petróleo Brasileiro S A Petrobras

Dr(a). Marcus Vinicius Vita Ferreira, pela parte recorrida: Ultrapar Participações S/A

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

---

DJe 26.9.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Polo Fundo de Investimento em Ações* e *Polo Norte Fundo de Investimento Multimercado* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Ação de obrigação de fazer e não fazer com pedido subsidiário de anulação de ato jurídico. Sociedade por ações Incorporação de ações Subsidiária Integral. Regularidade da operação. Atendimento aos requisitos do Artigo 252 da Lei n. 6.406/1976. Não configuração do “fechamento branco” de capital. Inexistência do dever de realizar oferta pública de ações. Hipótese diversa. Não demonstração da prática de ato fraudulento ou ilícito. Incorporadora que mantém a característica de companhia aberta. Substituição das ações preferenciais. Inexistência de prejuízo aos acionistas minoritários. Atuação da incorporadora como comissária. Atuação em nome próprio. Regularidade. Garantia por alienação fiduciária extinta em razão do cumprimento da obrigação Interesses das companhias que se sobrepõe aos interesses dos acionistas. Garantias legais não exercidas. Sentença de improcedência. Confirmação. Recurso não provido. (fl. 4.912)

Em suas razões, a parte recorrente alegou violação do art. 4º, §§ 4º e 5º, da Lei n. 6.404/1976, sob o argumento de que a reorganização societária relatada nos caso dos autos seria equivalente a um fechamento indireto de capital, sendo necessário, portanto, realizar oferta pública de aquisição das ações dos minoritários.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 4.943/4.949 e 4.959/4.971.

Consta nos autos parecer do Prof. CALIXTO SALOMÃO FILHO (fls. 3.446/3.469), em favor dos ora recorrentes, e dos Profs. MODESTO CARVALHOS e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES (fls. 3.942/3.978 e 3.980/3.986), em favor das companhias ora recorridas.

O recurso especial foi inadmitido na origem, tendo ascendido a esta Corte Superior por força de agravo, que foi convertido em recurso especial por decisão deste relator (fls. 5.068/5.069).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, o recurso especial não merece ser provido.

Fica convencionado, inicialmente, que toda referência a dispositivos legais ao longo do presente voto diz respeito à Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Relatam os autos que os autores da demanda eram titulares de ações preferenciais de empresas do Grupo Ipiranga, a seguir discriminadas:

- a) 9,89% da Refinaria de Petróleo Ipiranga S/A - RPI;
- b) 0,68% da Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga S/A - DPPI;
- c) 7,55% da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga S/A - CBPI.

Todas companhias são de capital aberto, com ações negociadas em bolsa de valores.

No ano de 2007, contudo, tiveram ciência, mediante a divulgação de fato relevante ao mercado, que o controle das empresas do Grupo Ipiranga seria alienado à empresa *Ultrapar Participações S/A*, dando início a uma profunda transformação societária que envolveria ainda duas outras empresas, a *Petrobras S/A* e a *Brasken S/A*.

A operação ocorreria, com de fato ocorreu, em cinco etapas, abaixo descritas:

- (a) Aquisição das ações dos acionistas controladores do Grupo Ipiranga pela *Ultrapar*;

(b) Oferta pública de *tag along* para os acionistas ordinários das empresas controladas (RPI, CBPI, DPPI);

(c) Oferta pública a todos os acionistas da *Copesul S/A*, para o fechamento do capital dessa companhia;

(d) Incorporação das ações da RPI, DPPI e CBPI pela *Ultrapar*, tornando-as subsidiárias integrais;

(e) Segregação de ativos, mediante redução de capital da RPI e da CBPI, para transferir ativos petroquímicos, bem como cisão da CBPI para transferir ativos de distribuição, tendo como destinatárias dos ativos a *Braskem*, a *Petrobras*.

Essas operações societárias, sob a ótica dos ora recorrentes, seriam uma forma indireta de se obter o fechamento de capital das empresas dos quais eram acionistas, fraudando-se, assim, a obrigação de realizar oferta pública de aquisição de ações (inclusive as preferenciais).

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho das razões do recurso especial:

19. [...], o fechamento de capital é evidenciado pelo resultado da operação de incorporação e pelos atos a ela complementares, que terminaram - em seu conjunto - na apropriação de 3 (três) sociedades distintas (as recorridas *Ultrapar*, *Braskem* e *Petrobrás*) do patrimônio das companhias do "Grupo Ipiranga", sem que essa apropriação fosse precedida da obrigatória oferta pública de ações, nos termos do dispositivo violado.

20. Para que a finalidade das recorridas fosse alcançada, com a "segregação" de ativos das empresas do "Grupo Ipiranga", necessariamente teriam que ser cumpridas duas obrigações, que foram fraudadas pelo emprego do artifício da incorporação de ações e demais atos correlatos: (a) a realização de Oferta Pública para Aquisição da totalidade das ações das empresas do "Grupo Ipiranga" em circulação no mercado e (b) a aprovação pelos acionistas minoritários de, pelo menos, 2/3 do capital social, em circulação, das companhias dessa oferta, como mandam os §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei n. 6.404/1976.

21. A operação, ao deixar de atender a esses requisitos legais, como demonstrado pelos recorrentes, representou ou uma simulação, ou um negócio jurídico indireto, conforme a análise do intérprete; mas, nas duas hipóteses, claramente, o objetivo alcançado foi fraudar e violar a determinação legal da realização da oferta pública de ações, lesando-se os direitos dos acionistas não controladores das companhias. (fls. 4.934 s.)

A tese do fechamento indireto (ou em branco) de capital não é uma construção cerebrina desenvolvida pelos ora recorrentes, pois há informação

nos autos (fl. 3958) de que a CVM já esposou esse entendimento no caso da incorporação de ações da BR Distribuidora pela *Petrobras*.

O interesse em qualificar a operação como fechamento de capital reside na obrigação do controlador de formular oferta pública de aquisição de todas as ações (ordinárias e preferenciais) por preço justo, conforme previsto no art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.404/1976, abaixo transcrito (sem grifos no original):

*Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001)*

*§ 1º. Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001)*

*§ 2º. Nenhuma distribuição pública de valores mobiliários será efetivada no mercado sem prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)*

*§ 3º. A Comissão de Valores Mobiliários poderá classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por ela emitidos negociados no mercado, e especificará as normas sobre companhias abertas aplicáveis a cada categoria. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)*

*§ 4º. O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, *formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4º-A. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)**

*§ 5º. Terminado o prazo da oferta pública fixado na regulamentação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários, se remanescerem em circulação menos de 5% (cinco por cento) do total das ações emitidas pela companhia, a assembleia-geral poderá deliberar o resgate dessas ações pelo valor da oferta de que trata o § 4º, desde que deposite em estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, à disposição dos seus titulares, o valor de resgate, não se aplicando, nesse caso, o disposto no § 6º do art. 44. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)*

*§ 6º. O acionista controlador ou a sociedade controladora que adquirir ações da companhia aberta sob seu controle que elevem sua participação, direta ou*

indireta, em determinada espécie e classe de ações à porcentagem que, segundo normas gerais expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, impeça a liquidez de mercado das ações remanescentes, será obrigado a fazer oferta pública, por preço determinado nos termos do § 4º, para aquisição da totalidade das ações remanescentes no mercado. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001)

A pretensão dos ora recorrentes, contudo, foi julgada improcedente em primeiro e segundo grau de jurisdição, dando ensejo ao presente recurso especial.

Passando à análise do recurso, deve-se admitir que impressiona a observação do Prof. CALIXTO SALOMÃO (fls. 3.454 s.), no sentido de que a norma referente à incorporação de ações está dissonante com o conjunto das normas da Lei n. 6.404/1976, orientadas atualmente para proteger o acionista minoritário ante o poder do acionista controlador.

Transcreve-se, a propósito, a norma referente à incorporação de ações:

*Art. 252.* A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei n. 9.457, de 1997)

§ 2º A assembléia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei n. 9.457, de 1997)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

Como se extrai desse enunciado normativo, a incorporação pode ser deliberada pelo controlador que detenha mais da metade das ações com direito a voto, restando aos minoritários dissidentes tão somente a opção pelo direito de retirada, que nem sempre é vantajosa, pois o reembolso da ação é calculado, em regra, pelo valor patrimonial da ação (cf. art. 45 da Lei n. 6.404/1976).

Especificamente acerca da incorporação de ações, merece transcrição a lição doutrinária de FÁBIO ULHOA COELHO, *litteris*:

Trata-se da operação pela qual uma sociedade anônima se torna subsidiária integral de outra. Viabiliza-se pelo aumento do capital social da incorporadora, com emissão de novas ações, que serão subscritas em nome dos acionistas da futura subsidiária (a sociedade cujas ações são incorporadas), ao mesmo tempo em que se transfere à titularidade da primeira toda a participação societária representativa do capital social desta última. Tanto os acionistas da incorporadora de ações como os da sociedade cujas ações são incorporadas têm direito de recesso (art. 252). Também em relação a essa hipótese a lei nega o direito de retirada se há condições de o acionista facilmente negociar suas ações no mercado de capital. Quer dizer, se a ação da sociedade incorporadora de ações - titularizada desde antes da operação, ou atribuída, em razão desta, ao antigo sócio da subsidiária integral - possui boa liquidez ou dispersão, o dissidente não tem direito de retirada. (**Curso de direito comercial**. [livro eletrônico]. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, cap. 25, item 3.5.1, sem grifos no original)

Portanto, a incorporação de ações difere da incorporação de uma sociedade por outra, pois, no primeiro caso, a sociedade incorporada continua existindo, na condição de subsidiária integral, ao passo que, no segundo, a sociedade incorporada é simplesmente extinta.

Pode-se dizer, portanto, que, na incorporação de ações, o controlador toma a posição do acionista minoritário na sociedade incorporada (o que no direito estadunidense é chamado *'squeeze out'* - fl. 3.455), retribuindo-o com ações da sociedade incorporadora, haja ou não interesse deste nessa substituição de ações.

Uma vez alçado à condição de único acionista, o controlador ficaria livre das normas que protegiam os minoritários (uma companhia de único acionista não tem minoritário), podendo tomar deliberações que antes não seriam tão fáceis de serem aprovadas e implementadas.

No caso dos autos, a norma protetiva apontada como fraudada pela controladora é o já mencionado art. 4, § 4º, que exige oferta pública no caso de fechamento de capital.

Sobre o fechamento de capital de uma sociedade, e o chamado “fechamento em branco”, confira-se a lição de FÁBIO ULHÔA COELHO:

No segundo caso, isto é, o de fechamento de sociedade aberta, a operação consiste no cancelamento do registro, ou registros de negociação das ações e valores mobiliários emitidos pela companhia, e envolve procedimentos mais complexos, estabelecidos na lei e em regulamentos, com o objetivo de zelar pelos interesses dos minoritários. Estes últimos empregaram o seu dinheiro num investimento que, conforme assinalado acima, tem maior liquidez e segurança relativa do que o realizado em ações de sociedade anônima fechada. A mudança da condição da companhia pode prejudicar, assim, os interesses de considerável parcela dos acionistas. O direito brasileiro - ao contrário, por exemplo, do argentino - não prevê o fechamento do capital como fato ensejador do recesso, mas procura assegurar ao minoritário condições equitativas na operação.

A lei estabelece como condição para o fechamento da companhia a absorção das ações em circulação no mercado pelo acionista controlador. Para tanto, ele deve fazer *uma oferta pública de aquisição das ações da companhia*. Da oferta, deve constar o preço que o controlador se propõe a pagar aos titulares das ações em circulação no mercado (isto é, todas as ações menos as que pertencem ao controlador ou administradores, bem como as que se encontram em tesouraria). Esse preço deve corresponder, no mínimo, ao resultante de avaliação da companhia, empreendida com base em critérios definidos pela lei (patrimônio líquido contábil, patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, fluxo de caixa descontado, comparação por múltiplos, cotação de ações no mercado) ou aceito pela CVM. Acionistas titulares de no mínimo 10% das ações em circulação com interesse na realização de nova avaliação, objetivando rever o preço ofertado, têm o direito de requerer, nos 15 dias seguintes à oferta pública, a convocação pelos administradores de uma assembleia especial dos interessados (os potenciais vendedores, destinatários da oferta). Aprovada pela maioria a nova avaliação, realiza-se esta; os custos correspondentes correm por conta da sociedade, a menos que a reavaliação resulte preço inferior ou igual ao oferecido pelo controlador, hipótese em que correrão por conta dos acionistas que a haviam requerido e dos que votaram a favor dela em assembleia.

.....

Para evitar fraude à lei (o chamado “*fechamento branco*”), sempre que o controlador adquirir, direta ou indiretamente, ações no mercado que acabem pondo em risco a liquidez desse valor mobiliário (cabe à CVM estabelecer os percentuais em que a potencialidade desse efeito se caracteriza), será também exigível a realização de oferta pública para aquisição das ações que remanescerem em circulação. (**Curso de direito comercial**. [livro eletrônico]. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, cap. 22, item 5, sem grifos no original)

Com efeito, apesar de a proteção dos minoritários ser um tema sensível no âmbito do direito societário, merecendo especial atenção por esta Corte Superior, entendo que, no caso dos autos, não se vislumbra “fechamento em branco” ou fraude à lei.

Como as companhias envolvidas na operação eram de capital aberto, com ações plenas de liquidez, a incorporação de ações não retirou do acionista a possibilidade de alienar suas ações no mercado de capitais.

Diversamente, em um verdadeiro fechamento de capital, as ações perderiam a liquidez, pois não poderiam mais ser negociadas no mercado de capitais.

Justamente para proteger o minoritário dessa perda de liquidez é que a norma do art. 4, § 4º, exige do controlador uma oferta pública de aquisição de ações.

No caso da incorporação de ações realizada nos presentes autos, não tendo havido perda de liquidez, não há razão para se aplicar, por analogia, a norma do art. 4, § 4º.

Relembre-se que a integração do ordenamento jurídico por meio da analogia pressupõe que “a identidade entre os dois casos deve atender ao elemento em vista do qual o legislador formulou a regra que disciplina o caso previsto” (FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica** [*e-book*]. São Paulo: Ed. RT, 2015, Parte II, item 3.4).

No caso dos autos, não se verifica esse elemento de identidade, pelo contrário, existe importante elemento de distinção, que é a liquidez das ações, fato que impede a aplicação da analogia.

Acrescente-se que também não seria possível estender aos ora recorrentes, na qualidade de acionistas preferenciais, a oferta pública decorrente da primeira etapa da operação (alienação de controle), pois tal oferta é prevista tão somente em favor dos titulares de ações ordinárias, conforme já decidiu esta Corte Superior.

Nesse sentido, relembro o seguinte precedente da minha relatoria:

Embargos de divergência. Sociedade anônima. Alienação de controle acionário de companhia aberta. Oferta pública para aquisição de ações. Interpretação do art. 255 da Lei n. 6.404/1976 em sua redação original. Acionistas minoritários. Tratamento equitativo. Garantia direcionada apenas aos portadores de ações ordinárias.

I. Pretensão de acionistas minoritários, detentores de ações preferenciais, de que lhes deveria ter sido dispensado o mesmo tratamento dos possuidores de ações ordinárias, por ocasião da oferta pública para a aquisição ou rateio de ações, pagando-se o mesmo preço por ação.

II. Tratando-se de alienação de controle acionário de companhia aberta (instituição financeira), dependente de autorização governamental para funcionar, a garantia de tratamento equitativo aos acionistas minoritários, mediante a simultânea oferta pública para aquisição de ações, previsto no § 1º do artigo 255 da Lei n. 6.404/1976 (em sua redação original), é dirigida apenas aos portadores de ações ordinárias, e não aos que detém as ações preferenciais, sem direito a voto.

III. Distinção entre a natureza das ações ordinárias e preferenciais.

Precedentes específicos do STJ.

IV. *Embargos de divergência desprovidos.* (REsp 710.648/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 02.02.2015)

Destarte, o recurso especial não merece ser provido.

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

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.652.588-SP (2016/0012863-4)**

---

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Luciano Ribeiro Faccioli

Recorrente: Patrícia Maldonado Aricó

Advogados: Carla Bernardes Duarte Barreto - SP239840

Katia Mitte Sakai Martins Bezerra e outro(s) - SP340445

Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda

Advogado: Marco Aurélio Souza e outro(s) - SP193035

Recorrido: Iara Ramires da Silva de Castro

Recorrido: Roberta Vicente Sanches de Castro

Advogados: Mariângela Teixeira Lopes Leão e outro(s) - SP179244

Ísis Teixeira Lopes Leão - SP325860

## EMENTA

Recurso especial. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Danos morais. Imagem. Imprensa. Programa jornalístico. Dever de informação. Liberdade de imprensa. Limites. Ato ilícito. Comprovação. Reportagem com conteúdo ofensivo. Regular exercício de direito. Não configuração. Responsabilidade solidária da emissora e dos jornalistas. Súmula n. 221/STJ. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Magistrado como destinatário das provas. Independência das instâncias cível e criminal. Quantificação do dano extrapatrimonial. Desproporcionalidade. Não configuração. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ.

1. Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente à imagem e à honra, das pessoas sobre as quais se noticia.

2. Diferentemente da imprensa escrita, a radiodifusão consiste em concessão de serviço público, sujeito a regime constitucional específico, que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem observar, entre outros princípios, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da CF).

3. A liberdade de radiodifusão não impede a punição por abusos no seu exercício, como previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional (art. 52 da Lei n. 4.117/1962).

4. Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando fica evidenciada a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro.

5. No caso vertente, a confirmação do entendimento das instâncias ordinárias quanto ao dever de indenizar não demanda o reexame do conjunto probatório, mas apenas a sua valoração jurídica, pois os fatos não são controvertidos.

6. Não configura regular exercício de direito de imprensa, para os fins do art. 188, I, do CC/2002, reportagem televisiva que contém comentários ofensivos e desnecessários ao dever de informar, apresenta julgamento de conduta de cunho sensacionalista, além de explorar abusivamente dado inverídico relativo à embriaguez na condução de veículo automotor, em manifesta violação da honra e da imagem pessoal das recorridas.

7. Na hipótese de danos decorrentes de publicação pela imprensa, são civilmente responsáveis tanto o autor da matéria jornalística quanto o proprietário do veículo de divulgação (Súmula n. 221/STJ). Tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão. Precedentes.

8. O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto na parte final do art. 130 do CPC/1973.

9. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado no âmbito de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

10. O ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor compete aos réus (art. 333, II, do CPC/1973). Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de diligência se lhes era plenamente possível carrear aos autos, por sua própria iniciativa, os elementos probatórios que julgavam necessários ao deslinde da causa.

11. A sentença absolutória na seara criminal possui efeito vinculante sobre o juízo cível apenas quando restam negadas a materialidade ou a autoria do fato. O mesmo não ocorre no julgamento de improcedência da ação penal por ausência de justa causa, seja porque vigora o princípio da independência das instâncias, seja porque o juízo acerca da configuração típica dos crimes contra a honra difere da apreciação feita no âmbito cível quanto aos requisitos caracterizadores do dano moral, que também admite a modalidade culposa.

12. É possível a revisão do montante fixado a título de indenização por danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, em face do quadro fático delineado nas instâncias locais, sob pena de afronta à Súmula n. 7/STJ.

13. A quantificação do dano extrapatrimonial deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório.

14. Indenização arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada vítima, que não se revela desproporcional ante a abrangência do dano decorrente de reportagem televisionada e disponibilizada na *internet*.

15. Recursos especiais não providos.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

---

DJe 2.10.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de dois recursos especiais interpostos, respectivamente, por *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* (e-STJ fls. 312/328) e por *Luciano Ribeiro Faccioli e Patrícia Maldonado Aricó* (e-STJ fls. 334/346), ambos com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado:

Indenização por danos morais. Matéria exposta em programa televisivo. Cerceamento de defesa não se faz presente. Devido processo legal observado. Desnecessidade de outras provas. Documentação existente é suficiente para a entrega da prestação jurisdicional no mérito. Episódio exigia a informação correspondente, todavia, o polo passivo ultrapassou o direito de informar, fazendo comentários humilhantes e expondo as autoras à situação vexatória. Direito de informação exige responsabilidade. Abusividade caracterizada. Expressões ofensivas afrontaram a dignidade da pessoa humana das requerentes, ampliando a aflição psicológica. Danos morais configurados. Verba reparatória compatível com as peculiaridades da demanda. Honorários advocatícios fixados com equilíbrio. Recursos desprovidos (e-STJ fl. 301).

Cuida-se, na origem, de demanda indenizatória ajuizada por *Iara Ramires da Silva de Castro* e *Roberta Vicente Sanches de Castro* (e-STJ fls. 1/11) objetivando a reparação pelos prejuízos de ordem imaterial (danos morais) que alegam ter sofrido em virtude de comentários proferidos por *Luciano Faccioli* e *Patrícia Maldonado* em matéria jornalística transmitida pela emissora *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* e disponibilizada na *internet*.

A título de reparação pelos danos morais sofridos, as autoras requereram o pagamento de indenização individualizada no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), bem como a responsabilização, em caráter solidário, da *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.*, com fundamento na Súmula n. 341/STF.

A sentença de primeiro grau (e-STJ fls. 203/207) julgou parcialmente procedente a ação para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cada autora.

No julgamento das apelações interpostas pelas autoras (e-STJ fls. 214/220) e pelos réus (e-STJ fls. 226/248 e fls. 253/268), a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP – negou provimento aos recursos e manteve integralmente a sentença.

Irresignados, apenas os réus interpuseram recursos especiais.

Nas suas razões recursais, a *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* (e-STJ fls. 312/328) sustenta que o acórdão recorrido violou os arts. 186 e 188, I, do Código Civil, ante a inexistência de ato ilícito apto a ensejar a condenação por danos morais, tendo em vista que a matéria jornalística foi de relevante interesse público e não houve abuso do direito de informar.

Alega que a condenação se deu em valor exorbitante com relação ao suposto dano sofrido (e-STJ fl. 321), em ofensa ao art. 884 do Código Civil, que veda o enriquecimento ilícito.

Aduz, ainda, que a reportagem está amparada pelo exercício do direito de imprensa, pois “a emissora Recorrente não agiu de forma ilícita a prejudicar ou ofender a imagem do autor/recorrente, tendo se limitado a expor a notícia e a tecer críticas oportunas à situação relatada” (e-STJ fl. 324).

Por seu turno, *Luciano Faccioli e Patrícia Maldonado* (e-STJ fls. 334/346) apontam que o acórdão violou os arts. 332 e 333, II, do Código de Processo Civil de 1973 e incorreu em cerceamento de defesa ao indeferir o pedido dos réus para expedição de ofício ao juízo criminal no qual tramitava ação penal acerca da mesma situação fática.

De acordo com os segundos recorrentes,

(...)

na ação criminal foi apurado que não houve crime, ou seja, que as palavras exaradas pelos jornalistas não ofenderam a honra das recorridas. E, não tendo sido as palavras violadoras da honra das recorridas, não pode se afirmar que elas mereçam indenização por danos morais, pois esta só poderá se concretizar se realmente tenha ocorrido algum dano (e-STJ fl. 341).

Além disso, tal qual a primeira recorrente, sustentam que a indenização foi arbitrada em valor exorbitante e desproporcional, violando o disposto no art. 884 do Código Civil (e-STJ fl. 343).

Assim, a *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* requer o provimento do recurso especial para julgar a demanda improcedente. Já *Luciano Faccioli e Patrícia Maldonado* pleiteiam a reforma do acórdão para afastar a condenação ou, subsidiariamente, para minorar a indenização imposta.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 354/360), os recursos especiais foram inadmitidos na origem (e-STJ fls. 362/363 e 364/365), ascendendo a esta Corte Superior por força do provimento dos subsequentes recursos de agravo (e-STJ fls. 406/407 e 408/409).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Não assiste razão aos recorrentes.

### *I. Histórico*

Extraí-se dos autos que Iara Ramires da Silva de Castro e sua filha Roberta Vicente Sanches de Castro ajuizaram ação indenizatória contra a Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., Luciano Ribeiro Faccioli e Patrícia Maldonado Aricó, objetivando vê-los condenados solidariamente à reparação dos danos morais que lhes teriam sido ocasionados em virtude de reportagem veiculada no programa “Primeiro Jornal”, televisionada e disponibilizada *on-line* na plataforma da referida emissora.

Na inicial, as autoras, aqui recorridas, aduziram que a supramencionada matéria jornalística violou seus direitos da personalidade ao noticiar, inveridicamente, fatos relativos a desentendimento ocorrido durante tentativa de autuação em *blitz* da Polícia Militar de São Paulo na madrugada do dia 12 de julho de 2012.

De acordo com as autoras, no momento da abordagem policial, *Roberta de Castro* se recusou a permitir vistoria no veículo, por entender inexistir justificativa para tanto. Diante da negativa, a motorista foi instada a se submeter ao teste do bafômetro, o que também recusou.

Narram que, após a condutora negar o consumo de bebida alcoólica e apresentar a devida documentação, um soldado da polícia militar agrediu sua mãe, *Iara de Castro*, gritando e empurrando-a. Alegam que apenas nesse momento, e em razão da agressão sofrida, *Roberta de Castro*, que é advogada, “gritou que estavam agredindo uma desembargadora” (e-STJ fl. 3). Afirmam ter se dirigido então à Corregedoria da Polícia Militar, a fim de promover representação contra os policiais militares envolvidos, e, em seguida, comparecido perante a 78ª DP para prestar esclarecimentos. Informam que *Roberta de Castro* se submeteu à perícia sanguínea, a qual apontou resultado negativo de álcool no sangue.

Segundo a exordial, a despeito da conclusão do teste de alcoolemia, no programa jornalístico, os apresentadores *Luciano Faccioli* e *Patrícia Maldonado* “falaram insistentemente que a advogada e sua mãe estavam embriagadas e recusaram-se a realizar o exame etilômetro utilizando-se da profissão da Sra. Iara”. Além disso, “com o intuito de chocar, e obter audiência, às custas da imagem das autoras, os jornalistas (...) afirmaram a todo momento que a advogada e sua genitora deram uma ‘carteirada’ nos policiais militares” (e-STJ fl. 3).

Também teriam sido proferidas frases jocosas e grosseiras, tais como “vai encher o saco”, “a mãe dela é doutora ela é dotorzinha ou doutorinha”, “ela é

desembargadora, é otoridade (*sic*) não pode ela usar roupa bonita, usar terninho, usar papel higiênico folha dupla no gabinete do Tribunal Regional do Trabalho onde ela despacha”, “jogou a carteirinha”, e “a doutora Iara tem que educar melhor sua filha” (e-STJ fl. 4).

O cerne da controvérsia posta nos presentes autos consiste em aferir se a reportagem jornalística em questão configurou ato ilícito - apto a ensejar a responsabilização solidária da emissora e de seus prepostos por danos morais - ou se caracterizou, conforme alegam os recorrentes, regular exercício do direito à liberdade de expressão e de informação jornalística.

É necessário avaliar, inicialmente, a ocorrência de eventual excesso no exercício da liberdade de imprensa e, posteriormente, a adequação da indenização cominada no acórdão recorrido aos critérios de proporcionalidade e equidade exigidos por lei.

Além disso, investiga-se a existência de cerceamento de defesa no indeferimento de pedido de produção de provas que evidenciariam fato modificativo do direito das autoras.

Como questão de fundo, analisa-se, ainda, a possibilidade de condenação por danos morais decorrentes de comentários desairosos, visto que na seara criminal houve absolvição dos autores das supostas ofensas.

Embora os recursos especiais ora analisados se diferenciem pontualmente, conforme detalhado no relatório, verifica-se que as pretensões recursais, bem como as razões de mérito sobre as quais se alicerçam, são condizentes entre si.

Assim, considerando-se que a solução jurídica é idêntica, no sentido da improcedência dos pleitos e da manutenção do entendimento das instâncias ordinárias, passa-se à análise conjunta dos argumentos deduzidos.

## *II. Da configuração de ato ilícito, do dano moral e do dever de indenizar. Da inexistência de violação dos artigos 186 e 188, I, do Código Civil*

Inicialmente, ressalta-se que a alegação de inexistência da responsabilidade civil por dano moral, no que tange ao conteúdo jurídico-normativo do regular exercício do direito de imprensa e à possibilidade de responsabilização dos veículos de comunicação e de seus prepostos, não demanda o reexame do conjunto probatório, visto que os fatos não são controvertidos. Trata-se, sim, de sua valoração jurídica, em exercício hermenêutico.

No caso em análise, contrapõem-se o direito à liberdade de manifestação e de imprensa, titularizado pelos *recorrentes*, ao direito das *recorridas* à preservação de sua honra e imagem, todos constitucionalmente assegurados.

De forma majoritária, a doutrina brasileira compreende que, diante da colisão entre direitos fundamentais, a solução mais adequada reside no sopesamento dos interesses em disputa, buscando adequá-los mutuamente, sem que um afaste integralmente o outro.

Nas palavras de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, o magistrado deve “promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto”. (In: *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 512)

Em importante inovação com relação ao Código Civil de 1916, que previa somente a responsabilidade extracontratual por ato ilícito (art. 159), o atual Código Civil a amparou em duas hipóteses: o ato ilícito e o abuso de direito, conforme disposto, respectivamente, nos arts. 186 e 187 do CC/2002.

Nos exatos termos do art. 187 do CC/2002, o conceito de ato ilícito passou a abarcar a conduta do “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187 do CC/2002).

Assim, o dever de indenizar também exsurge do exercício irregular de direitos que ocasiona dano a outrem, ainda que de índole exclusivamente moral.

Conforme sintetiza Sérgio Cavalieri Filho, a aplicação da lei civil à luz da Constituição vigente compreende o dano moral a partir de dois aspectos distintos: em sentido estrito, como a violação do direito à dignidade humana, atributo máximo dos indivíduos, ou, em sentido mais amplo, englobando diversos graus de ofensa a direitos da personalidade, tais como a imagem, a reputação e direitos autorais. (In: *Programa de Responsabilidade Civil* - 10ª Edição São Paulo 2012. Editora: Editora Atlas. págs. 88/91)

Sobre o tema, assim leciona Yussef Said Cahali, com uma perspectiva igualmente amplificada:

(...)

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los

exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral. (*In*: Dano moral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, págs. 20-21)

É certo que a Constituição assegura a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, prevendo o direito a indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação (art. 5º, X).

Por seu turno, a liberdade de imprensa também se reveste de conteúdo constitucional, estando indissociavelmente relacionada com a própria garantia do Estado Democrático de Direito. Isso não significa, contudo, que se trate de direito de caráter absoluto, a impedir a justa responsabilização por excessos cometidos no livre exercício da atividade jornalística.

Conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da ADPF n. 130:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos

morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei n. 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.

(...)

2. *Regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional.* A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). *A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.*

(...)

4. Mecanismo Constitucional de Calibração de Princípios. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-

se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. *Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inftetem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.*

(...)

(ADPF 130, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30.04.2009, DJe-208 divulg 05.11.2009 public 06.11.2009 Ement vol-02381-01 pp-00001 RTJ vol-00213-01 pp-00020 - grifou-se).

A liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Portanto, ainda que feita de forma contundente ou irônica, a crítica jornalística é, em princípio, legítima e de interesse social, sobretudo quando diz respeito a pessoas públicas.

Contudo, não é possível chancelar o comportamento de veículos e profissionais da imprensa que, a pretexto de informar, transbordam os limites do interesse público e atingem direitos da personalidade, implicando danos à imagem e à honra das pessoas sobre as quais noticiam. Há uma esfera de proteção do indivíduo que não pode ser violada.

No mesmo sentido:

Recurso especial. Direito de informação, expressão e liberdade de imprensa. Direitos não absolutos. Compromisso com a ética e a verdade. Vedação à crítica difamatória e que comprometa os direitos da personalidade. Dano moral. Indenização. Arbitramento. Método bifásico.

*1. A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente*

*fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.*

*2. A liberdade de imprensa, por sua vez, é manifestação da liberdade de informação e expressão, por meio da qual é assegurada a transmissão das informações e dos juízos de valor, a comunicação de fatos e ideias pelos meios de comunicação social de massa.*

*3. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi).*

*4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade.*

5. No caso dos autos, após a informação de um fato verdadeiro, que, por si só, não seria notícia, desenvolveu-se uma narrativa afastada da realidade, da necessidade e de razoabilidade, agindo o autor da publicação, evidentemente, distante da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeiro escárnio com a instituição policial e, principalmente, em relação ao Superintendente Regional da Polícia Federal, condutor das atividades investigativas, que foram levemente colocadas à prova pelo jornalista.

6. Detectado o dano, exsurge o dever de indenizar e a determinação do quantum devido será alcançada a partir do método bifásico de arbitramento equitativo da indenização: numa primeira etapa, estabelece-se o valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes e, na segunda etapa, as circunstâncias do caso serão consideradas, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.627.863/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 12.12.2016 - grifou-se)

Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Publicações em *blog* de jornalista. Conteúdo ofensivo. Responsabilidade civil. Liberdade de imprensa. Abusos ou excessos. Artigos analisados: arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 09.10.2007. Recurso especial concluso ao Gabinete em 03.06.2013.

2. Discussão acerca da potencialidade ofensiva de publicações em *blog* de jornalista, que aponta envolvimento de ex-senador da República com atividades ilícitas, além de atribuir-lhe as qualificações de mentiroso, patife, corrupto, pervertido, depravado, velhaco, pusilânime, covarde.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

4. Em se tratando de questões políticas, e de pessoa pública, como o é um Senador da República, é natural que haja exposição à opinião e crítica dos cidadãos, da imprensa. *Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais. O exercício da crítica, bem como o direito à liberdade de expressão não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, como os xingamentos, porque isso pode implicar mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas* - o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores.

5. Ao contrário do que entenderam o Juízo de primeiro grau e o Tribunal de origem, convém não esquecer que *pessoas públicas e notórias não deixam, só por isso, de ter o resguardo de direitos da personalidade.*

6. *Caracterizada a ocorrência do ato ilícito, que se traduz no ato de atribuir a alguém qualificações pejorativas e xingamentos, dos danos morais e do nexo de causalidade, é de ser reformado o acórdão recorrido para julgar procedente o pedido de compensação por danos morais.*

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.328.914/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.03.2014, DJe 24.03.2014 - grifou-se)

Assim, em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando seu conteúdo possuir a evidente intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro.

Na lição de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

(...)

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista” [2].

No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos.

A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física. No dizer de Ulrich Karpen, “as opiniões devem ser endereçadas apenas ao cérebro, por meio de argumentação racional ou emocional ou por meras assertivas” [3] – outra compreensão entraria em choque com o propósito da liberdade em tela. (*In*: Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, págs. 603/604)

Em nota explicativa, os referidos autores remetem, ainda, ao entendimento de Castanho de Carvalho, segundo o qual, “no que tange ao linguajar empregado, a notícia é ilegítima se não se usa a leal clareza, ou seja, se se procede com insinuações, subentendidos, sugestionamentos, tom despropositadamente escandalizado ou artificioso e sistemática dramatização de notícias que devem ser neutras” (Castanho de Carvalho apud Mendes, *op. cit.*, pág. 700).

No caso em tela, as instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, decidiram pela procedência do pleito das autoras, entendendo que a matéria veiculada no programa “Primeiro Jornal”, transmitido pela *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.*, excedeu aos limites da liberdade de imprensa, configurando ato ilícito. Quando isso ocorre, fica claro o dever de indenizar.

É o que se extrai do seguinte excerto, transcrito da sentença:

(...)

No que tange ao mérito, podemos dividir a reportagem envolvendo os fatos aqui trazidos (analisado no *youtube*) em duas partes: a) a reportagem propriamente dita e nesta não se observa qualquer abusividade por parte das réis, já que apenas informam sobre os acontecimentos que foram narrados pelas autoridades policiais e b) os comentários feitos pelos réus Luciano Faccioli e Patricia Maldonado e nestes, patente o abuso de direito, já que fizeram comentários desnecessários que em nada elucida a notícia.

Se os magistrados ou qualquer outra autoridade pública não podem se beneficiar do cargo para atingir fins ilícitos e imorais, também não pode a imprensa, hoje sem dúvida um Quarto Poder, se utilizar de sua força, de sua penetração na sociedade, de seu poder de convencimento, para achincalhar sem qualquer prova dos fatos a vida de terceiros.

Deve-se observar que o próprio policial envolvido afirmou que “somente após dirigir-me insistentemente para que se identificasse é que a Dra. Lara Ramires apresentou sua funcional de Desembargadora do TRT (...)” (fls. 24/26), bem como que Roberta não estava embriagada, conforme documento de fls. 22, e apenas se utilizou do direito já reconhecido pelos nossos Tribunais de não fazer o teste do bafômetro.

Por sua vez, mesmo que verdade fosse que as requerentes houvessem desacatado policiais, invocado os cargos de desembargadora e advogada para evitar qualquer punição ou que estivesse a segunda autora embriagada, os comentários inapropriados e até mesmo vexatórios realizados pelos apresentadores do programa televisionado já seriam suficientes para ensejar o pedido de danos morais.

Afinal, conforme o disposto no artigo 187 do C.C., “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

*Dizem os dois repórteres, de forma pejorativa, que Lara seria “doutora” e a Roberta “doutorinha”, com o claro intuito de menosprezar suas imagens.*

*Ainda, com comentários totalmente desnecessários, falam da “roupinha” das autoras, do gabinete com ar condicionado da primeira e que usam papel higiênico com folha dupla no banheiro do Tribunal. Lamentáveis esses comentários que só demonstram a irresponsabilidade de alguns jornalistas que não tem consciência de seu papel na sociedade.*

*Veja-se e isso é fundamental destacar, que tem a imprensa total liberdade de divulgar notícias, inclusive como esta, todavia, os comentários dos apresentadores em nada acrescem às informações dadas, desvirtuando-se os réus de sua efetiva atividade e constringendo as requerentes.*

No mais, apesar da matéria em si não ser ofensiva, e sim os comentários efetuados pelos apresentadores, possui a primeira ré, Bandeirantes, responsabilidade solidária quanto a eles, considerando sua responsabilidade objetiva.

Neste sentido dispõe a Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Assim, patente o ato ilícito das rés, o dano moral é incontestável. (...) (e-STJ fls. 204-205 - grifou-se).

No mesmo sentido, eis a fundamentação exposta no voto do Relator, que integra o aresto recorrido:

(...)

Quanto ao mérito, as expressões utilizadas pelo órgão de comunicação e seus prepostos não se limitaram a noticiar o ocorrido, sendo a sentença clara e precisa quanto a este aspecto.

De fato, o acontecimento estava apto à informação, restringindo-se exclusivamente à narração, inclusive do que foi proferido por autoridades presentes na ocasião, portanto, em relação à reportagem em si, não se vislumbra qualquer abusividade no direito de informar.

*Em contrapartida, quando os jornalistas réus teceram comentários desairosos, utilizando-se do órgão de comunicação integrante do polo passivo, eles ultrapassaram o dever de informar, expondo as autoras à situação vexatória e humilhante, sendo que expressões como doutorzinha ou doutorinha não evidenciam o direito de informação, mas apenas afrontam a dignidade da pessoa humana.*

*Desta forma, na hipótese em testilha foi ultrapassado o limite imposto ao direito de informar, visto que questão relacionada às vestimentas das autoras, como a expressão roupinha utilizada pelos corréus na ocasião, em nada contribui para o interesse público, mas apenas para que os jornalistas, com a facilidade que os meios de comunicação proporcionam, venham a tratar as pessoas com desdém imensurável.*

(...)

Além do que, foram utilizados aspectos abrangendo sensacionalismo barato com relação às condições de trabalho da correquerente, no que tange à *qualidade do papel higiênico que seria utilizado no local do labor, ressaltando-se que não fora constatada nenhuma embriaguez envolvendo a coautora*, fls. 22, portanto, a abusividade é notória.

Destarte, os danos morais se fazem presentes, sendo desnecessária a comprovação, uma vez que está vinculada à própria matéria televisiva.

O polo passivo, ao agir de forma distorcida, ampliou a aflição psicológica das integrantes do polo ativo, agindo somente em busca de audiência, não se preocupando estritamente com a informação, mas sim, com a repercussão, dando ênfase com comentários desabonadores, o que ocasionou enorme angústia e profundo desgosto às ora requerentes (...) (e-STJ fls. 304/306 - grifou-se).

Como acentuado na origem, a matéria televisiva conteve comentários ofensivos e desnecessários ao dever de informar, apresentando julgamento de conduta de cunho sensacionalista, desdenhando das roupas das recorridas e até do papel higiênico utilizado em seus locais de trabalho. Além disso, explorou abusivamente dado inverídico relativo à embriaguez da condutora do veículo, que não se constatou.

Assim, sendo manifesta a violação da honra e da imagem pessoal das recorridas, não há falar em regular exercício de direito, para os fins do art. 188, I, do Código Civil.

Ressalta-se que, diferentemente da imprensa escrita, a radiodifusão consiste em concessão de serviço público, sujeito a regime constitucional específico, que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem observar, entre outros princípios, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da Constituição de 1988).

Nota-se que já no Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional, compreendia-se que “a liberdade de radiodifusão não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício” (art. 52 da Lei n. 4.117/1962).

No que diz respeito especificamente à alegação da recorrente *Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.* de que não houve culpa capaz de ensejar a responsabilidade civil, duas considerações são necessárias.

Em primeiro lugar, a teor da Súmula n. 221/STJ, “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. Conforme entendimento consolidado, tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão.

A propósito:

Direito Civil. *Internet. Blogs.* Natureza da atividade. Inserção de matéria ofensiva. Responsabilidade de quem mantém e edita o *blog*. Existência. Enunciado n. 221 da Súmula/STJ. Aplicabilidade.

1. A atividade desenvolvida em um *blog* pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no *blog* por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos posts dos seguidores do *blog*.

2. Nos termos do enunciado n. 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação.

3. O enunciado n. 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria de informação, cabendo àquele que mantém *blog* exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no site de matérias ou artigos potencialmente danosos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 1.381.610/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03.09.2013, DJe 12.09.2013 - grifou-se)

Direito Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Exploração indevida da imagem. Legitimidade passiva. Indenização. Revisão pelo STJ. Limites.

1. Nos termos do enunciado n. 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação.

2. O enunciado n. 221 da Súmula/STJ não se aplica exclusivamente à imprensa escrita, abrangendo também outros veículos de imprensa, como rádio e televisão.

3. A revisão, pelo STJ, do valor arbitrado a título de danos morais somente é possível se o montante se mostrar irrisório ou exorbitante, fora dos padrões da razoabilidade. Precedentes.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.138.138/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25.09.2012, DJe 05.10.2012 - grifou-se)

Dano moral. Programa de rádio. Ilegitimidade do Diretor-Presidente. Legitimidade do radialista. Inteligência da Súmula 221.

- Tanto o radialista quanto o proprietário do veículo de divulgação (rádio-programa) são civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano moral, decorrente de manifestação radiofônica.

(REsp 125.696/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 21.03.2005, p. 360 - grifou-se)

Além disso, conforme asseverado na sentença de primeiro grau, tem incidência, por analogia, o entendimento da Súmula n. 341/STF, segundo a qual “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Assim, não se discute a culpa da emissora no caso em apreço, sendo irretocável a conclusão das instâncias ordinárias quanto à responsabilidade solidária dos recorrentes pelos danos extrapatrimoniais causados.

Não há falar em ato lícito, tampouco em violação dos arts. 186 e 188, inciso I, do Código Civil, haja vista que ficou consignado que extrapolaram os limites da liberdade de expressão e de imprensa ao exercerem seu direito de informar.

*III. Da inexistência de cerceamento de defesa no indeferimento da produção de provas. Da não violação dos arts. 332 e 333, II, do Código de Processo Civil*

No que se refere à alegação de cerceamento de defesa devido ao indeferimento do pedido dos recorrentes *Luciano Ribeiro Faccioli e Patrícia Maldonado Aricó* para produção de provas, o acórdão recorrido também não merece reparos.

Por força dos princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, positivados no art. 130 do CPC/1973, compete ao julgador determinar as provas que julgar necessárias à formação de seu entendimento, bem como indeferir as diligências que considerar inúteis ou protelatórias.

O juízo sobre a necessidade ou não de dilação probatória se situa no âmbito da competência das instâncias ordinárias, em virtude da proximidade com as circunstâncias fáticas que compõem a causa de pedir.

Trata-se de questão cujo reexame é vedado em recurso especial, incidindo o óbice da Súmula n. 7/STJ, consoante jurisprudência reiterada.

Confiram-se:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Dispositivos constitucionais. Violação. Descabimento. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. Recurso especial. Efeito suspensivo. Pedido formulado no próprio recurso. Impossibilidade.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual revela-se inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, III, da Carta Magna).

2. O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto no parte final do art. 130 do Código de Processo Civil de 1973.

3. *A jurisprudência desta Corte é no sentido que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.*

4. *Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.*

5. Somente se justifica a outorga de efeito suspensivo a recurso especial diante de situações excepcionais, podendo ser efetivada no Superior Tribunal de Justiça apenas por medida cautelar prevista no art. 288 do Regimento Interno desta Corte.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 845.218/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, DJe 16.08.2016 - grifou-se)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Magistrado como destinatário das provas. Cerceamento de defesa. Configuração. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ.

1. É possível o julgamento antecipado da lide quando o tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

2. *Rever os fundamentos de não reconhecimento do cerceamento de defesa por ter sido a lide julgada antecipadamente demanda a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.*

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 229.927/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17.03.2015, DJe 23.03.2015 - grifou-se)

Ademais, não se constatou o nexo de causalidade entre a decisão que negou o pedido dos recorrentes e o prejuízo alegado, visto que a prova desejada poderia ter sido produzida de outra forma.

Consta dos autos que a sentença criminal absolutória (e-STJ fls. 272/278) foi proferida alguns meses antes da sentença que julgou procedente a ação de reparação cível (e-STJ fls. 203/207), tempo suficiente para que os recorrentes providenciassem a sua juntada, por iniciativa própria.

Como consabido, o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor compete aos réus, nos termos do art. 333, II, do CPC/1973. Não tem cabimento a pretensão de transferir esse encargo ao julgador na hipótese em que lhes era plenamente possível trazer aos autos os elementos probatórios que julgavam necessários ao deslinde da causa.

Não bastasse isso, convém ressaltar que a falta de tal prova não possui o condão de invalidar as conclusões de mérito das instâncias ordinárias. Na verdade, inexistente relação de prejudicialidade entre o juízo criminal e o cível, na extensão intencionada pelos recorrentes, tendo em vista que vigora o princípio da independência das instâncias. Assim preceitua o art. 935 do CC/2002,

A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Extrai-se do referido dispositivo que a sentença absolutória na seara criminal possui efeito vinculante sobre o juízo cível apenas quando restam negadas a materialidade (existência do fato) ou a autoria, o que não ocorre no julgamento de improcedência da ação penal por ausência de justa causa.

Importante enfatizar que, nos termos do art. 67 do Código de Processo Penal, a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime – ou seja, não configura fato típico, ilícito e culpável – não tem o condão de impedir a propositura de ação civil e a respectiva responsabilização civil dos réus, inclusive com base nos mesmos elementos probatórios.

É que o juízo acerca da configuração típica dos crimes contra a honra – no caso em apreço, os delitos de difamação (art. 139 do CP) e injúria (art. 140 do CP) – difere da apreciação feita no âmbito cível quanto aos requisitos caracterizadores do dano moral.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt elucida que

(...)

O elemento subjetivo do crime de difamação é o dolo de dano, que se constitui da vontade consciente de difamar o ofendido imputando-lhe a prática de fato desonroso; é irrelevante tratar-se de fato falso ou verdadeiro, e é igualmente indiferente que o sujeito ativo tenha consciência dessa circunstância. O dolo pode ser direto ou eventual.

(...)

O elemento subjetivo do crime de injúria e o dolo de dano, constituído pela vontade livre e consciente de injuriar o ofendido atribuindo-lhe um juízo depreciativo. A consciência tem de ser atual, isto é, existir no momento próprio da ação, sem o qual não se poderá falar em crime doloso.

Além do dolo, faz-se necessário o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido. Simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si só, são insuficientes para caracterizar o crime de injúria. (*In*: Código Penal comentado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012)

A partir da análise dos trechos colacionados, observa-se que os referidos tipos penais requerem o preenchimento do elemento subjetivo do tipo “dolo”, enquanto a responsabilidade civil por dano moral admite também a modalidade culposa.

Além disso, a condenação criminal, como corolário máximo do exercício do poder punitivo do Estado, submete-se a princípios próprios, notadamente a fragmentariedade e a subsidiariedade. Daí a necessidade de que o Direito Penal incida como *ultima ratio*, apenas quando indispensável à proteção dos bens jurídicos tutelados.

Assim, é possível que haja a condenação cível por dano moral ainda que o autor da conduta ofensiva tenha sido previamente absolvido no âmbito criminal, desde que essa absolvição não tenha decorrido da ausência de materialidade ou de autoria.

Sobre o tema, em igual sentido:

Agravo interno no recurso especial. Ação de reparação de danos. Decisão monocrática que deu parcial provimento ao apelo extremo. Insurgência dos réus.

(...) 2. *Havendo em regra completa independência entre os juízos criminal e cível, uma mesma prova pode ser suficiente para condenar à reparação civil dos danos causados, em que pese não seja o bastante para uma condenação criminal. Precedentes.* Incidência da Súmula 83/STJ. 3. *Rever o entendimento da Corte a quo, a qual consignou que, diante da realidade fática apresentada nos autos, evidenciou-se a existência de culpa concorrente pelo acidente de trânsito em questão, demandaria necessário reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula 7 do STJ. Precedentes.* (...) 9. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.287.225/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16.03.2017, DJe 22.03.2017 - grifou-se)

Improbidade administrativa. Possibilidade de o Ministério Público Estadual atuar diretamente nos Tribunais Superiores. Precedentes (RE 593.727; EREsp 1.327.573). Foro por prerrogativa de função. Conselheiro de Tribunal de Contas de Estado ou do Distrito Federal. Inexistência. Restrito às ações penais. Fatos mais graves. Independência das instâncias. Perda do cargo. Sanção político-administrativa. Inexistência de competência originária implícita (ADI 2.797; PET 3.067; RE 377.114 AGR). Recurso não provido. (...) 3. *Como é sabido, uma das características do direito penal é a fragmentariedade, que decorre do princípio da subsidiariedade que o informa. Como é cediço, pois, as instâncias são relativamente independentes entre si. "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato" (art. 66 Código de Processo Penal); também nos casos previstos no artigo 67 do CPP, a ação civil poderá ser proposta.* (...)

(AgRg na Rcl 10.037/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 21.10.2015, DJe 25.11.2015 - grifou-se).

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Processual Civil. Art. 935 do Código Civil. Sentença penal absolutória transitada em julgado. Efeitos. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. 1. *Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a absolvição no juízo criminal, diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal, apenas vincula o juízo cível quando restar reconhecida a inexistência do fato ou atestar não ter sido o demandado seu autor.* 2. *A alteração do acórdão recorrido exigiria o reexame de provas, inviável na estreita via do recurso especial (Súmula n. 7/STJ).* 3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 292.984/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.09.2014, DJe 15.09.2014 - grifou-se)

Pelo exposto, também não se vislumbram as apontadas violações dos arts. 332 e 333, II, do Código de Processo Civil de 1973.

*IV. Da quantificação do dano e da impossibilidade de sua revisão. Incidência da Súmula n. 7/STJ*

Quanto à pretensão recursal de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, manifestada por ambas as partes recorrentes, tem-se por inviável o seu acolhimento na via estreita do recurso especial.

Como se sabe, a lei não fixa esquemas matemáticos para a quantificação do dano extrapatrimonial, competindo ao julgador arbitrá-lo à luz de seus motivos determinantes, de forma equânime e adequada às circunstâncias. A propósito, Caio Mário da Silva Pereira ensina que,

(...)

Na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspondente da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização (...). Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (*In*: Responsabilidade Civil, págs. 338 e 339, 2ª ed., Forense)

Esta Corte Superior tem admitido a revisão do montante determinado pelas instâncias ordinárias apenas em virtude de flagrante irrisoriedade ou abusividade diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição, o que não se verifica.

A reparação determinada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada vítima não destoia dos parâmetros que vêm sendo adotados por esta Corte em situações análogas.

Também não se entrevê desproporcionalidade quanto aos danos morais sofridos, visto que a honra e a imagem das recorridas foram lesionadas em reportagem jornalística transmitida em emissora de televisão e, ainda, disponibilizada *on-line*.

Além disso, conforme se extrai do acórdão recorrido, “não fora constatada nenhuma embriaguez envolvendo a coautora” (e-STJ fl. 305), o que reforça sobremaneira a abusividade da conduta das recorrentes.

A abrangência da transmissão pode igualmente ser considerada para aferir a proporção dos danos causados, atendendo ao que dispõe o art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Acerca desse ponto, convém recordar o ponderado por Pierre Bordieu, em ensaio sobre a televisão há uma década:

(...)

Por seu poder de difusão, a televisão levanta para o universo do jornalismo escrito e para o universo cultural em geral um problema absolutamente terrível. Por comparação, a imprensa de massa que causava estremecimentos (Raymond Williams lançou a hipótese de que toda a revolução romântica em poesia foi suscitada pelo horror da imprensa de massa) parece pouca coisa. Por sua amplitude, por seu peso absolutamente extraordinário, a televisão produz efeitos que, embora não sejam sem precedente, são inteiramente inéditos.

Por exemplo, a televisão pode reunir em uma noite diante do jornal das 20 horas mais pessoas do que todos os jornais franceses da manhã e da noite reunidos. (*In*: Sobre a televisão. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro, Zahar, 1997, pág. 62)

A compreensão do estágio histórico e sociocultural atual, em que a *internet* ultrapassou, em muito, os horizontes que já eram significativos da radiodifusão, no tocante ao potencial de difusão de informações e à dificuldade de contradizê-las, mesmo quando inverídicas, apenas corrobora a inexistência de irrazoabilidade no valor arbitrado.

Por fim, a doutrina e a jurisprudência majoritárias se consolidaram no sentido de que a reparação do dano moral deve se pautar por parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização. A reavaliação desses

critérios, salvo patente desconformidade, demandaria o exame atento do conjunto fático-probatório, inviável nesta instância, consoante reiteradamente decidido nesta Corte.

*V. Conclusão*

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos especiais.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.685.453-SP (2015/0053629-4)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andrigli

Relator para o acórdão: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Iboty Brochmann Ioschpe

Advogados: Rachel Rezende Bernardes - DF016376

Hamilton Ymoto - SP157684

Ricardo Leal de Moraes e outro(s) - SP325160

Soc. de Adv.: Dutra e Associados Advocacia e Consultoria

Recorrido: Banco Santos S/A - Massa Falida

Advogados: Paulo de Tarso Ribeiro Kachan e outro(s) - SP138712

Fabiana Nogueira Nista Salvador - SP305142

Interes.: PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda - ME

Advogado: Francisco de Assis Calazans de Freitas - SP041412

---

**EMENTA**

Recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do CPC/1973.* Ação de reparação de danos materiais. Falência. Banco Santos. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Ausência. Prescrição. Não ocorrência. Cédula de Produto Rural. Emissão fraudulenta. Responsabilidade do produtor rural. Art. 944, parágrafo único, do CC/2002. Grau da culpa. Redução equitativa da indenização. Recurso especial parcialmente provido.

1. Aplicabilidade do CPC/1973 ao caso conforme o Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9.3.2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

2. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/1973, rejeitam-se os embargos de declaração.

3. A pretensão reparatória da recorrida nasceu a partir da decretação da falência do Banco Santos, momento em que se concretizaram os danos decorrentes dos atos ilícitos praticados contra seu patrimônio, de modo que não houve o decurso do prazo prescricional apontado pelo recorrente. Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice no fato de que a massa falida passou a existir como tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.

4. As operações fraudulentas intituladas pelo Banco Central de cédulas de produto rural “alugadas” nunca se destinaram ao financiamento da produção rural ou à sua securitização, pois eram emitidas em troca de recursos financeiros imediatos como forma de obtenção de vantagens em outras operações efetuadas pelo banco, engordando seus ativos. A fraude só era possível em razão da anuência dos produtores rurais que emitiam referidos títulos e que assim se beneficiavam com míseros reais diante da monta do ilícito.

5. O art. 944, parágrafo único, do CC/2002 autoriza, em caráter excepcional, a gradação da culpa como fator de aferição do montante da condenação, possibilitando reduzir o valor da indenização em virtude de uma conduta havida com grau mínimo de culpa, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado.

6. A prova da falta de intenção maliciosa afasta a caracterização do dolo, não da culpa. Na culpa não há intenção de causar o dano, mas há previsibilidade. Para a análise da gravidade da culpa deve-se aquilatar a maior ou menor previsibilidade do resultado e a maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano.

7. Aplicando-se tais critérios à hipótese dos autos, constata-se que a responsabilidade solidária do produtor rural decorre do fato de ter emitido cédula de produto rural de forma fraudulenta, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo seu valor de face pela PDR (2.284.200,00), recebendo o produtor rural 0,5% do valor do título (12.600,00) a título de “aluguel de assinatura”. Sua participação no esquema fraudulento foi mínima se comparado à atuação da PDR, que foi a responsável pela transferência de inúmeros títulos para a instituição bancária e pelo recebimento dos respectivos valores, posteriormente desviados para diferentes contas bancárias.

8. A conduta isolada do produtor rural não foi apta a ocasionar a bancarrota da instituição financeira, mas a fraude por ele perpetrada contribuiu para o imenso rombo contábil que resultou na lesão de vários investidores em decorrência do ilícito. Desse modo, a culpa do produtor rural configura-se como leve ou levíssima, apta a receber o abrandamento da condenação prevista no art. 944, parágrafo único, do CC/2002.

9. Recurso especial parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, dando parcial do recurso especial, votaram o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhando o Ministro Villas Bôas Cueva e o Ministro Marco Aurélio Bellizze acompanhando a Ministra Nancy Andrighi.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em prevalecer o voto médio no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

**RELATÓRIO**

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Iboty Brochmann Ioschpe*, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

*Ação*: de reparação de danos, ajuizada pela *Massa Falida do Banco Santos S/A* em face do recorrente e de *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda* (interessada), em razão de danos causados ao Banco por desvios de valores relativos à Cédula de Produto Rural (CPR) emitida de forma fraudulenta.

*Sentença*: julgou (i) improcedentes os pedidos deduzidos em face do recorrente e (ii) parcialmente procedentes os pedidos formulados em face da interessada, para condená-la ao pagamento de R\$ 2.284.200,00 à recorrida.

*Acórdão*: (i) negou provimento ao agravo retido interposto pelo recorrente, (ii) deu provimento à apelação interposta pela recorrida, para reconhecer a responsabilidade solidária do recorrente, e (iii) declarou prejudicado o recurso adesivo interposto pelo recorrente.

*Embargos de Declaração*: opostos pelo recorrente, foram rejeitados.

*Recurso especial*: aponta a existência de dissídio jurisprudencial e alega violação dos artigos: 189 e 206, § 3º, do CC; 3º, § 1º, da Lei n. 8.929/1994; 131, 332, 333, I, 458, II, e 535, II, do CPC/1973; 186, 403, 927, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC. Argumenta que a pretensão está prescrita, pois já havia decorrido o prazo de três anos contados a partir da data em que se perfectibilizou a aquisição, via endosso, da CPR emitida originalmente pelo recorrente. Afirma que não houve ato ilícito, quando da emissão da Cédula, apto a ensejar dever de reparação, pois a lei de regência não exige pagamento integral à vista. Entende que houve negativa de prestação jurisdicional e que a condenação foi decretada sem apoio no acervo probatório. Sustenta que o ato isolado de emitir uma CPR não constitui causa adequada ao dano reconhecido (desvio de recursos financeiros).

*Juízo de admissibilidade*: embora a irresignação não tenha sido admitida na origem, a Terceira Turma do STJ, em sessão realizada em 6/6/2017, deliberou no sentido da conversão do agravo correlato em recurso especial, independentemente de publicação de acórdão.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal, além de definir se houve negativa de prestação jurisdicional, é determinar: (i) se a pretensão deduzida está prescrita; e (ii) se o recorrente deve ser responsabilizado por eventuais prejuízos causados à massa falida do Banco Santos.

### *1. Breve Síntese Processual*

A massa falida do Banco Santos ajuizou a presente ação com o intuito de ser ressarcida pelos danos decorrentes de operações supostamente fraudulentas realizadas a partir da emissão, pelo recorrente, de Cédula de Produto Rural.

Segundo narra a inicial, “a emissão da cédula não objetivou a obtenção de recursos destinados à produção, mas, ao revés, com a conivência do produtor rural, emitente, obtida com o pagamento de um pequeno valor a título de aluguel, promover a sangria criminosa dos recursos do Banco Santos” (e-STJ Fl. 2).

O acórdão recorrido afastou a prescrição, ao argumento de que o prazo trienal do art. 206, § 3º, do CC não foi implementado desde a verificação do prejuízo experimentado (ou a decretação da intervenção pelo Banco Central) até o ajuizamento da ação.

Quanto à questão de fundo, reconheceu que o conjunto probatório formado no processo conduz à conclusão de que o recorrente, a interessada e membros da alta cúpula do Banco praticaram uma série de negociações fraudulentas com a finalidade de desviar recursos em benefício próprio.

Como corolário, julgou procedentes os pedidos deduzidos pela massa falida na petição inicial, que resultaram na condenação solidária do recorrido e da interessada ao pagamento de R\$ 2.284.200,00 (valor histórico).

*2. Da Negativa de Prestação Jurisdicional* (alegação de violação dos arts. 131, 458, II, e 535, II, do CPC/1973)

Da análise do acórdão impugnado, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/SP pronunciou-se de maneira a abordar todos os aspectos fundamentais da controvérsia, dentro dos limites que lhe são impostos por lei.

### 3. Da Prescrição (alegação de violação dos arts. 189 e 206, § 3º, do CC)

Quanto ao ponto, a solução da controvérsia exige que seja estabelecido o marco inicial de fluência do prazo para exercício da pretensão da massa falida em face do recorrente, emissor da Cédula de Produto Rural objeto da demanda.

O Tribunal de origem, acerca do tema, entendeu que a verificação do prejuízo ou a decretação da intervenção no Banco Santos pelo Banco Central seriam os fatos deflagradores do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, do CC.

Já nas razões recursais, defende-se a tese de que o lapso temporal extintivo foi inaugurado com a ocorrência do ato ilícito, ou seja, com a aquisição (mediante endosso) pelo Banco falido da CPR emitida originalmente pelo recorrente, o que teria se perfectibilizado com a transferência de recursos para a interessada (PDR Corretora), fato que teria gerado o prejuízo financeiro alegado na inicial.

Todavia, o que se verifica das premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido é que o fundamento que sustenta a pretensão de reparação por danos não é exclusivamente a aquisição da CPR, mas sim uma espécie de “negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária” (e-STJ Fl. 778).

A cessão/aquisição da Cédula, nesse contexto, é apenas um dos atos integrantes de uma cadeia complexa, cujo dano resultante foi efetivamente concretizado com a quebra do Banco, ocorrida em 20.9.2005, momento, portanto, em que nasceu a pretensão aqui deduzida. Aliás, se o banco não tivesse quebrado não teríamos conhecimento dos vários atos de gestão que o levaram à bancarrota. A CPR objeto de negociação fraudulenta é apenas um dos negócios identificados pela Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil como principal causa da quebra da instituição. Somente após a análise percuciente do Banco Central, concluindo pela prática dolosa e reiterada da alta cúpula do Banco Santos, sobreveio a falência, momento em que nasceu para a massa falida do Banco Santos a pretensão de ressarcimento. Assim, a decretação da falência é o momento da *actio nata* do art. 189 do CC do qual se parte para a aplicação do prazo prescricional.

Note-se, não estamos diante de ação de cobrança da CPR, mas das consequências fraudulentas da comissão

Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice, igualmente, no fato de que a massa falida

passou a existir com tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.

Destarte, na medida em que o prazo prescricional de três anos invocado pelas recorrentes não se consumou até o ajuizamento da ação, não há que se falar em violação aos arts. 189 e 206, § 3º, do CC.

#### **4. Da *Apreciação das Provas*** (alegação de violação dos arts. 332 e 333, I, do CPC/1973)

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as conclusões constantes do acórdão recorrido, quando alcançadas a partir do exame do acervo probatório que integra o processo, não são passíveis de alteração em recurso especial, à vista do que enuncia a Súmula 7/STJ.

Convém ressaltar, no entanto, que o aresto impugnado, ao contrário do que afirmado nas razões recursais, examinou especificamente as circunstâncias que ensejaram a emissão e a negociação da Cédula de Produto Rural objeto desta ação, não se limitando a presumir, conforme alegado, a participação do recorrente no esquema fraudulento unicamente a partir do Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil.

Quanto ao ponto, vale transcrever a seguinte passagem inserta à fl. 782 (e-STJ):

Com efeito, na medida em que a finalidade da Cédula de Produto Rural instituída pela Lei n. 8.929/1994 é fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção, não há como conceber que o produtor rural Iboty Brochmann loschpe ignorasse o seu desvirtuamento ao confessadamente emití-la (cf. fls. 189) sob estipulações alheias à indispensável bilateralidade de obrigações que envolvem esta espécie de negócio jurídico (princípio da equivalência contratual) - estipulações abusivas inseridas em instrumento particular vinculado e concomitantemente firmado, dentre as quais se destacam as constantes das cláusulas 2 e 3 (cf. fls. 211/218): a) pagamento à vista ao produtor emissor, pela beneficiária PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda., de apenas 0,5% meio por cento) do valor do título, com a previsão da solvência do saldo complementar tão somente no 5º (quinto) dia anterior à data de vencimento da cédula, ou seja, à data da prometida entrega das 60.000 sessenta mil) sacas de 60 Kg (sessenta quilogramas) cada de soja em grão, granel; e b) obrigação de devolução da cédula pela beneficiária em caso de inadimplência do saldo complementar do valor do título, a perda do 0,5% meio por cento) pago à vista.

Ora, sob estes termos, para quê serviria a emissão da cédula se 99,5% (noventa e nove por cento) do seu valor de face deveriam ser pagos a ínfimo prazo de 5 (cinco) dias da prometida entrega da produção dos 3.600.000 kg (três milhões e seiscentos mil quilogramas) de soja? Para cumprir a razão legal de sua criação, ou seja, para incentivar a atividade, possibilitando o plantio? Certamente, não. A emissão do título, no caso em tela, jamais se aproximou de sua finalidade. Serviu, em verdade, como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro.

Não há, assim, como se conhecer do recurso neste tópico.

**5. Da Emissão da Cédula de Produto Rural e do Dever de Indenizar**  
(alegação de violação dos arts. 3º, § 1º, da Lei n. 8.929/1994)

Sustenta o recorrente que o fundamento adotado pelo Tribunal de origem, no sentido de que a emissão da CPR deve representar exclusivamente negócio jurídico visando o financiamento da produção agrícola, com recebimento antecipado dos recursos correlatos, é matéria que não encontra previsão na lei de regência (Lei n. 8.929/1994), o que viola diretamente seu art. 3º, § 1º. Aponta, inclusive, jurisprudência desta Corte que corrobora a tese defendida.

De fato, o STJ tem entendido que uma CPR não é nula meramente porque no contrato do qual ela deriva não se disciplinou o pagamento antecipado do preço. Isso porque aceita-se a possibilidade de uma Cédula ser emitida não com o objetivo de financiamento da produção, mas com o intuito de servir como proteção aos riscos do produtor. Nessa hipótese, admite-se a negociação, a preço atual, de uma safra futura, funcionando a CPR como um título de securitização, o que não exigiria pagamento antecipado. Nesse sentido: AgInt no AREsp 447.091/GO, Terceira Turma, DJe 26.08.2016 e AgRg no REsp 1.349.324/GO, Quarta Turma, DJe 07.12.2015.

Todavia, o que se constata da leitura do acórdão impugnado é que não houve declaração de nulidade da CPR simplesmente pela ausência de previsão de pagamento antecipado.

Com efeito, o Tribunal de origem reconheceu que o dever de indenizar a massa falida decorre do fato de o recorrente ter emitido a Cédula em questão com “estipulações alheias à indispensável bilateralidade de obrigações que envolvem esta espécie de negócio jurídico (princípio da equivalência contratual) – estipulações abusivas inseridas em instrumento particular vinculado e concomitantemente firmado, dentre as quais se destacam as constantes das cláusulas 2ª e 3ª [...]” (fl. 782).

Além dessas conclusões não serem passíveis de alteração na via especial, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ, o que se verifica é que o Tribunal de origem não tratou de negar validade à CPR emitida como forma de proteção aos riscos de oscilação de preços no mercado futuro, mas sim de reconhecer que, na hipótese, o negócio jurídico entabulado, dadas suas especificidades, serviu apenas como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro, em evidente prejuízo ao patrimônio do Banco falido.

Diante disso, não há que se falar em violação do art. 3, § 1º, da Lei n. 8.929/1994 ou em dissonância entre o acórdão recorrido e o entendimento desta Corte.

*6. Do Princípio da Causalidade Adequada, do Montante Fixado a Título Reparatório e da Responsabilidade Solidária* (alegação de violação dos arts. 186, 403, 927, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC)

Nas razões do presente recurso, alega-se que inexistiu “relação de causa e efeito direta e suficiente entre o ato do recorrente ao emitir a CPR e o desvio financeiro praticado na instituição falida” (fl. 840). Além disso, há manifestação de insurgência contra o valor fixado a título de reparação pelos danos causados à recorrida e em face do reconhecimento da responsabilização solidária.

Ocorre que, ao contrário do afirmado, o acórdão impugnado assentou, com base no substrato fático-probatório dos autos, que tanto o recorrente quanto a Corretora interessada, bem como outros membros da cúpula do Banco Santos, praticaram uma série de negociações fraudulentas com o objetivo de desviar recursos da instituição em benefício próprio, de modo que o exame da a insurgência, também quanto a essas questões, esbarra no óbice da Súmula 7/ STJ.

No que concerne ao ponto, outrossim, vale destacar os seguintes trechos (constantes do aresto recorrido) do Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central que serviram de suporte às conclusões alcançadas pelo órgão julgador, detalhando as operações de aluguel de CPRs e como elas serviram de causa à quebra do Banco (fls. 779/82):

1. Um dos casos mais graves levantados por esta Comissão de uso de empresas em prejuízo ao Banco Santos é o que envolveu a PDR Corretora de Mercadorias. A referida empresa recebeu centena de milhares de reais do Banco Santos por meio de *operações prejudiciais à instituição, conhecidas como “aluguel de CPRs (Cédulas de Produto Rural)”*, detalhadas no capítulo 3.2.

[...]

5. Cabe mencionar, novamente, que esta Comissão de Inquérito apurou que as operações de “aluguel de CPRs” (Cédulas de Produto Rural) e de “aluguel de Export Notes” (contratos de concessão de créditos de exportação), citadas pelo Sr. Calazans, de fato existiram e causaram graves prejuízos ao Banco Santos. (...) Por meio de tais operações o Banco Santos recebia ativos insubsistentes e em troca transferia grande quantidade de recursos para diversas empresas, ligadas, formal ou informalmente, a administradores do Banco (entre as quais as já mencionadas PDR, Agribusiness, e outras que serão abordadas mais à frente, neste capítulo Delta, Omega e Rutherford).

[...]

### 3.2 CPRs (Cédulas de Produto Rural) ‘alugadas.

1. Em 12.11.2004, data da decretação da Intervenção, o Banco Santos mantinha em seu ativo uma carteira de CPRs Cédulas de Produto Rural - de R\$ 472 milhões, sendo que destas apenas R\$ 10 milhões correspondiam efetivamente a cédulas sem vício. As restantes são resultado de operações estruturadas denominadas internamente de “aluguel de CPRs”, com limitadas chances legais de recebimento. As referidas operações estruturadas foram realizadas no período de outubro de 2003 até novembro de 2004 e nunca se destinaram ao financiamento da produção rural, tendo resultado em prejuízo para a instituição, havendo ainda fortes indícios de que ocasionaram desvio de recursos do Banco Santos para terceiros e na publicação de informações falsas nos balanços de dez/2003 e jun/2004 conforme detalhado a seguir.

[...]

4. As operações de “aluguel de CPR” eram apresentadas para os clientes como uma oportunidade de eles auferirem recursos financeiros imediatos, ou ainda como forma de obterem vantagens em outras operações junto ao Banco Santos, como renovação de linhas de crédito próprias ou do BNDES, vencidas ou a vencer. Para receber tais benefícios os clientes, que deveriam ser produtores rurais, teriam de figurar como emitentes de CPRs, como se recebessem significativo empréstimo para financiamento agrícola. O que de fato não ocorria.

5. De forma simplificada a operação de “aluguel de CPRs” funcionava assim: o produtor rural cooptado para participar do esquema emitia uma CPR, confessando ter uma dívida com uma interposta empresa, ligada indiretamente aos ex-administradores do Banco. A dívida confessada na CPR era de, por exemplo, R\$ 10 milhões, mas o produtor rural recebia de fato apenas algo como R\$ 50 mil (0,5%) pelo aluguel de seu nome. Além de cópia da CPR o produtor rural mantinha consigo um “contrato de gaveta” (firmado com a tal interposta empresa) e, em alguns casos, uma carta de conforto (emitidas por empresas como a Procid Participações e Negócios S/A, algumas assinadas pelo próprio controlador do Banco, Sr. Edegar Cid Ferreira). Ressalte-se que o contrato de gaveta continha cláusulas que garantiam, na

*prática, que o produtor rural nada teria de pagar no futuro. A empresa interposta na qualidade de dona da CPR, tendo pago ao produtor rural que a emitiu apenas 0,5% do seu valor, vendia a CPR ao Banco Santos pelo valor integral da emissão, no caso R\$ 10 milhões. O Banco Santos depositava os R\$ 10 milhões na conta corrente da interposta empresa, que na seqüência transferia os valores para terceiros. O resultado era um desvio de R\$ 10 milhões do caixa do banco, que restava substituído por um ativo insubsistente uma "CPR alugada", que em condições normais dificilmente seria paga.*

[...]

#### **6 [causas da queda do Banco Santos]**

*1. A principal causa da queda da instituição foi a realização sistemática e deliberada de vultosas operações prejudiciais ao Banco, que tinham como contrapartes, intermediárias, interessadas ou destinatárias de recursos, empresas que, segundo provas indiciárias reunidas (capítulo 3.1), seriam controladas, pertencentes, ligadas, formal ou informalmente, ou usadas por ex-administradores do Banco Santos ou por seu Controlador. A realização de diversas modalidades de operações dessa natureza resultou no comprometimento da situação econômico-financeira, na incapacidade de capitalização, na situação líquida ajustada negativa, e na deterioração da liquidez, (...). Segue um breve resumo das principais modalidades de operações que causaram grave prejuízo ao Banco.*

*2. Realização de operações estruturadas com Cédulas de Produto Rural – CPRs, denominadas "aluguel de CPRs", por meio das quais produtores rurais emitiam os títulos e, mediante ícontratos de gaveta, os alugavam para interpostas empresas, ligadas formal ou informalmente aos ex-administradores do Banco Santos ou ao seu controlador, recebendo, em geral, uma pequena parcela do valor de face, relativa ao aluguel. Tais empresas ligadas, por sua vez, mediante endosso, vendiam os títulos ao Banco Santos por seu suposto valor integral. Em suma, o Banco entregava recursos financeiros para as empresas ligadas e, em contrapartida, recebia ativos insubsistentes em nome de terceiros (...).*

A partir desses elementos e das demais circunstâncias fáticas dos autos, o Tribunal de origem entendeu ser inconcebível que o recorrente, ao emitir a CPR com estipulações indevidas, ignorasse o desvirtuamento de sua finalidade (fl. 782).

Não há, portanto, como modificar o reconhecimento da relação de causa e efeito entre os atos praticados pelo recorrente e o prejuízo causado ao Banco falido, bem como o montante arbitrado a título reparatório, sem que se proceda ao revolvimento do acervo probatório do processo.

Convém ressaltar, sob outro enfoque, que os argumentos invocados no recurso especial sequer demonstram, de forma articulada e analítica, de que

forma o acórdão recorrido teria violado especificamente os arts. 186, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC.

Forte nessas razões, *nego provimento* ao recurso especial.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Iboty Brochmann Ioschpe*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à apelação “(...) da massa falida autora para reconhecer a responsabilidade solidária do corréu Iboty Brochmann Ioschpe pelos danos oriundos do ilícito praticado e reformar a r. sentença, estendendo-se a este corréu a procedência em parte da ação de reparação de danos” (fl. 783).

O recorrente teve, assim, ampliada a condenação outrora imposta, em primeiro grau, apenas à corré *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda.* de pagar o valor “(...) de R\$ 2.284.200,00” (fl. 453), em virtude da emissão e posterior endosso de cédula de produto rural (CPR), pois esta teria tido a finalidade primária de fomento à produção agrícola desvirtuada, o que caracterizaria sua participação em suposto esquema de fraude, causando grave lesão ao patrimônio da instituição financeira hoje falida: *Banco Santos S.A.*

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Dano patrimonial. Desvio de recursos de instituição bancária (Banco Santos), proporcionado por operação fraudulenta envolvendo emissão e negociação de Cédula de Produto Rural (CPR) fictícia, distanciada de sua finalidade de fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção. Responsabilização solidária dos demandados, participantes conscientes da negociação fraudulenta arquitetada e implementada por grupo de membros da alta cúpula do banco atualmente falido. Enquadramento da conduta ilícita nos termos do artigo 186 do Código Civil. Extensão da condenação de indenizar a massa falida. Agravo retido desprovido, apelação provida e recurso adesivo prejudicado (fl. 775).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 796).

No especial, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, contrariedade aos arts. 3º, § 1º, da Lei n. 8.929/1994; 130, 131, 165, 333, I, 334, III, e 458, II, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e 167, § 1º, I e II, 186, 422 e 927 do Código Civil (CC).

Na sessão do dia 19.9.2017, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, negou provimento ao recurso especial.

Entendeu, em síntese, que não houve negativa de prestação jurisdicional quando da rejeição dos embargos declaratórios pela Corte estadual, nem ter ocorrido a prescrição, cujo termo inicial do prazo não seria o dia da aquisição pelo ente bancário da CPR mediante endosso, mas o momento em que surgiu a pretensão indenizatória da massa falida, pois “(...) a cessão/aquisição da Cédula, nesse contexto, é apenas um dos atos integrantes de uma cadeia complexa, cujo dano resultante foi efetivamente concretizado com a quebra do Banco, ocorrida em 20.9.2005, momento, portanto, em que nasceu a pretensão aqui deduzida”.

Quanto à participação do recorrente no esquema fraudulento e ao desvirtuamento na emissão da CPR, aplicou os óbices das Súmulas n. 5 e 7/STJ, mantendo a conclusão do acórdão estadual no sentido de sua responsabilização civil e solidária pelos prejuízos causados à instituição financeira.

Eis a ementa do voto da Relatora:

Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais. Falência. Banco Santos. Embargos e declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Ausência. Prescrição. Não ocorrência. Cédula de Produto Rural. Emissão que se destinou a prática de desvio de recursos da instituição financeira. Incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.

1 - Ação ajuizada em 20.7.2007. Recurso especial interposto em 21.1.2013 e atribuído ao Gabinete em 25.8.2016.

2 - O propósito recursal, além de definir se houve negativa de prestação jurisdicional, é determinar: (i) se a pretensão deduzida está prescrita; e (ii) se o recorrente deve ser responsabilizado por eventuais prejuízos causados à massa falida do Banco Santos.

3 - Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

4 - A pretensão reparatória da recorrida nasceu a partir da decretação da falência do Banco Santos, momento em que se concretizaram os danos decorrentes dos atos ilícitos praticados contra seu patrimônio, de modo que não houve o decurso do prazo prescricional apontado pelo recorrente. Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice no fato de que a massa falida passou a existir como tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.

5 - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as conclusões constantes do acórdão recorrido, quando alcançadas a partir do exame do acervo

probatório que integra o processo, não são passíveis de alteração em recurso especial, à vista do que enuncia a Súmula 7/STJ. Hipótese concreta em que o aresto impugnado examinou especificamente as circunstâncias que ensejaram a emissão e negociação da Cédula de Produto Rural objeto da ação, não se limitando a presumir, ao contrário do afirmado, a participação do recorrente no esquema fraudulento unicamente a partir do Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil.

6 - Embora o STJ entenda que a Cédula de Produto Rural não pode ser considerada nula meramente porque no contrato do qual ela deriva não se disciplinou o pagamento antecipado dos valores - uma vez que se reconhece a validade de sua emissão como forma de proteger o emitente de eventual oscilação de preços no mercado futuro -, a hipótese dos autos revela situação específica em que se constatou que o dever de indenizar decorreu não apenas da ausência de prévio pagamento do montante subjacente, mas sim do fato de o recorrente ter emitido a Cédula em questão com estipulações que revelam o objetivo de desvirtuamento de seus fins, conclusão que não é passível de alteração na via especial, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

7 - A alteração do reconhecimento da relação de causa e efeito entre os atos praticados pelo recorrente e o prejuízo causado ao Banco falido, bem como do montante arbitrado a título reparatório, exigiria o revolvimento do acervo probatório do processo.

8 - A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema.

*Recurso especial não provido.*

Pedi vista antecipada dos autos *para melhor exame das questões referentes à responsabilidade civil do recorrente e à lisura do título de crédito por ele emitido (CPR), pois o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias permite nova valoração jurídica, não sendo caso de incidência dos enunciados sumulares n. 5 e 7/STJ.*

Com efeito, a Corte local pontificou que “(...) o caso ora apreciado não passa de mera reprodução de outros tantos, já julgados por esta E. Corte, que envolveram a mesma espécie de negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária” (fl. 778).

Com base no Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil que apenas descreveu genericamente o *modus operandi* dos dirigentes do Banco Santos para cometer as fraudes que levaram a instituição financeira

à quebra, o Tribunal estadual *fez presunções* de que ocorreu negócio simulado entre o recorrente, na condição de produtor rural, e a empresa *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda.*, esta, sim, ligada ao esquema ardiloso, *ao único fundamento de ter o título de crédito perdido a sua finalidade de fomentar a atividade rural.*

Confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

(...)

(...) o conjunto probatório formado no processo permite concluir que *o caso ora apreciado não passa de mera reprodução de outros tantos*, já julgados por esta E. Corte, que envolveram a mesma espécie de negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária atualmente falida.

O modus operandi do negócio entabulado pode ser sintetizado da seguinte forma: prévio ajuste entre produtor rural, sociedade interposta e terceiros pertencentes ou ligados à cúpula diretiva do Banco Santos, pelo qual o primeiro emitia, em favor da segunda, cédula representativa de operação de empréstimo para financiamento de produção rural fictícia, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo valor de face que, num segundo momento, seria pulverizado pela cedente aos terceiros mencionados, tudo sob a garantia das cláusulas desoneradoras de um contrato particular firmado entre o produtor emitente e a sociedade interposta, que desobrigavam aquele de devolver 0,5% (meio por cento) que lhe foram pagos por gerar e “alugar” o título em caso de arrependimento quanto aos termos contratuais ou de cancelamento da avença por falta de recebimento do valor integral da emissão.

(...)

Com efeito, *na medida em que a finalidade da Cédula de Produto Rural instituída pela Lei n. 8.929/1994 é fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção, não há como conceber que o produtor rural Iboty Brochmann Ioschpe ignorasse o seu desvirtuamento ao confessadamente emití-la* (cf. fls. 189) sob estipulações alheias à indispensável bilateralidade de obrigações que envolvem esta espécie de negócio jurídico (princípio da equivalência contratual) estipulações abusivas inseridas em instrumento particular vinculado e concomitantemente firmado, dentre as quais se destacam as constantes das cláusulas 2ª e 3ª (cf. fls. 211/218): a) pagamento à vista ao produtor emissor, pela beneficiária PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda., de apenas 0,5% (meio por cento) do valor do título, com a previsão da solvência do saldo complementar tão somente no 5º (quinto) dia anterior à data de vencimento da cédula, ou seja, à data da prometida entrega das 60.000 (sessenta mil) sacas de 60 Kg (sessenta quilogramas) cada de soja em grão, a granel; e b) obrigação de devolução da cédula pela beneficiária em caso de

inadimplência do saldo complementar do valor do título, com a perda do 0,5% (meio por cento) pago à vista.

Ora, sob estes termos, para quê serviria a emissão da cédula se 99,5% (noventa e nove por cento) do seu valor de face deveriam ser pagos a ínfimo prazo de 5 (cinco) dias da prometida entrega da produção dos 3.600.000 kg (três milhões e seiscentos mil quilogramas) de soja? Para cumprir a razão legal de sua criação, ou seja, para incentivar a atividade, possibilitando o plantio? Certamente, não. *A emissão do título, no caso em tela, jamais se aproximou de sua finalidade. Serviu, em verdade, como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro (fls. 779/782).*

Ocorre que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de ser possível emitir uma CPR desvinculada de prévia concessão de crédito ao produtor rural (exegese da Lei n. 8.929/1994), já que tal título de crédito é considerado não causal. Logo, *não há falar em desvio de finalidade da CPR pelo simples fato de o emitente não ter recebido o pagamento antecipado pelos produtos descritos na cártula* (vide REsp n. 1.435.979/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 5.5.2017, e AgRg no REsp n. 1.349.324/GO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 7.12.2015).

De fato,

(...) o pagamento pela safra representada no título pode se dar antecipadamente, parceladamente ou mesmo após a entrega dos produtos. Ele poderá estar disciplinado na própria Cédula de Produto Rural, mediante a inclusão de cláusulas especiais com esse fim, como autoriza o art. 9º da Lei n. 8.929/1994, ou poderá constar de contrato autônomo, em relação ao qual a Cédula de Produto Rural funcionará como mera garantia (REsp n. 910.537/GO, Rel. Ministra Nancy Andrichi, DJe 7.6.2010).

Assim, “(...) a emissão desse título pode se dar para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, mas também pode ocorrer numa operação de hedge, na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro” (REsp n. 1.320.167/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, DJe 26.5.2014), *funcionando, nesta última hipótese, como um título de securitização.*

No caso dos autos, a CPR emitida pelo recorrente não visou, efetivamente, o fomento de sua produção agrícola, mas serviu ao segundo propósito: diluição, para o produtor, do risco inerente à flutuação de preços na época de colheita (operação de *hedge*), o que também é permitido pela jurisprudência desta Corte Superior.

*Desse modo, não havendo provas concretas de que **Iboty Brochmann Ioschpe** teria agido de má-fé ao emitir a CPR e participado conscientemente de qualquer conluio que desviou recursos do Banco Santos, não há como responsabilizá-lo por prejuízos surgidos após a emissão da cártula que não estava mais em seu poder, ou seja, de ato ilícito oriundo de negócio praticado por outrem ao alienar o título no mercado por meio de endosso.*

Cumpra assinalar também que o emitente recebeu apenas 0,5% (meio por cento) do valor do título à vista e condicionou a entrega do produto (soja) ao pagamento integral do restante, consoante previsão contratual, utilizando-se, portanto, da função de securitização da CPR.

Em outras palavras, *nenhum vício na emissão do título de crédito foi demonstrado ou particularizado*, mas tão somente foram comprovadas fraudes advindas do endosso, este de inteira responsabilidade da empresa *PDR Corretora de Mercadorias S/S Ltda.*

É de se afastar, portanto, a responsabilização solidária do recorrente, porquanto, como bem assinalado pelo magistrado de primeiro grau, foi evidenciada tão só a culpa exclusiva da sociedade corretora pelo prejuízo financeiro que o Banco Santos experimentou ao adquirir a CPR mediante endosso.

Eis a seguinte passagem da sentença:

(...)

*Improcede a ação em relação a **Iboty**, por absoluta falta de prova de que ele teria com a má-fé pela autora referida.*

*Iboty* emitiu a cédula de fls. 24/25 com a expressa referência de que a entrega da soja estaria vinculada ao prévio pagamento das importâncias referidas em instrumento particular de emissão e aquisição de cédulas de produto rural e outras avenças, pelo beneficiário, documento este datado do mesmo dia em que emitida a cédula (fls. 215/218).

*Atribuir, assim, má-fé a **Iboty** pelo recebimento de 0,5% do valor da cédula à vista e pela ausência de entrega da soja no dia pactuado quando este não recebeu o pagamento integral que lhe fora garantido - ao menos disto não há prova nos autos - é indevido.*

*Note-se que o valor recebido pelo réu é ínfimo, ao menos diante dos valores envolvidos na negociação entabulada, a saber, R\$ 12.600,00 em 26 de maio de 2004, e, ainda, que instada a tal, a requerente disse que não tinha outras provas a produzir (fls. 390) (fl. 451 - grifou-se).*

Enfim, *sem elementos concretos de participação individualizada do recorrente no esquema fraudulento apontado* pela massa falida do Banco Santos, consistente na comercialização disfarçada, mediante endosso, de CPR, não pode persistir a condenação de reparação solidária dos danos que lhe foram causados por outros atores.

Ante o exposto, com a devida vênia, dirijo da relatora, dando provimento ao recurso especial a fim de restabelecer os efeitos da sentença.

É o voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de ação de reparação de danos materiais ajuizada pela *Massa Falida do Banco Santos S.A. (Banco Santos)* contra *PDR Corretora de Mercadorias S/C Ltda. (PDR)* e *Iboty Brochmann Ioschpe (Iboty)*, produtor rural, em razão de danos causados à instituição financeira por desvios de valores relativos a Cédula de Produto Rural (CPR) emitida de forma fraudulenta.

A sentença julgou o pedido deduzido contra *Iboty* improcedente diante da falta de prova de que ele teria agido de má-fé, e parcialmente procedentes os pedidos formulados contra a PDR, para condená-la ao pagamento de R\$ 2.284.200,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e quatro mil e duzentos reais) à instituição financeira.

Interposta apelação, a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem para reconhecer a responsabilidade solidária de *Iboty* pelos danos oriundos da fraude, em acórdão assim ementado:

Responsabilidade civil. Dano patrimonial. Desvio de recursos de instituição bancária (Banco Santos), proporcionado por operação fraudulenta envolvendo emissão e negociação de Cédula de Produto Rural (CPR) fictícia, distanciada de sua finalidade de fomentar a atividade rural através da liberação dos recursos financeiros necessários para a efetivação da produção. Responsabilização solidária dos demandados, participantes conscientes da negociação fraudulenta arquitetada e implementada por grupo de membros da alta cúpula do banco atualmente falido. Enquadramento da conduta ilícita nos termos do artigo 186 do Código Civil. Extensão da condenação de indenizar a massa falida. Agravo retido desprovido, apelação provida e recurso adesivo prejudicado (e-STJ, fl. 775).

Contra este acórdão, foi interposto o presente recurso especial sob a alegação de que foram violados os arts. 189 e 206, § 3º, do CC/2002; 3º, § 1º,

da Lei n. 8.929/1994; 131, 332, 333, I, 458, II, e 535, II, do CPC/1973; 186, 403, 927, 942, 944, parágrafo único, e 945 do CC/2002, sustentando que (1) a pretensão está prescrita; (2) não praticou ilícito ao emitir a CPR porque a lei não exige pagamento integral à vista; (3) a condenação foi decretada sem apoio no acervo probatório dos autos; (4) o ato isolado de emitir uma CPR não constitui causa adequada ao dano reconhecido (desvio de recursos financeiros); e, subsidiariamente (5) não foi sopesado seu grau de culpa na divisão final da responsabilidade pelo evento danoso, o que impossibilitaria condenação superior ao montante que recebeu a título de sinal pelo negócio.

Na sessão de 19.9.2017, o voto da eminente Ministra *Nancy Andrigli*, em breve resumo, afastou as teses de prescrição e de falta de apoio do julgado no acervo probatório dos autos. Quanto à participação de *Iboty* no esquema fraudulento, aplicou os óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para manter a responsabilização civil e solidária dele pelos prejuízos causados à instituição financeira.

O voto-vista do eminente Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, apresentado na sessão de 10.10.2017, afastou a incidência dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para fazer nova valoração jurídica do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias e concluir pela ausência de provas concretas da má-fé de *Iboty* ao emitir a CPR, uma vez que ele não poderia ser responsabilizado por prejuízos surgidos após a emissão da cártula que não estava mais em seu poder. Desse modo, restabeleceu os efeitos da sentença para julgar improcedente o pedido formulado contra *Iboty*, mantida a condenação da PDR, responsável pelas fraudes advindas do endosso da cártula.

Na sessão de 24.10.2017, apresentei voto-vista, concordando com o voto da Ministra *Nancy Andrigli* quanto ao afastamento da tese de violação dos arts. 131, 458, II e 535, II, do CPC/1973, na medida em que a prestação jurisdicional dada correspondeu àquela efetivamente almejada pelas partes, e também quanto à rejeição da tese do transcurso do prazo prescricional (arts. 189 e 206, § 3º, do CC/2002). Divergi, porém, quanto à responsabilidade do produtor rural no esquema fraudulento, entendendo ser possível nova valoração do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, com o afastamento dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Após o voto-vista, prosseguindo no julgamento, votaram o Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino* acompanhando o Ministro *Villas Bôas Cueva* e o Ministro *Marco Aurélio Bellizze* acompanhando a Ministra *Nancy Andrigli*, prevalecendo

o voto médio por mim proferido no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial

*É o relatório.*

De plano, vale pontuar que o presente recurso foi interposto com fundamento no CPC/1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme constou no relatório, a massa falida do *Banco Santos* ajuizou ação de reparação de danos materiais contra PDR e *Iboty*, produtor rural, em razão de danos causados à instituição financeira por desvios de valores relativos a Cédula de Produto Rural (CPR) emitida de forma fraudulenta.

A sentença julgou o pedido deduzido contra *Iboty* improcedente diante da falta de prova de que ele teria agido de má-fé, e parcialmente procedentes os pedidos formulados contra a PDR, para condená-la ao pagamento de R\$ 2.284.200,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e quatro mil e duzentos reais) à instituição financeira.

Interposta apelação, a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem para reconhecer a responsabilidade solidária de *Iboty* pelos danos oriundos da fraude, ensejando a interposição do presente recurso especial.

O voto da Relatora, Ministra *Nancy Andriighi*, afastou as teses de prescrição e de falta de apoio do julgado no acervo probatório dos autos. Quanto à participação de *Iboty* no esquema fraudulento, aplicou os óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para manter a responsabilização civil e solidária dele pelos prejuízos causados à instituição financeira.

O voto-vista do eminente Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* afastou a incidência dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ para fazer nova valoração jurídica do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias e concluir pela ausência de provas concretas da má-fé de *Iboty* ao emitir a CPR, uma vez que ele não poderia ser responsabilizado por prejuízos surgidos após a emissão da cártula que não estava mais em seu poder. Desse modo, restabeleceu os efeitos da sentença para julgar improcedente o pedido formulado contra *Iboty*, mantida a condenação da PDR, responsável pelas fraudes advindas do endosso da cártula.

Na sessão de 24.10.2017, apresentei voto-vista, concordando com o voto da eminente Ministra *Nancy Andrigli* quanto ao afastamento da tese de violação dos arts. 131, 458, II e 535, II, do CPC/1973, na medida em que a prestação jurisdicional dada correspondeu àquela efetivamente almejada pelas partes, e também quanto à rejeição da tese do transcurso do prazo prescricional (arts. 189 e 206, § 3º, do CC/2002), consoante as seguintes razões:

**2. Da Negativa de Prestação Jurisdicional** (alegação de violação dos arts. 131, 458, II, e 535, II, do CPC/1973)

Da análise do acórdão impugnado, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/SP pronunciou-se de maneira a abordar todos os aspectos fundamentais da controvérsia, dentro dos limites que lhe são impostos por lei.

**3. Da Prescrição** (alegação e violação dos arts. 189 e 206, § 3º, do CC)

Quanto ao ponto, a solução da controvérsia exige que seja estabelecido o marco inicial de fluência do prazo para exercício da pretensão da massa falida em face do recorrente, emissor da Cédula de Produto Rural objeto da demanda.

O Tribunal de origem, acerca do tema, entendeu que a verificação do prejuízo ou a decretação da intervenção do Banco Santos pelo Banco Central seriam os fatos deflagradores do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, do CC.

Já nas razões recursais, defende-se a tese de que o lapso temporal extintivo foi inaugurado com a ocorrência do ato ilícito, ou seja, com a aquisição (mediante endosso) pelo Banco falido da CPR emitida originalmente pelo recorrente, o que teria se perfectibilizado com a transferência de recursos para a interessada (PDR Corretora), fato que teria gerado o prejuízo financeiro alegado na inicial.

Todavia, o que se verifica das premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido é que o fundamento que sustenta a pretensão de reparação por danos não é exclusivamente a aquisição da CPR, mas sim uma espécie de “negociação fraudulenta arquitetada e implementada por um grupo de membros da alta cúpula do Banco Santos, inclusive seu controlador, para o fim de desviar, em benefício próprio, parte do patrimônio da instituição bancária” (e-STJ Fl. 778).

A cessão/aquisição da Cédula, nesse contexto, é apenas um dos atos integrantes de uma cadeia complexa, cujo dano resultante foi efetivamente concretizado com a quebra do Banco, ocorrida em 20.9.2005, momento, portanto, em que nasceu a pretensão aqui deduzida.

Ademais, a deflagração do lapso prescricional em momento anterior à sentença de falência encontra óbice, igualmente, no fato de que a massa falida passou a existir como tal somente a partir de sua prolação, de modo que, por imperativo lógico, não haveria como caracterizar-se, antes disso, eventual inércia da recorrida.

Destarte, na medida em que o prazo prescricional de três anos invocado pelas recorrentes não se consumou até o ajuizamento da ação, não há que se falar em violação dos arts. 189 e 206, § 3º, do CC.

Divergi, porém, quanto à responsabilidade do produtor rural no esquema fraudulento, entendendo ser possível nova valoração do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, com o afastamento dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Após o voto-vista, prosseguindo no julgamento, votaram o Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino* acompanhando o Ministro *Villas Bôas Cueva* e o Ministro *Marco Aurélio Bellizze* acompanhando a Ministra *Nancy Andrigli*, prevalecendo o voto médio por mim proferido no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, com as seguintes razões de decidir:

Entendo não ser possível concluir que a emissão da CPR constituiu uma operação de *hedge*, visando diluir o risco do produtor rural decorrente da flutuação de preços na época da colheita, com a devida vênua da divergência.

Isso porque as operações fraudulentas intituladas pelo Banco Central de CPRs “alugadas” nunca se destinaram ao financiamento da produção rural ou à sua securitização, pois eram emitidas em troca de recursos financeiros imediatos como forma de obtenção de vantagens em outras operações efetuadas pelo banco, engordando seus ativos.

O Tribunal de origem bem destacou o *modus operandi* da fraude, com fundamento no relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central e a participação do produtor rural na prática do ilícito:

O *modus operandi* do negócio entabulado pode ser sintetizado da seguinte forma: prévio ajuste entre produtor rural, sociedade interposta e terceiros pertencentes ou ligados à cúpula diretiva do Banco Santos, pelo qual o primeiro emitia, em favor da segunda, cédula representativa de operação de empréstimo para financiamento de produção rural fictícia, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo valor de face que, num segundo momento, seria pulverizado pela cedente aos terceiros mencionados, tudo sob a garantia das cláusulas desoneradoras de um contrato particular firmado entre o produtor emitente e a sociedade interposta, que desobrigavam aquele de devolver 0,5% (meio por cento) que lhe foram pagos por gerar e “alugar” o título em caso de arrependimento quanto aos termos contratuais ou de cancelamento da avença por falta de recebimento do valor integral da emissão.

[...]

Ora, sob estes termos, para quê serviria a emissão da cédula se 99,5% (noventa e nove por cento) do seu valor de face deveriam ser pagos a

ínfimo prazo de 5 (cinco) dias da prometida entrega da produção dos 3.600.000 kg (três milhões e seiscentos mil quilogramas) de soja? Para cumprir a razão legal de sua criação, ou seja, para incentivar a atividade, possibilitando o plantio? Certamente, não. A emissão do título, no caso em tela, jamais se aproximou de sua finalidade. Serviu, em verdade, como meio de mobilização de recursos no mercado financeiro.

Indiferentemente do motivo pelo qual o produtor aceitou participar deste negócio fraudulento envolvendo emissão e transmissão de cédulas de produtos rurais para desvio de patrimônio de instituição bancária, transparece indiscutível o enquadramento de sua conduta como ilícita, nos termos do artigo 186 do Código Civil (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”), e exsurge a obrigação de reparar – solidariamente, na hipótese – aquele que sofreu o dano decorrente (e-STJ, fls. 779/783).

Concluiu, desse modo, que a CPR emitida por *Iboty* não visou o recebimento prévio da integralidade do preço do produto rural, mas de apenas um sinal de 0,5% do valor total, ficando configurada a inexigibilidade da cártula e o propósito ilícito de sua emissão, nos termos do art. 166, III, do CC/2002:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

A fraude só era possível em razão da anuência dos produtores rurais que emitiam referidos títulos e que assim se beneficiavam com míseros reais diante da monta do ilícito.

Ocorreu, assim, um negócio jurídico simulado entre o produtor rural e a PDR. Só que a simulação no caso é relativa, ou seja, é uma dissimulação, porque encoberta negócio diverso do querido pelas partes contratantes. Foi ocultado o que era, foi escondido o negócio verdadeiro, que consistia no recebimento de dinheiro em troca do “aluguel de assinatura” da CPR. Houve uma hipocrisia.

Em casos semelhantes por mim decididos quando integrava o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defendi que o *Banco Santos* foi o único beneficiado com a simulação e, diante da ausência de má-fé do produtor rural no que se referia ao valor de face do título, era o caso de determinar sua responsabilidade apenas pelo que se dissimulou, ou seja, 0,5% do valor do título, uma vez que o negócio jurídico simulado subsistirá se o que se dissimulou for válido na substância e na forma (art. 167, segunda parte, do CC/2002).

Na hipótese sob análise, não é possível abraçar a tese da simulação relativa porque a questão não foi enfrentada sob esse viés nas instâncias ordinárias.

Entretanto, no recurso especial, o produtor rural alegou negativa de vigência dos arts. 944, parágrafo único e 945 do CC/2002, porque não foi sopesado seu grau de culpa na divisão final da responsabilidade pelo evento danoso, o que impossibilitaria condenação superior ao montante que recebeu a título de sinal pelo negócio.

E razão lhe assiste.

Segundo o art. 186 do CC/2002, *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

O art. 944, parágrafo único, do CC/2002, por sua vez, cuida da quantificação do dever de indenizar:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

*Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

A norma em destaque não tem correspondência no CC/1916 e representa verdadeira inovação ao possibilitar, em caráter excepcional, a gradação da culpa como fator de aferição do montante da condenação.

CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY ressalta essa importante inovação do CC/2002:

O artigo representa importante inovação no sistema da responsabilidade civil, muito embora não no seu *caput*, que continua a acentuar a indiferença do grau de culpa para a fixação da indenização, cuja função é recompor lesão sofrida pela vítima, na extensão do prejuízo que lhe foi causado. *Mas justamente esse princípio da indiferença do grau de culpa, estabelecido desde a Lei Aquilia (Lex Aquilia et levíssima culpa venit), é que agora passa a encontrar mitigação, contida no parágrafo único, aproximando, inclusive, o sistema civil do penal, em que o grau de culpa influencia na dosagem da pena.*

Pois a partir do CC/2002, e malgrado não como regra geral, mas sim excepcionalmente, a indenização poderá ser reduzida por consequência de uma conduta havida com *grau mínimo de culpa*, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado. *A inspiração do preceito é, de novo aqui, e ainda como expressão do princípio da eticidade, a equidade, elemento axiológico muito caro à nova normatização, que pretende, no caso, corrigir situações em que uma culpa mínima possa, pela extensão do dano, acarretar ao ofensor o mesmo infortúnio de que padece a vítima (Código Civil Comentado. São Paulo: Ed. Manole. 2007, p. 789 – sem destaques no original).*

A doutrina de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETTO e NELSON ROSENVALD também destaca que há hipóteses em que a culpa e o dolo possuem relevância autônoma:

Não se perca de vista que o vocábulo indenizar significa “eliminar o dano” e a função reparatória é a viga mestre da responsabilidade civil moderna.

*Todavia, é mérito da doutrina recente negar a tradicional indiferença da responsabilidade civil perante a gradação da culpa e demonstrar que existem, sim, hipóteses em que culpa e dolo possuem relevância autônoma. Ou seja, se em grande parte dos casos há um menoscabo por parte do juízo de responsabilidade quanto ao fato de o dano ser intencionalmente provocado ou não, existem, todavia, situações em que a diferença avulta.*

Nessa linha, há algum tempo recuperou-se o sentido da investigação do elemento subjetivo do comportamento do autor do ilícito, para fins de redução do montante de compensação de danos. *Preconiza o art. 944, parágrafo único, do Código Civil, que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. A diretriz da eticidade que permeia o Código Reale, bem como a equidade, aconselha o magistrado a, diante da concreta aferição de desproporção entre a grande extensão dos danos e a culpa leve ou levíssima do ofensor, mitigar o quantum compensatório, seja a título de danos patrimoniais ou morais.* É uma valoração adequada da responsabilidade civil, a partir da técnica da ponderação, apta a impedir que o autor do ilícito seja severamente atingido em seu patrimônio quando o dano decorreu de uma falha mínima de comportamento, suscetível de ocorrer com qualquer pessoa (**Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2017, p. 202 – sem destaques no original).

A nova norma civil possibilitou reduzir o valor da indenização em virtude de uma conduta havida com grau mínimo de culpa, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado. Cumpridos tais pressupostos, é obrigatória a redução equitativa da condenação.

Anote-se que a prova da falta de intenção maliciosa afasta a caracterização do dolo, não da culpa.

Na culpa não há intenção de causar o dano, mas há previsibilidade. Para a análise da gravidade da culpa, deve-se aquilatar a maior ou menor previsibilidade do resultado e a maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano.

Aplicando-se tais critérios à hipótese dos autos, constata-se que a responsabilidade solidária do produtor rural decorre do fato de ter emitido CPR de forma fraudulenta, previamente destinada a ser transferida para a instituição bancária pelo seu valor de face pela PDR (2.284.200,00), recebendo o produtor rural 0,5% do valor do título (12.600,00) a título de “aluguel de assinatura”. Sua participação no esquema fraudulento foi mínima se comparado à atuação da PDR, que foi a responsável pela transferência de inúmeros títulos para a instituição

bancária e pelo recebimento dos respectivos valores, posteriormente desviados para diferentes contas bancárias.

A conduta isolada do produtor rural não foi apta a ocasionar a bancarrota da instituição financeira, mas a fraude por ele perpetrada contribuiu para o imenso rombo contábil que resultou na lesão de vários investidores em decorrência do ilícito, conforme se verifica de trecho extraído do acórdão estadual:

[...]

6 [causas da queda do Banco Santos]

1. A principal causa da queda da instituição foi a realização sistemática e deliberada de vultosas operações prejudiciais ao Banco, que tinham como contrapartes, intermediárias, interessadas ou destinatárias de recursos, empresas que, segundo provas indiciárias reunidas (capítulo 3.1), seriam controladas, pertencentes, ligadas, formal ou informalmente, ou usadas por ex-administradores do Banco Santos ou por seu Controlador. A realização de diversas modalidades de operações dessa natureza resultou no comprometimento da situação econômico-financeira, na incapacidade de capitalização, na situação líquida ajustada negativa, e na deterioração de liquidez, (...). Segue um breve resumo das principais modalidades de operações que causaram grave prejuízo ao Banco.

2. Realização de operações estruturadas com Cédulas de Produto Rural – CPRs, denominadas “aluguel de CPRs”, por meio das quais produtores rurais emitiam os títulos e, mediante “contratos de gaveta”, os alugavam para interpostas empresas, ligadas formal ou informalmente aos ex-administradores do Banco Santos ou ao seu controlador, recebendo, em geral, uma pequena parcela do valor de face, relativa ao aluguel. Tais empresas ligadas, por sua vez, mediante endosso, vendiam os títulos ao Banco Santos por seu suposto valor integral. Em suma, o Banco entregava recursos financeiros para as empresas ligadas e, em contrapartida, recebia ativos insubsistentes em nome de terceiros [...] (e-STJ, fls. 781/782).

A culpa do produtor rural configura-se como leve ou levíssima, apta a receber o abrandamento da condenação prevista em lei.

Em suma, considerando a gravidade mínima da culpa do produtor rural, *lboty*, presente a desproporção excessiva entre a culpa mínima e o dano causado, entendo que ele deve ser responsabilizado pelo valor equivalente a 0,5% do valor do título, por força da aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/2002, quantia que será atualizada monetariamente a partir da data da emissão da cédula de produto rural (26.5.2004), e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês contados a partir da citação. Fica mantida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, nesta oportunidade reduzido.

Nessas condições, rogando vênia à eminente Relatora, cujo voto negava provimento ao recurso especial, bem como ao eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que dava provimento ao inconformismo, ambos com brilhantes e bem fundamentadas posições jurídicas, ousou divergir de ambos para votar no sentido de **dar parcial provimento** ao recurso especial nos termos acima apontados.

É o voto.

Nessas condições, **dou provimento** ao recurso especial para responsabilizar *Iboty Brochmann Ioschpe* pelo valor equivalente a 0,5% do valor do título, por força da aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/2002, quantia que será atualizada monetariamente a partir da data da emissão da cédula de produto rural (26.5.2004), e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês contados a partir da citação. Fica mantida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação, nesta oportunidade reduzido.

É o voto.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 77, §§ 1º e 2º, e 1.026, § 2º, do NCPC).

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Senhor Presidente, lembro-me perfeitamente do processo e dos votos da Ministra Nancy Andrighi, do Ministro Villas Bôas Cueva e, agora, do Ministro Moura Ribeiro, como também da sustentação oral. Recebi memoriais, acompanhados do parecer do Ministro Ruy Rosado.

Vou pedir vênia tanto à eminente Ministra Nancy Andrighi, como ao Ministro Moura Ribeiro para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Villas Bôas Cueva.

Penso que a solução está exatamente na sentença quando disse: “Improcede a ação em relação a Iboty por absoluta falta de prova de que ele teria agido de má-fé. Iboty emitiu a cédula com a expressa referência de que a entrega da soja estaria vinculada ao prévio pagamento das importâncias referidas em instrumento particular de emissão e aquisição de cédulas de produto rural e outras avenças pelo beneficiário, documento este dado no mesmo dia em que

emitida a cédula. Atribuída, assim, má-fé a Iboty pelo recebimento de 0,5% (meio por cento) do valor da cédula à vista e pela ausência de entrega da soja no dia pactuado, quando este não recebeu o pagamento integral que lhe fora garantido, ao menos disso não há prova, é indevido. Mostra que o valor recebido pelo réu é ínfimo, ao menos diante dos valores envolvidos na negociação entabulada, a saber: R\$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais) em maio de 2004. E, ainda que instada a tal, a requerente diz que não tinha outras provas a produzir”.

Ressalto também que não se constatou nenhum vício na emissão do título, pois todos os vícios, na verdade, foram fraudes praticadas pelo endosso realizado pela Corretora de Mercadorias S/S Ltda.

Por tudo isso, pedindo vênua, novamente, à Relatora e ao Ministro Moura Ribeiro, acompanho inteiramente a divergência inaugurada pelo Ministro Villas Bôas Cueva.

É o voto.