



Jurisprudência da Corte Especial



## **AÇÃO PENAL N. 195 — RO (1995/0036630-4)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Autor: Ministério Público Federal

Réu: Amadeu Guilherme Matzembacher Machado

Advogados: Mozart Hamilton Bueno e outro

Réu: Oswaldo Pianna Filho

Advogados: Edmundo Santiago Chagas e outro

Réu: Regina Coeli Soares de Maria Franco

Advogados: Leri Antônio Souza e Silva e outro

Réu: Beniamine Gegle de Oliveira Chaves

Advogado: Beniamine Gegle de Oliveira Chaves (em causa própria)

Réu: Antônio José Barnabé de Almeida

Advogado: Ney Luiz de Freitas Leal

### **EMENTA**

Criminal. Ação penal. Denúncia. Admissibilidade. Possível fraude à licitação. Dispensa de procedimento licitatório necessário à contratação de serviço de publicidade. Materialidade comprovada. Aspectos de fundo, levantados nas respostas, que não podem ser examinados. Necessidade de instrução processual. Inépcia da denúncia não verificada. Classificação que não tem especial relevo. Improcedência da acusação, na forma de julgamento antecipado da lide, inócurrenente. Eventual dúvida que beneficia a acusação, nesta fase processual. Temas a serem esclarecidos que não ensejam a pronta declaração de improcedência. “Visto”. Improriedade de um juízo prévio sobre seu conteúdo e validade. Momento impróprio para o exame da culpabilidade ou exclusão de criminalidade. Suficientes indícios de autoria evidenciados. Ação penal proposta devido ao foro especial de membro de Tribunal de Contas Estadual e ex-governador. Denúncia recebida.

I - Feito instaurado para a apuração de possíveis irregularidades na contratação de empresa de publicidade, pelo Governo de Rondônia, a fim de promover campanha de aumento de arrecadação, através do controle da expedição de notas fiscais.

II - Evidencia-se a devida comprovação da materialidade, se sobressai, em princípio, a prática de possível dispensa irregular de procedimento licitatório, assim como a inobservância, em tese, às formalidades legais a ele pertinentes, com base em documentos convergentes e em harmonia com o contexto dos fatos noticiados.

III - Não se pode proceder à análise dos aspectos de fundo levantados nas respostas escritas, concernentes ao próprio mérito da causa penal, pois os mesmos deverão ser examinados no momento processual adequado, com a realização da indispensável instrução criminal contraditória.

IV - Não há inépcia da denúncia, se as condutas delituosas encontram-se satisfatoriamente descritas na peça acusatória e se esta se mostra formalmente idônea, contendo a exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, a qualificação dos acusados e a classificação do crime.

V - A classificação feita na inicial não tem especial relevo, em função do que dispõe o art. 383 do CPP

VI - Rejeitando-se as alegações concernentes à regularidade formal da peça póstica, passa-se ao exame sobre se seria o caso de eventual conclusão sobre a improcedência da acusação, na forma do julgamento antecipado da lide.

VII - A improcedência só pode ser reconhecida quando evidenciada, estreme de dúvidas, a inviabilidade da instauração do processo, quando for possível afirmar-se, sem necessidade de formação de culpa, que a acusação não procede.

VIII - Na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação.

IX - Sobressaindo dois temas a serem esclarecidos: se havia possibilidade de licitação e se houve dolo por parte dos acusados, em relação aos quais há necessidade de abertura da instrução probatória, tem-se que a hipótese não enseja, nesta oportunidade, a declaração de improcedência da acusação, tampouco restando evidenciada qualquer excludente de ilicitude.

X - Na fase de recebimento da denúncia também não cabem maiores averiguações sobre a caracterização/descaracterização do indigitado “visto”, pois, em princípio, houve o endosso, o “aprove-se”, sendo certo que não se pode proceder a um juízo prévio sobre o conteúdo e a validade de tal assinatura.

XI - O momento também não se presta ao exame da culpabilidade ou de outra forma de exclusão de criminalidade, pois a questão é restrita à verificação de eventual atipicidade do fato, ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, eventual extinção da punibilidade — do que não se cogita **in casu**.

XII - Sobressaem suficientes indícios de autoria com relação às condutas imputadas aos denunciados, sendo que as alegações de suas defesas preliminares ficam restritas a meras suposições, em função da inexistência de elementos aptos a alicerçarem, inequivocamente, os seus argumentos.

XIII - A denúncia define quem agiu, de que maneira, em que lugar e em qual oportunidade.

XIV - Tratando-se de ação penal proposta neste Superior Tribunal de Justiça devido à participação de um membro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e um ex-governador, que detêm foro especial por prerrogativa de função, atraindo os demais acusados, e levando-se em conta a gravidade dos fatos denunciados, impõe-se a devida apuração das alegações ministeriais.

XV - Denúncia recebida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber a denúncia contra Amadeu Guilherme Matzembacher Machado, Beniamine Gegle de Oliveira Chaves e Antônio José Barnabé de Almeida e, por maioria, receber a denúncia contra Oswaldo Pianna Filho, vencido o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, e contra Regina Coeli Soares de Maria Franco, vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Fernando Gonçalves. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon, Franciulli Netto, Antônio de Pádua Ribeiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Edson Vidigal. Sustentaram oralmente os Drs. Edmundo Santiago Chagas pelo réu Oswaldo Pianna Filho e Leri Antônio Souza e Silva pela ré Regina Coeli Soares de Maria Franco.

Brasília (DF), 21 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Gilson Dipp, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Amadeu Guilherme Matzembacher Machado, ex-Secretário Chefe da Casa Civil e atual Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia; Oswaldo Pianna Filho, ex-Governador do Estado de Rondônia; Regina Coeli Soares de Maria Franco, Procuradora do Estado (à época, Procuradora-Geral Adjunta do Estado); Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, Procurador do Estado, e Antônio José Barnabé de Almeida, comerciante, sob a acusação de possível dispensa ilegal de procedimento licitatório e inobservância às formalidades legais a ele pertinentes.

Nos termos da acusação, Amadeu Guilherme Matzenbacher teria, em tese, dispensado procedimento licitatório necessário à contratação de serviço de publicidade fora das hipóteses previstas na legislação, deixando de observar as formalidades legais pertinentes à dispensa ou inexigibilidade de licitação. Já Oswaldo Pianna Filho e Regina Coeli Soares de Maria Franco teriam deixado de observar as formalidades pertinentes à r. dispensa de licitação e, ainda, Beniamine Gegle de Oliveira Chaves e Antônio José Barnabé de Almeida teriam contribuído, de qualquer modo, para a efetiva realização das condutas dos demais denunciados.

A exordial acusatória revela que, em 20.03.1993, a imprensa noticiara que o Governo do Estado de Rondônia elaborara projeto de lei referente a uma campanha pública para o combate à sonegação e incentivo à arrecadação de impostos. Tal projeto de lei teria se convalidado na Lei n. 486, sancionada em 02.07.1993 e regulamentada pelo Decreto n. 6.037, de 29.07.1993.

No Processo Administrativo n. 1.001/0869, oriundo da Casa Civil, por expedição do Secretário Chefe Amadeu Guilherme, o Procurador do Estado Beniamine Gegle teria emitido parecer favorável à dispensa de licitação, afrontando, desta forma, a vedação da Lei n. 8.666/1993, por se tratar de despesa com publicidade.

A Procuradoria ressaltou, neste ponto, que os serviços já estavam sendo prestados, através de mero ajuste extra-oficial com a empresa informalmente contratada, quando foi encaminhado o projeto de lei à Assembléia Legislativa, a fim de criar a campanha “Estrelinha da Sorte”.

Seria, portanto, inquestionável o fato de que a empresa de publicidade fora “contratada” anteriormente, ainda sob a incidência do Decreto-Lei n. 2.300/1986, sendo que, mesmo sob tal legislação, a situação se apresentava irregular.

Assim, aduz que a dispensa do procedimento licitatório veio a ocorrer após a vigência da Lei n. 8.666/1993, que colheu a Administração Estadual em flagrante ilegalidade — que só poderia ser legitimada se rompido o contrato já em execução.

Outrossim, a tentativa de legitimar a irregular campanha publicitária — através da sua classificação como “situação emergencial” pelos denunciados, ressaltaria o dolo de suas ações.

Desta forma, o então Chefe da Casa Civil iniciara o processo de contratação da empresa, que já vinha executando os serviços, expedindo o pedido de informações (Processo n. 1.001-0869), encaminhado à Procuradoria-Geral do Estado. Ainda foi enfatizado que os termos do pedido, datado de 30.07.1993, demonstram o explícito direcionamento do procedimento para oficializar a situação de fato preexistente em relação à empresa NPP, bem como o pedido direto no sentido de que houvesse dispensa da licitação.

A acusação entendeu evidenciado o desígnio dos envolvidos, *especifique-se, do Governador e do Secretário da Casa Civil, com a colaboração dos Procuradores do Estado citados, no sentido de adequar a contratação daquele serviço, já em execução, à nova legislação, mais rigorosa que a anterior* (fl. 542).

Amadeu Machado e o então Governador teriam preparado um arcabouço visando aparentar a existência de respaldo jurídico para o ato, evidenciado pelo envio do projeto de lei ao Legislativo Estadual, pela sanção e pela regulamentação sumária da respectiva lei, assim como pela solicitação encaminhada ao Procurador do Estado, a fim de que fosse elaborado parecer indicando a possibilidade de dispensa de licitação. A conduta foi finalizada com a elaboração e assinatura do Contrato n. 085/1993-PGE.

Com base nisso, a acusação concluiu que o então Secretário da Casa Civil, com o conhecimento do então Governador, deliberadamente dispensou o procedimento licitatório fora das hipóteses legalmente permitidas, afrontando o art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, que veda a inexigibilidade de licitação para fins publicitários.

Isso posto, entendendo demonstradas autorias e materialidade, o Ministério Público Federal denunciou todos os acusados nas sanções do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (fls. 539/546).

Notificados, os acusados apresentaram respostas (fls. 567/575, 577/584, 586/595, 606/612 e 614/620 — esta última convalidada às fls. 645/652).

Tanto Amadeu Guilherme Matzenbacher Machado, quanto Oswaldo Pianna Filho, pugnam pela rejeição da denúncia, alegando, em síntese, que, no exercício do cargo de Secretário Estadual de Chefe da Casa Civil do Governo do Estado de Rondônia, e no de Governador do Estado de Rondônia, teriam agido no cumprimento dos misteres de suas funções públicas, ao fazerem desencadear, no primeiro semestre de 1993, “demarches” no sentido de combater a sonegação fiscal e incentivar a arrecadação de impostos, pelo que teria sido criado o concurso denominado

“Estrelinha da Sorte”, que consistia na distribuição de prêmios pela Secretaria de Estado da Fazenda aos contribuintes que se habilitassem mediante a troca de notas fiscais, cupons e *tickets* de máquinas registradoras de compras de mercadorias ou serviços, por bilhetes numerados do tipo conhecido por “raspadinha”. Amadeu Guilherme aduz, ainda, que, conforme disse no interrogatório, todas as providências para o referido concurso deveriam ser tomadas com urgência, uma vez que a campanha de incentivo à arrecadação fiscal teria que ser viabilizada para os meses de julho e agosto de 1993 — período que, pelos precedentes históricos, registrava diminuição na receita do Estado, com sérios comprometimentos à política salarial do Governo.

Desta maneira, Amadeu Guilherme teria sugerido a dispensa de licitação, matéria que foi submetida à apreciação da Procuradoria Estadual, a qual manifestou-se favoravelmente à inexistência do certame, com fulcro na legislação que rege a espécie. Por outro lado, poder-se-ia concluir que “o ordenador de despesas observou as questões de *urgência* e emergência que abriram ensejo à dispensa de licitação”, restando comprovada, portanto, a inexistência de qualquer ato ilícito a justificar a denúncia.

Outro fato que estaria a impedir o recebimento da exordial acusatória, seria que a efetiva contratação dos serviços, com dispensa legal do certame licitatório, teve lugar, de forma tácita, antes da vigência da Lei n. 8.666/1993 — fato que teria sido reconhecido na própria peça póstica. Argumenta-se, com base nisso, que, caso houvesse a apontada “situação irregular”, o fato não era tipificado na legislação vigente à época — Decreto-Lei n. 2.300. Ou seja, o caso não sairia da esfera administrativa, sendo que a nova lei disciplinadora das licitações públicas não poderia retroagir para incriminar sua conduta.

Desta forma, sendo “inquestionável o fato de que a *empresa de publicidade foi contratada anteriormente, ainda sob a égide do Dec.-Lei n. 2.300/1986...*” e inexistindo previsibilidade penal, não se poderia falar em crime, tendo em vista o óbice dos princípios da reserva legal e da irretroatividade da norma penal.

Por fim, referem que, no bojo do processo inquisitorial, estariam as peças de todo o processo administrativo inerente à dispensa de licitação verificada consoante as regras insculpidas no Decreto-Lei n. 2.300/1986. Por óbvio, os atos posteriores à contratação sem o certame, teriam sido no sentido de proporcionar a contrapartida ao contrato, pois os materiais e serviços teriam sido fornecidos ao Governo Estadual pela empresa de publicidade, com preços compatíveis aos praticados no mercado à época. O pagamento teria sido justo, pois, do contrário, haveria locupletação às custas de prejuízo à empresa privada.



Amadeu Guilherme afirma, desta forma, não haver crime nos atos administrativos por ele praticados, que culminaram com a contratação da empresa de publicidade, mediante dispensa do certame licitatório. Oswaldo Pianna, igualmente, aduz não existir crime no ato administrativo por ele praticado — que se resumiria, tão-somente, na assinatura do termo de contratação da empresa de publicidade, sendo que assim teria agido com respaldo no parecer jurídico constante do processo administrativo.

Regina Coeli Soares de Maria Franco, por sua vez, requer o seu afastamento do rol de denunciados, *especialmente porque o requisitório oficial do Parquet não aponta as supostas formalidades que teriam sido inobservadas pela Defendente, impossibilitando sua plena defesa e, ainda, em razão de que o fato imputado à Defendente, timidamente narrado na denúncia, é atípico.*

Fundamenta sua pretensão nos seguintes fatos: que o presente feito tramitou, anteriormente, perante o Ministério Público do Estado de Rondônia, em função de **delatio criminis** formulada por Joel de Oliveira, ocorrida em 20.05.1994 — sendo que, ao longo desses 7 anos, com a produção de manifestações jurídicas, indagações do Órgão acusador, colheita de depoimentos, oitiva dos indiciados e promoção de todas as diligências, jamais foi mencionado o seu nome, na condição de acusada e sequer na modalidade de indícios, pois só agora teria sido surpreendida com a denúncia oferecida.

Refere que o fato que lhe foi atribuído não descreve conduta ilícita, pois a imputação fática cinge-se à lacônica argüição de que teria deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação. Porém, este Superior Tribunal de Justiça, ainda que tenha afastado a necessidade de descrição pormenorizada do fato típico, não a dispensou por inteiro, sendo certo que na denúncia não há descrição, mesmo lacônica, de fato típico, mas somente a invocação de suas elementares, com descrição de conduta abstrata, chegando a aventar possível violação de dever funcional, que, em tese, poderia constituir ilícito administrativo, porém não criminal.

Aduz que se pode identificar apenas uma narrativa de fato concreto, pelo Órgão do *Parquet*, ao referir que a Defendente teria participado da elaboração e assinatura do Contrato n. 085/1993-PGE, sem que apontasse as suas irregularidades. Entretanto, argumenta que o ato de “elaborar” ou mesmo “assinar” um contrato administrativo, sem apontar suas irregularidades, não constitui crime sequer em tese, muito menos aquele previsto no art. 89 da Lei das Licitações.

Sustenta que apenas teria lançado seu “visto” no instrumento que fixou as cláusulas a serem observadas na prestação de serviços diretamente contratados, cuja dispensa de licitação já havia sido anteriormente concedida, bem como a r.

manifestação já havia sido aprovada pela autoridade competente, que não teria sido a Defendente a responsável por eventual irregularidade (o Ordenador de Despesa já havia determinado a aquisição direta dos serviços).

Ressalta que, em nenhum momento anterior, teria atuado no procedimento administrativo que optou pela contratação direta dos serviços, sem licitação. Assim, o simples lançamento de “visto” em um contrato não se amoldaria na conduta do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, pois não teria havido pronunciamento sobre o mérito do processo administrativo. O crime, desta maneira, já teria se consumado quando vistado o Contrato n. 085/1993-PGE, pois tal ato não significa que a Defendente tenha expressado sua concordância com a dispensa que lhe antecedeu.

Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, alega, de outro lado, que o ato concreto e isolado a ele atribuído é a emissão de parecer, que teria contribuído para a efetiva realização da conduta dos demais denunciados. Contudo, foi instado a emitir tal parecer após regular distribuição do processo na Procuradoria Geral do Estado.

Sustenta que teria emitido o parecer estritamente como um profissional, na condição de Procurador do Estado, diante da consulta proposta pelo então Chefe da Casa Civil, tendo externado juízo de valor ao reputar caracterizada a hipótese de dispensa de licitação ali indicada.

Refere que, ao contrário do que insinua a denúncia, não estava afirmado, no processo, que a Empresa particular já viesse trabalhando na campanha governamental, constando do despacho do ex-Chefe da Casa Civil que a Empresa NPP Caldas já havia auxiliado em ocasiões anteriores satisfatoriamente ao Governo, sendo que o acusado concluiu que ela não havia sido admitida a atuar exatamente naquele caso. Pela avaliação que fez, haveria inegáveis prejuízos, não apenas à credibilidade da Administração Pública, em relação a seus serviços e sob o aspecto econômico, pois já estava sendo divulgado o certame — fatores que foram relevantes e lhe pareceram adequados, quando opinou favoravelmente à dispensa de licitação, ensejando a contratação do particular, “para que viesse a auxiliar, e dali em diante, como frisou inclusive o referido parecer”.

Também teria levado em conta que a falta de uma providência acautelatória mais imediata poderia levar ao descrédito da campanha, resultando em prejuízos. Assim, a contratação autorizada teria sido “prudente, pois para dali em diante”. A escolha da empresa teria sido indicada no processo pelo então Chefe da Casa Civil, que a defendeu com base em relacionamentos anteriores com a mesma, mantidos pelo Governo, como informou.

De outro lado, os trabalhos apresentados *não eram isoladamente do tipo só publicitário*, como quer a denúncia, sendo que, *em momento algum, na peça exordial,*

*logrou o órgão acusador demonstrar de forma hígida onde reside a culpabilidade do acusado, o vínculo psicológico de atuação, a participação e/ou interesse do mesmo em auxiliar a uma manobra criminosa”.*

Não caberia, também, a um Procurador do Estado, indagar ou investigar se a exposição de motivos apresentada num processo é verdadeira ou não, ou se a empresa já iniciou anteriormente os seus trabalhos, mesmo porque os atos administrativos têm a presunção de legitimidade.

Ressalta que a sua conduta cingiu-se unicamente em emitir o parecer segundo o seu entendimento jurídico, devidamente embasado na legislação em vigor, parecer que foi na época devidamente aprovado pelo seu Superior, o Procurador-Geral do Estado — questão omitida e mantida fora da denúncia, sendo que “não lhe parece correto ser denunciado criminalmente, quando o superior hierárquico do acusado, que aprovou seu ato, e deu oficialidade a ele, não o é”.

Argumenta que a Lei n. 8.666/1993 não veda a dispensa de licitação se o caso analisado se enquadra em alguma daquelas hipóteses elencadas no seu art. 24, notadamente no inciso IV, como entendeu o acusado. Portanto, a dispensa de licitação não teria sido ao arrepio de vedação expressa na lei e de forma aleatória, mas sim com embasamento firme naquela disposição legal, fruto de convencimento do acusado, diante do caso concreto.

Salienta que a representação criminal que originou o inquérito em questão foi lançada na época contra a pessoa do denunciado não por alguma preocupação real com a lei, mas sim por sentimentos menores — como teria dito Joel de Oliveira, ex-Procurador do Estado, demitido a bem do serviço público, que seria uma pessoa polêmica, perseguidora e vingativa.

Por outro lado, a fim de descaracterizar a co-autoria — que necessita do vínculo psicológico entre os agentes — afirma que não teve qualquer ligação, nem a denúncia demonstra qualquer fato concreto que revele ter havido sua participação, na execução do aludido contrato, pois somente emitiu parecer, que, inclusive, foi submetido ao Procurador-Geral do Estado e por ele aprovado, não existindo elo ou nexos causal, ou efetiva participação do agente, *demonstrada também com outros fatos, entre os quais, e principalmente, interesses pecuniários, o que nem de longe a denúncia cogita ou ousou dizer contra a pessoa do acusado*. Na hipótese, sustenta que, no cargo que ocupava, cabia exclusivamente a ele dizer se esta ou aquela situação estaria enquadrada a uma hipótese legal — no sentido de externar uma opinião jurídica diante do caso — o que poderia receber diferente juízo de valor por outros técnicos do Direito, porém tal avaliação fugiria à esfera de abrangência da responsabilidade penal.

Tenta demonstrar, o Defendente, que essa avaliação não poderia ensejar a instauração de ação penal contra uma pessoa, sem existir qualquer outro fato concreto denotando que sua conduta viesse qualificada pelo *dolo específico* exigido na norma penal imputada.

Sustenta, por fim, que tudo no processo está a evidenciar a inexistência de culpabilidade, a ausência de vínculo psicológico, de participação e, ainda, de interesse do mesmo, *no sentido de participar de alguma manobra criminosa*. Tudo, portanto, a indicar a inépcia da denúncia, quando atribui ao Defendente, em função do parecer que emitiu, crime que não poderia praticar, *até porque a decisão de efetivar ou não a contratação direta incumbe ao ordenador de despesa*.

Antônio José Barnabé de Almeida, por derradeiro, sustenta a inépcia da denúncia, por não atender aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, pois a mesma não teria trazido ao conhecimento do acusado, concreta e integralmente, a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

Aduz que a NPP já prestava serviços de publicidade ao Estado de Rondônia, com amparo no Decreto-Lei n. 2.300/1986, norma vigente no primeiro trimestre de 1993, ocasião em que surgiu a determinação administrativa do Estado com vistas à efetivação da campanha. O advento da Lei n. 8.666/1993 teria ocorrido em momento no qual todas as decisões já haviam sido tomadas, compromissos já haviam sido firmados, estando o concurso divulgado, de domínio público, diante da necessidade de reformulação administrativa-fazendária, quando o Erário encontrava-se extremamente combalido.

Argumenta que não teriam ocorrido os fatos como apresentados pela denúncia, que não teria evidenciado quais os benefícios que teriam sido auferidos pelo Defendente, ainda não havendo qualquer vestígio de que a sua conduta buscasse intento reprovável (no caso, lograr resultado danoso) ou que tivesse obtido vantagem ilícita. Ao contrário, alega que a empresa do Defendente efetivamente prestou os serviços necessários à implantação e execução da campanha “Estrelinha da Sorte”.

Em cumprimento ao disposto no art. 67, parágrafo único, inciso V, do Regimento Interno, o feito foi reautuado como ação penal (fl. 624).

Manifestando-se, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo recebimento integral da denúncia ofertada (fls. 626/630).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de ação penal proposta em desfavor de Amadeu Guilherme Matzembacher Machado, Oswaldo Pianna Filho, Regina Coeli

Soares de Maria Franco, Beniamine Gegle e Oliveira Chaves e Antônio José Barnabé de Almeida.

Os autos dão conta de que, entre julho e agosto de 1993, o Governo do Estado de Rondônia, através da sua Casa Civil, contratou, em tese, — sem licitação — os serviços profissionais de determinada agência de publicidade, a fim de que a mesma fizesse campanha visando ao esclarecimento da opinião pública a respeito de se exigir nota fiscal de venda de todos os comerciantes, para que, com isso, fosse evitada a evasão fiscal, incrementando-se a arrecadação tributária.

O presente feito foi instaurado para a apuração de possíveis irregularidades na contratação da Empresa NPP Propaganda e Promoções Ltda pelo Governo do Estado de Rondônia, a fim de promover a r. campanha de aumento de arrecadação, através do controle da expedição de notas fiscais.

A autoria e a materialidade das condutas foram descritas pela denúncia:

Consta da peça investigatória, com comprovação pelos documentos que a compõem, que Amadeu Guilherme Matzenbacher Machado teria dispensado certame licitatório necessário à contratação de serviço de publicidade fora das hipóteses legais, deixando, ainda, de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade de licitação determinadas pela legislação de regência.

O Sr. Oswaldo Pianna Filho, juntamente com a Dra. Regina Coeli Soares de Maria Franco, teriam deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação. O Dr. Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, por sua vez, teria contribuído, de qualquer modo, para a efetiva realização das condutas dos demais denunciados.

A prova produzida no caderno investigatório seria robusta e determinante da autoria e materialidade de cada conduta delituosa, revelando, ademais, a maneira pela qual foi efetivada a dispensa legal do certame licitatório, assim como da inobservância das formalidades legais a ele pertinentes. Desta forma, restaria evidenciado o **modus operandi** utilizado para a perpetração dos crimes imputados aos acusados, que podem ser assim sintetizados:

Em 20.03.1993, foi noticiado pela imprensa local que o Governo do Estado teria elaborado projeto de lei referente a uma campanha pública para combater a sonegação fiscal e de incentivo à arrecadação de impostos.

Tal projeto restou convalidado na Lei n. 486/1993, sancionada em 02 de julho daquele ano e regulamentada pelo Decreto n. 6.037/1993, do dia 29 do mesmo mês.

No Processo Administrativo n. 1.001-0869, oriundo da Casa Civil, por expedição do Secretário Chefe Amadeu Guilherme Matzenbacher Machado, o Procurador

do Estado, Dr. Beniamine Gegle de Oliveira teria emitido a informação 1.081/1993-PGE, na qual se manifestou pela possibilidade de dispensa de licitação, porém ao arrepio da vedação legal expressa — por se tratar de despesa com publicidade.

Foi ressaltado, nesse ponto, que os serviços já vinham sendo prestados, mediante mero ajuste extra-oficial com a empresa informalmente contratada, ocasião em que o ex-Governador Oswaldo Pianna teria remetido à Assembléia Legislativa daquele Estado o projeto de lei com a finalidade de criar a campanha “Estrelinha da Sorte”.

Seria inquestionável, portanto, o fato de que a empresa de publicidade teria sido “contratada” anteriormente, ainda sob a égide do Decreto-Lei n. 2.300/1986, ressaltando-se que, mesmo sob aquela legislação, a situação já se apresentava irregular.

Outrossim, o fato é que a dispensa de licitação teria vindo a ocorrer após a vigência da Lei n. 8.666/1993, que teria colhido a Administração Estadual em flagrante ilegalidade, que só poderia ser legitimada com o rompimento do contrato formalizado com a empresa, já em execução.

Tal tentativa de legitimar a campanha publicitária — classificada como “situação emergencial”, que se encontrava irregular, ressaltaria o dolo de suas ações.

Desta forma, o Chefe da Casa Civil, ora Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, teria dado início ao processo de contratação da empresa, que já vinha executando os serviços, expedindo o Pedido de Informações (Processo n. 1.001-0869), encaminhado à Procuradoria Geral do Estado.

Enfatizou-se, ainda, que os termos do pedido, datado de 30.07.1993, os quais demonstram o direcionamento explícito do procedimento para oficializar a situação de fato preexistente em relação à Empresa NPP, bem como o pedido direto para que houvesse a dispensa de licitação, evidenciariam o desígnio dos envolvidos, especifique-se, do Governador e do Secretário da Casa Civil, com a colaboração dos Procuradores do Estado, no sentido de adequar a contratação daquele serviço, já em execução, à nova legislação, mais rigorosa que a anterior.

Agindo de maneira consciente, Amadeu Machado e Oswaldo Pianna Filho teriam preparado o arcabouço visando aparentar a existência de respaldo jurídico para o ato, arcabouço que teria sido evidenciado, dentre outras ações, pelo envio do projeto de lei ao Legislativo Estadual, sanção e regulamentação sumária da respectiva lei e, ainda, pela solicitação encaminhada ao Procurador do Estado, no sentido de que fosse elaborado parecer indicando a possibilidade de dispensa de licitação. A elaboração e assinatura do respectivo Contrato n. 085/1993 finalizariam a conduta.

Desta maneira, o Secretário da Casa Civil, com a ciência do Governador, teria deliberadamente dispensado o procedimento de licitação fora das hipóteses legal-

mente permitidas, afrontando o art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, que veda expressamente a inexigibilidade de licitação para fins publicitários.

A denúncia imputou a todos os denunciados a prática do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

Cabe, a esta Corte, decidir preliminarmente sobre o recebimento, ou não, da peça póstica contra o ex-Chefe da Casa Civil, atual Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, sujeito à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça.

### 1. Prova da Materialidade.

Em um primeiro momento, no tocante à materialidade, tenho que a mesma restou devidamente comprovada, sobressaindo, em princípio, a prática de possível dispensa irregular de procedimento licitatório, assim como a inobservância, em tese, às formalidades legais a ele pertinentes.

Em ordem cronológica, os documentos carreados aos autos atestam, inicialmente, a notícia, na imprensa, de que o Governo do Estado de Rondônia elaborara projeto de lei referente a uma campanha pública para o combate à sonegação e incentivo à arrecadação de impostos. Nesse sentido, a declaração do Sr. Bader Massud Jorge, no Jornal “O Estadão”, de 20.03.1993 (fl. 15).

Esse projeto convalidou-se na Lei n. 486, sancionada em 02.07.1993 pelo então Governador do Estado Oswaldo Pianna Filho, autorizando a indigitada Campanha. Às fls. 16/17, encontra-se cópia da r. lei, que “Autoriza o Poder Executivo a instituir e promover concurso de prêmios, visando ao aumento da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação-ICMS, e dá outras providências”.

Através do Decreto n. 6.037/1993, de 29.07.1993, cuja cópia encontra-se às fls. 18/21, o Governo do Estado regulamentou a Lei n. 486/1993, assentando, em seu cabeçalho, que aquele ato “Institui o concurso de Prêmios denominado *Estrelinha da Sorte*, e vindo assinado pelo então Governador Oswaldo Pianna Filho, pelo Secretário Chefe da Casa Civil Amadeu Guilherme M. Machado e pelo Secretário de Estado da Fazenda Bader Massud Jorge.

No dia seguinte — 30.07.1993, o Secretário Chefe da Casa Civil solicitou, ao Procurador Geral, que fosse analisada a possibilidade de contratar com a empresa NPP — Nacional Propaganda e Publicidade Ltda, havendo dispensa de licitação, nos termos ali contidos (cópia à fl. 277), tendo sido apresentada, concomitantemente, a justificativa para tanto (cópia à fl. 276).

Na mesma data — 30.07.1993, o Procurador do Estado Beniamine Gagle de Oliveira Chaves emitiu a informação n. 1.081-PGE, no Processo n. 1.001-0869, de

procedência da Casa Civil, em que conta como interessada a empresa NPP — Propaganda, Publicidade e Promoções Ltda, dispensando de processo licitatório a despesa com o concurso de prêmios, instituído pelo Governo do Estado e já “lançado à coletividade, visando ao aumento de arrecadação” (cópia às fls. 22/28).

No dia 05.08.1993, sobreveio o Contrato n. 085/1993-PGE, cuja cópia encontra-se às fls. 285/287, celebrado entre o Estado de Rondônia, através da Casa Civil e NPP — Propaganda, Publicidade e Promoções Ltda.

Nos dias 11.08.1993 e 1<sup>a</sup>.09.1993, a Casa Civil creditou à NPP — Propaganda, Publicidade e Promoções Ltda, a quantia de CR\$ 39.487.000,00 (Nota Financeira n. 00891 e 001023, respectivamente — cópias às fls. 29 e 30).

Consta, ainda, dos autos, o projeto de realização da campanha promocional, apresentado pela Empresa NPP — datado de 22.06.1992 (cópia às fls. 262/269) e autorizado pelo Secretário Chefe da Casa Civil em 23.07.1993 (fl. 262).

Os documentos são, portanto, convergentes e encontram-se em harmonia com o contexto dos fatos noticiados.

## 2. *Autoria — acusados com foro especial por prerrogativa de função.*

Passo, agora, ao exame dos indícios de autoria, quanto a *Amadeu Guilherme Matzenbacher Machado*.

A acusação imputa ao primeiro denunciado — na qualidade de Chefe da Casa Civil, à época dos fatos e, em decorrência, ordenador da despesa e responsável direto pela observância das condições legais autorizadoras da dispensa do procedimento licitatório — a falta de cumprimento de tais condições, dispensando de forma ilegal a licitação.

Amadeu Machado teria deixado de observar formalidade obrigatória para a dispensa de licitação, ao afirmar que não houve a publicação dos atos relativos ao procedimento administrativo para a referida dispensa. Da mesma forma, sem que houvesse ato formalizador de dispensa, teria celebrado o Contrato n. 085/1993-PGE, o qual só chegou a ser assinado em função da efetiva dispensa de licitação.

Ao defender-se, o ex-chefe da Casa Civil enfatizou a inépcia da denúncia, fazendo, em síntese, as seguintes colocações: a) que a conduta imputada é atípica pois, como ordenador das despesas, observou questões de urgência e emergência, que deram ensejo à dispensa de licitação; b) que a efetiva contratação dos serviços da Empresa NPP, com legal dispensa de certame licitatório, teve lugar, de forma tácita, antes da vigência da Lei n. 8.666/1993, aduzindo que a própria denúncia refere isso, sendo que, se houvesse situação irregular, o fato não sairia da esfera administrativa, que a lei nova não poderia retroagir para incriminar conduta e que,



sem previsibilidade penal, não há que se falar em crime; e c) que no processo inquisitorial residem as peças do processo administrativo inerente à dispensa de licitação, nos termos do Decreto-Lei n. 2.300/1986, sendo que os atos subseqüentes à contratação foram no sentido de proporcionar contrapartida ao contrato, pois os materiais e serviços foram fornecidos ao Governo Estadual pela Empresa de Publicidade, com preços compatíveis aos do mercado, na época, e com pagamento justo.

Afirma, assim, não existir crime nos atos administrativos praticados por ele, que culminaram com a contratação da Empresa de Publicidade, mediante dispensa do certame licitatório.

Penso que não se trata, todavia, de inépcia da denúncia.

O art. 89 da Lei n. 8.666/1993 tem o seguinte teor:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Pena — detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”

Tenho que a conduta delituosa encontra-se satisfatoriamente descrita na peça acusatória, sem que se possa apontá-la como inepta.

Com efeito, restou apurado que Amadeu Guilherme teria, em tese, dispensado certame licitatório, reputado necessário à contratação de serviços de publicidade, fora das hipóteses previstas na legislação, ainda deixando de observar as formalidades relacionadas, por lei, à dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Os documentos carreados aos autos demonstram que Amadeu teria iniciado o processo de contratação da empresa NPP, que já vinha executando os serviços, sendo que teria expedido o pedido de informações encaminhado à Procuradoria Geral do Estado. Os termos de tal pedido demonstram, segundo a acusação, o explícito direcionamento do procedimento para oficializar a situação de fato preexistente, em relação à r. Empresa, assim como o pedido direto, no sentido de que houvesse dispensa de licitação.

O fato de que a empresa de publicidade fora contratada informalmente, ainda sob a incidência do Decreto-Lei n. 2.300/1986, está evidenciado, em princípio, pelos documentos juntados. Contudo, mesmo sob tal legislação, a situação poderia estar irregular. Ainda sob este aspecto, os atos praticados pelo denunciado não se mostram, **primo oculi** e sem sombra de dúvidas, afetos exclusivamente à esfera administrativa.

Como referido na contestação do Ministério Público de Rondônia, o procedimento ia contra, em tese, à legislação anterior, que vedava a despesa sem prévio empenho.

A dispensa do procedimento licitatório, entretanto, veio a ocorrer após a vigência da Lei n. 8.666/1993, como se pode verificar pela ordem cronológica dos documentos anexados.

Desta forma, consta dos autos prova da existência do contrato informal e posterior tentativa de regulamentação, assim como a efetiva ausência de licitação.

Os aspectos de fundo, concernentes ao próprio mérito da causa penal — alegados pelo denunciado em sua resposta escrita — deverão ser examinados no momento processual adequado — com a realização da indispensável instrução criminal contraditória.

Assim, a denúncia se mostra formalmente idônea, contendo a exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, a qualificação dos acusados e a classificação do crime, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal.

Cabe sempre a ressalva de que não tem, a classificação feita na inicial, especial relevo, em função do que dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.

Rejeitando-se tais alegações, concernentes à regularidade formal da peça pórica, passo ao exame sobre se seria caso de eventual conclusão sobre a improcedência da acusação, na forma de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 6º da Lei n. 8.038/1990.

A improcedência, contudo, só pode ser reconhecida quando evidenciada, estreme de dúvidas, a inviabilidade da instauração do processo, quando for possível afirmar-se, sem necessidade de formação da culpa, que a acusação não procede.

Deve ser levado em conta, de qualquer forma, que na decisão final a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação.

“Licitação. Dispensa. Lei 8.666/1993, arts. 25, 89 e 99, § 1º.

Denúncia. Classificação jurídica. Imprecisão que não prejudica a defesa, tendo em vista os termos da imputação.

Lide penal. Julgamento antecipado. Improcedência da denúncia. Lei 8.038/1990, art. 6º.

Necessidade de que esteja evidenciada a inutilidade da instauração do processo, por ser possível, desde logo, afirmar-se que improcede a acusação. Eventual dúvida milita em desfavor do réu, ao contrário do que sucede no julgamento final. Hipótese em que necessária a instrução.”

(Inq n. 257-SP; Relator Ministro Eduardo Ribeiro; DJ de 23.10.2000)

Surgem, então, dois pontos: se havia possibilidade de licitação e se houve dolo por parte do acusado.

Em relação a ambos os temas, há necessidade de abertura da instrução probatória.

Assim, a hipótese não enseja, nesta oportunidade, a declaração de improcedência da acusação. Tampouco restou evidenciada qualquer excludente de ilicitude.

Por fim, não sobressai a configuração de quaisquer hipóteses do art. 43 do Código de Processo Penal, passível de rejeição da denúncia.

Desta forma, considerando presentes os requisitos legais, recebo a denúncia em relação a Amadeu Guilherme Matzenbacher Machado.

### 3. *Oswaldo Pianna Filho.*

O acusado também é detentor de foro privilegiado nesta Corte, em função do art. 84, **caput** e parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 10.628, de 24.12.2002.

O Ministério Público Federal denunciou Oswaldo Pianna Filho porque, na condição de Governador do Estado de Rondônia, teria assinado o contrato com a Empresa NPP, deixando de observar formalidade legal.

Destacou, o Órgão do *Parquet*, que o § 2º do art. 54 da Lei n. 8.666/1993 prevê que “os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta”.

Desta forma, não tendo sido legalmente realizada a dispensa de licitação, a assinatura do contrato seria absolutamente irregular.

Ademais, a intenção de burlar a lei, por este denunciado, estaria configurada pelo fato de que, mesmo tendo consciência de que todo o processo de contratação já havia sido iniciado de maneira irregular, teria encaminhado, como Governador do Estado, visando à regularização daquela situação ilegal, o projeto de lei à Assembleia Legislativa — instituindo o concurso que já se encontrava em andamento e, depois, sancionando a lei decorrente deste projeto e a regulamentando por decreto do Executivo. Desta forma, o Órgão da acusação entende que não há como alegar o desconhecimento das irregularidades, quando da assinatura do contrato.

Em sua defesa, o denunciado reputa inepta a denúncia, trazendo as mesmas alegações de Amadeu Machado, no sentido, em síntese, de que as providências deveriam ser tomadas com urgência; que a contratação de serviços ocorreu de forma tácita antes da vigência da Lei n. 8.666/1993; que eventual ilícito ficaria

restrito à esfera administrativa; ainda sustentando a irretroatividade da lei penal e o princípio da legalidade, assim como a questão da imprescindível contrapartida ao contrato.

Afirma, por fim, inexistir crime no ato administrativo por ele praticado — que se resumiria, tão-somente, na assinatura do termo de contratação da empresa de publicidade, sendo que assim teria agido com respaldo no parecer jurídico constante do processo administrativo.

Contudo, melhor sorte não assiste ao denunciado.

Reprisando o que já foi exposto em relação ao acusado Amadeu Machado, tenho que a conduta imputada ao ora denunciado encontra-se suficientemente descrita na exordial acusatória, a qual não se mostra inepta.

Como já referido anteriormente, a contratação informal da Empresa NPP, ainda sob a incidência do Decreto-Lei n. 2.300/1993 restou evidenciada, sendo que, mesmo sob tal legislação, a situação poderia estar irregular. Outrossim, os atos praticados pelo denunciado não se mostram, estreme de dúvidas, afetos exclusivamente à esfera administrativa, tendo sido ressaltado, pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, que o procedimento ia contra, em tese, a legislação anterior, que vedava a despesa sem prévio empenho.

De qualquer forma, restou evidenciado, em princípio, que a dispensa do procedimento licitatório veio a ocorrer após a vigência da Lei n. 8.666/1993.

Assim, os autos trazem a prova da existência do contrato informal, da posterior tentativa de regulamentação e da ausência de licitação.

Também em relação ao denunciado Oswaldo, deve ser ressaltado que os aspectos de fundo, concernentes ao mérito da causa penal, que foram alegados na resposta escrita, serão objeto de exame no momento próprio, quando da instrução criminal.

Desta maneira, a denúncia se mostra condizente com os termos do art. 41 do Código de Processo Penal, cabendo a ressalva de que a classificação feita na denúncia não tem especial relevo, *ex vi* do art. 383 do Código de Processo Penal.

Formalmente regular a peça póstica, passa-se à conclusão de que não se trata de hipótese de improcedência da acusação, na forma de julgamento antecipado da lide. Não se pode afirmar, de pronto, que a acusação não procede.

No tocante à possibilidade de licitação e na existência de dolo por parte do acusado, há necessidade de instrução probatória.

Por derradeiro, não sobressaiu qualquer hipótese que pudesse levar à rejeição da denúncia, na forma do art. 43 do Código de Processo Penal.

Portanto, igualmente recebo a denúncia em relação a Oswaldo Pianna Filho.

Ao receber a denúncia quanto aos dois primeiros, passo à análise em relação aos demais acusados.

#### 4. *Regina Coeli Soares de Maria Franco*

A denúncia imputa, à Procuradora-Geral Adjunta do Estado Regina, a participação da elaboração e assinatura do Contrato n. 085/1993-PGE, sem que apontasse as suas irregularidades — o que seria seu dever funcional. Assim, teria deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade da licitação.

Na sua resposta escrita, a Defendente requer a rejeição da exordial acusatória, porque a mesma não apontaria as supostas formalidades que teriam sido inobservadas por ela, impossibilitando sua defesa. Por outro lado, seria caso de rejeição porque o fato imputado à Defendente, *timidamente* narrado na denúncia, seria atípico.

Em razões, Regina alega, em síntese, que o seu nome só teria sido referido na denúncia ora lançada — sendo que o feito desenrola-se ao longo de mais de 7 anos (originado de **notitia criminis** formulada por Joel de Oliveira, em 20.05.1994), sem nunca ter sido mencionado o seu nome em nenhuma fase do inquérito, pois sempre foi afastada de qualquer acusação, mesmo na modalidade de indícios.

Por outro lado, não haveria descrição da conduta ilícita: a imputação fática é restrita à argüição lacônica de que deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação. Aduz, dessa maneira, que, embora não seja necessária a descrição pormenorizada do fato típico, a mesma não pode ser dispensada por inteiro.

No caso, não haveria descrição, sequer lacônica, mas somente a invocação de suas elementares (conduta abstrata), sendo que, no caso, a inobservância de possível dever funcional só constituiria ilícito administrativo e, não, penal, pois o ato de “elaborar” ou “assinar” contrato administrativo, sem apontar irregularidades, não constituiria ilícito penal.

Da mesma forma, refere que se limitou a lançar seu “visto” no instrumento que fixou as cláusulas a serem observadas na prestação dos serviços diretamente contratados. A dispensa de licitação já havia sido anteriormente concedida e a r. manifestação jurídica já havia sido anteriormente aprovada pela autoridade competente (que não foi a Defendente).

Nesse sentido, alega que antes do lançamento do “visto”, em nenhum momento atuara no procedimento administrativo que optou pela contratação direta dos serviços, sendo que o r. “visto” não se amoldaria no tipo penal descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

A conduta de visar, portanto, seria atípica, pois a Defendente não se pronunciou sobre o mérito do processo administrativo, que culminou com a dispensa de licitação. O fato de ter “visto” não significa que tenha expressado sua concordância com a dispensa que lhe antecedeu.

Sobre tal “visto”, ainda afirma que o mesmo possui a finalidade específica de assegurar às autoridades administrativas que contratam em nome do Estado e ao contratado, que aquele ato foi elaborado em conformidade com o conteúdo do processo que o originou. O “visto”, portanto, seria uma espécie de ato administrativo, conhecido como “ato de conhecimento”, não expressando em seu conteúdo qualquer manifestação de vontade de quem o praticou, mas apenas a legitimidade formal de outro ato jurídico que o antecedeu. Assim, não teria o condão de atrair a responsabilidade sobre o ato que dispensou a licitação ou mesmo sobre o parecer jurídico que opinou favoravelmente à contratação direta e, ainda, muito menos sobre o ato de aprovação da referida manifestação jurídica.

De outra banda, a dispensa de licitação já havia sido declarada muito antes de o procedimento administrativo chegar à PGE para instrumentalizar o pacto estabelecido entre as partes, pois o Ordenador de Despesa já havia determinado a aquisição direta dos serviços, cabendo-lhe, por óbvio, cumprir as formalidades exigidas pela lei.

Por fim, aduz que no curso da instrução nada mais poderá ser apurado com relação à Defendente, além daquela prova documental a que se referiu a denúncia, ou seja, o instrumento contratual sobre o qual foi lançado o “visto”, sendo que sequer foram arroladas testemunhas pelo Ministério Público Federal. Por conseguinte, seria desnecessário constrangimento prolongar o suplício da Defendente até o desfecho da ação penal.

Contudo, os argumentos da Defendente não sustentam a pretendida rejeição da exordial acusatória.

Quanto às exigências formais dos arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal, tenho que a denúncia satisfaz as exigências da lei processual também em relação a Regina, por força do seu conteúdo e suficiente descrição dos fatos e por demonstrar suficiente lógica entre a proposição e a conclusão.

Por outro lado, a conduta imputada à Defendente mostra-se, em princípio, censurável.

Nesta fase processual, não cabem maiores averiguações sobre a caracterização/descaracterização do indigitado “visto”. O certo é que houve, em princípio, o endosso, o “aprove-se”.

Não se pode proceder a um juízo prévio sobre o conteúdo e a validade de tal assinatura.

Se há assinatura, há um significado, uma função. E tal juízo não pode ser feito no alvorecer da ação penal. A questão da “mera formalidade” não se presta ao exame nesta fase processual, pois dependerá do contraditório, que necessitará da correta instrução dos fatos e provas.

A assinatura está no documento e constitui um indício de autoria.

De qualquer modo, em relação à maior ou menor participação da acusada, tal averiguação vai depender, igualmente, das provas que serão produzidas na formação da culpa.

##### 5. Beniamine Gegle de Oliveira Chaves

Quanto ao Procurador do Estado Beniamine, a peça póstica aponta que o mesmo teria emitido o parecer no Processo n. 1.001-PGE (Informação n. 1.081-PGE), *em total contrariedade à Lei 8.666/1993, e de acordo com o solicitado pelo então Secretário Chefe da Casa Civil*, teria contribuído de forma relevante para que a conduta típica viesse a ser perpetrada, pois a sua manifestação é que teria ensejado o coroamento das demais condutas, com a assinatura do contrato.

Em resposta, Beniamine sustenta que foi instado a emitir o parecer após regular distribuição do processo na PGE (o feito poderia ter recaído para qualquer outro Procurador, pelo critério de distribuição utilizado).

Desta forma, teria emitido parecer estritamente como profissional, diante da consulta proposta pelo então Chefe da Casa Civil, emitindo juízo de valor quando reputou caracterizada a hipótese de dispensa de licitação ali indicada.

Assim, teria se manifestado diante do que existia no bojo do processo, no qual constava que a r. campanha pública fora oficialmente autorizada, por meio de prévia aprovação da lei e sua regulamentação por decreto.

Por outro lado, a campanha vinha sendo divulgada pelo Poder Executivo Estadual, através do próprio setor de Comunicações, sem que tivesse sido iniciada a outra fase, envolvendo participação de particulares, na realização dos serviços. Refere, portanto, que em nenhum local do processo constava que a r. Empresa já vinha trabalhando naquela Campanha Governamental, ao contrário do que insinua a denúncia. A corroborar tal alegação, assevera que no despacho do ex-chefe da Casa Civil, ele não deixou dúvidas a esse respeito (fl. 277).

Em decorrência disso, teria opinado pela contratação do particular para que viesse a auxiliar, *dali em diante*, como frisou em parecer.

Aduziu, ainda, que haveria inegáveis prejuízos à credibilidade da Administração Pública e em relação ao aspecto econômico (pois a Campanha já estava sendo divulgada). Ressalta que sabia apenas da existência da Campanha Oficial pelo

Governo, o que não significa que soubesse também que aquela Empresa específica já viesse atuando.

De outra banda, os trabalhos apresentados, objeto daquela contratação, não eram só do tipo publicitário, como faz entender a denúncia. Havia envolvimento de vários componentes.

A denúncia, por sua vez, incriminaria o Defendente pela pura e simples emissão do parecer, como juízo de valor, com o qual a subscritora da exordial não concorda. A peça, desta forma, não teria demonstrado de forma hígida onde residiria a culpabilidade do acusado, o vínculo psicológico da ação, a participação e/ou interesse do mesmo em auxiliar a uma manobra criminosa.

Da mesma forma, refere que não caberia ao Procurador do Estado indagar ou investigar se a exposição de motivos apresentada em um processo é verdadeira ou não, ou se a Empresa já iniciou anteriormente os seus trabalhos, até porque os atos administrativos têm presunção de legitimidade, ainda mais quando emanados de altas autoridades do Governo.

De outro lado, a denúncia omitiu o Procurador-Geral do Estado — que teria aprovado o parecer formulado pelo Defendente.

Argumenta, também, que a Lei n. 8.666/1993 não veda a dispensa de licitação se o caso analisado se enquadra em uma das hipóteses elencadas no art. 24, notadamente naquele inciso IV, como entendeu o acusado.

Ainda ressalta que a representação criminal que originou o inquérito que deu azo à presente ação penal foi lançada contra o Defendente por sentimentos menores de quem a assinou — Joel de Oliveira — ex-procurador do Estado, que foi demitido a bem do serviço público.

Refere que, para a co-autoria, seria necessário o vínculo psicológico entre os agentes. Contudo, o Defendente não teve qualquer ligação, nem a denúncia demonstra qualquer fato concreto que revele ter havido sua participação na execução do aludido contrato com os demais agentes.

O profissional do Direito, por óbvio, não poderia ser responsabilizado criminalmente por externar uma opinião como juízo de valor, em um processo que lhe é regularmente submetido, inclusive quando essa opinião foi submetida ao seu Superior. Para tanto, impõe-se a demonstração de um elo, um nexo causal, bem como da efetiva participação do agente, demonstrada também por outros fatos — principalmente pecuniários, o que se cogitou dizer contra ele.

No exercício do cargo que ocupa, aduz que cabe exclusivamente a ele dizer se esta ou aquela situação, em seu entender, enquadra-se a uma hipótese legal — sendo que só



isso lhe caberia e isso é que foi feito. Assim, a avaliação sobre a possibilidade, ou não, da dispensa de licitação, fugiria à esfera de abrangência da responsabilidade penal.

Tudo naquele processo, portanto, estaria a evidenciar a inexistência de culpabilidade do Acusado, a ausência de vínculo psicológico, de participação e, ou, interesse do mesmo, no sentido de participar de alguma manobra criminoso.

Portanto, acredita ser evidente a inépcia da denúncia ao imputar-lhe crime que não poderia praticar, até porque a decisão de efetivar, ou não, a contratação direta incumbiria ao ordenador da despesa.

Os argumentos aduzidos pelo Defendente igualmente não são aptos a evidenciar, de plano, a inépcia da denúncia.

A peça também encontra-se formalmente perfeita em relação a ele e não é caso de improcedência da acusação, nem de ausência de quaisquer dos requisitos do art. 43 do Código de Processo Penal.

As alegações de que o Acusado não sabia que a Empresa já vinha executando os serviços; de que os trabalhos não eram do tipo só publicitário; de que o caso analisado pode ser enquadrado no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações; de que a denúncia foi originada de um ato de perseguição por um ex-colega; de que não haveria vínculo psicológico entre os agentes, e de que a sua opinião foi submetida a um superior hierárquico — não podem ser examinadas nesta fase de instauração da ação penal, para fins de se julgar improcedente a acusação, pois são argumentos estritamente dependentes da correta instrução de fatos e provas.

Se era ou não trabalho exclusivamente publicitário, o praticado pela Empresa NPP, por exemplo, não cabe aferir-se nesta etapa de recebimento da denúncia.

Na realidade, todas as alegações só poderão ser examinadas e afastadas, se for o caso, após a devida instrução, com observância ao contraditório.

A acusação contra o Defendente mostra-se formalmente regular e as demais questões — sobre eventual possibilidade de licitação e dolo por parte do acusado, dependem de abertura de instrução processual.

O certo é que os indícios de procedência da acusação estão presentes — pois foi o Defendente que formulou o parecer da PGE, necessário à formalização do Contrato n. 085/1993.

Cabe referir que este momento também não se presta para o exame da culpabilidade ou de outra forma de exclusão de criminalidade. A questão é restrita à verificação de eventual atipicidade do fato, ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, eventual extinção da punibilidade — do que também não se cogita na hipótese.

Ressalte-se, ainda, que, havendo controvérsia sobre a autoria, há necessidade da devida instrução processual.

6. *Antônio José Barnabé de Almeida*

Por fim, em relação ao responsável pela Empresa NPP — Propaganda, Publicidade e Promoções Ltda, a denúncia aponta que José Barnabé, ao assinar o contrato irregular, teria concorrido para a consumação da ilegalidade perpetrada, beneficiando-se da ausência de licitação.

Em resposta, o Acusado sustenta a inépcia da denúncia, por não atender aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que a mesma não teria trazido ao seu conhecimento, concreta e integralmente, a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

Alega que a NPP já prestava serviços de publicidade ao Estado de Rondônia, com amparo no Decreto-Lei n. 2.300/1986, norma vigente no primeiro trimestre de 1993, ocasião em que teria surgido a determinação administrativa do Estado com vistas à efetivação da campanha.

O advento da Lei n. 8.666/1993 teria ocorrido em momento no qual todas as decisões já haviam sido tomadas, compromissos já haviam sido firmados, estando o concurso divulgado, de domínio público, diante da necessidade de reformulação administrativo-fazendária, quando o Erário encontrava-se extremamente combalido.

Sustenta, assim, que não teriam ocorrido os fatos como apresentados na denúncia, que não teria evidenciado quais os benefícios que teriam sido auferidos pelo Defendente, ainda não havendo qualquer vestígio de que a sua conduta buscase intento reprovável (no caso, lograr resultado danoso) ou que tivesse obtido vantagem ilícita. Ao contrário, argumenta que a Empresa do Defendente efetivamente prestou os serviços necessários à implantação e execução da Campanha “Estrelinha da Sorte”.

Entretanto, os seus argumentos também não são aptos a atestar a inépcia da denúncia ou a improcedência da acusação.

Como em relação aos demais acusados, a peça acusatória observa os requisitos legais para a sua admissibilidade por esta Corte.

Os fatos narrados em relação ao Defendente também satisfazem os moldes preconizados no art. 41 do Código de Processo Penal.

As questões referentes ao dolo e à extensão de sua participação dependem das provas que serão produzidas durante o contraditório.

Da mesma forma, cabe referir que o tipo penal no qual enquadrado o acusado não exige a pronta demonstração de obtenção de ilegal vantagem por parte do agente.

De outra parte, como bem ressaltado em sede de parecer ministerial, a ampla defesa advém não somente da denúncia, isoladamente considerada, mas do conjunto do fato denunciado com as provas produzidas.

Assim, a exordial acusatória, analisada em conjunto com as demais peças dos autos, proporciona a todos os acusados a mais ampla defesa.

### 7. Conclusão

Como exposto, sobressaem indícios suficientes com relação às condutas imputadas aos denunciados, sendo que as alegações de suas defesas preliminares ficam restritas a meras suposições, em função da inexistência de elementos aptos a alicerçarem, inequivocamente, os seus argumentos.

A denúncia define quem agiu, de que maneira, em que lugar e em qual oportunidade.

Não é caso de improcedência da acusação, também não sobressaindo qualquer hipótese do art. 43 do Código de Processo Penal. Desta forma, encontram-se satisfeitos os requisitos indispensáveis ao seu recebimento.

A corroborar tal entendimento, inclusive, a jurisprudência desta Corte:

“Penal e Processual Penal. Venda de alvarás de soltura. Concussão. Prevaricação. Exploração de prestígio. Estelionato. Concurso. Arts. 316, 319, 357, 171, 29, CP Desembargador. Advogada. Ex-servidor público. Denúncia. Inépcia. Inexistência. Indícios de autoria e materialidade. Apuração. Inquérito. Denúncia recebida por unanimidade.

I - Não é inepta a denúncia que descreve a conduta delituosa e aponta os indícios de sua autoria e materialidade colhidos na fase de inquérito, uma vez que se trata de juízo preliminar à instrução.

II - A manifestação do Ministério Público após a defesa, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, além de ser imperativo da Lei 8.038/1990, não caracteriza aditamento da denúncia se se limita a enfatizar os termos da acusação, em vez de inová-la.

III - Lastreada a imputação em depoimentos e cartas de parentes de presos beneficiados com alvarás de soltura obtidos mediante pagamento de quantias em dinheiro, assinados pelo mesmo Desembargador, no exercício da Corregedoria de Justiça, além de laudos grafotécnicos a confirmar a falsificação de assinaturas e correições parciais deferidas para a soltura liminar de presos, com arquivamento imediatamente posterior ao cumprimento, é de ser recebida a denúncia para apuração das acusações.

IV - É de ser recebida, igualmente, em relação à Advogada que requeria os **habeas corpus** e correições parciais, uma vez colhidos indícios de que

solicitava ou recebia dinheiro, a pretexto de influir no Desembargador Corregedor para a libertação dos presos, além de exigir, em concurso com este, vantagem indevida.

V - Recebe-se a denúncia também quanto ao ex-Serventuário de Justiça, por estelionato, a quem se atribui haver oferecido a soltura a presos, valendo-se da condição de advogado, mediante o pagamento de quantia em dinheiro.

VI - Em face dos fortes indícios de autoria e materialidade dos crimes apontados na denúncia, impõe-se a apuração dos fatos, notadamente neste momento de aperfeiçoamento das instituições jurídicas, sendo ainda de assinalar-se que os acusados pertencem a segmentos essenciais da atividade jurisdicional, que aos olhos da Nação devem estar acima de qualquer suspeita.”

(Inq n. 259/AM; Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; DJ de 10.09.2001)

“Processual Penal. Denúncia (art. 297, CP). Recebimento. Afastamento do Cargo. CPP, artigos 41 e 43. Lei Complementar n. 35/1979 (Loman, art. 29).

1. A denúncia é proposição acusatória, que deve ser provada. O acusado se defende dos fatos narrados ou descritos e não do fato classificado. Suficientes os indícios, não devem ser banidos da consideração e exame, na suposição de atipicidade. Em contrário pensar, ocorreria a prematura conclusão da inexistência de crime. Somente a denúncia manifestamente inepta comporta a imediata recusa.

2. Do Magistrado exige-se comportamento insuspeito. Recebida a denúncia, impõe-se o seu afastamento das funções do cargo.

3. Denúncia recebida, com o consequente afastamento do cargo.”

(Inq n. 231/SP; Relator Ministro Milton Luiz Pereira; DJ de 17.06.2001)

Tratando-se de ação penal proposta neste Superior Tribunal devido à participação de um membro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e um ex-Governador, que detêm foro especial por prerrogativa de função, atraindo os demais acusados, e levando-se em conta a gravidade dos fatos denunciados, penso que se impõe a devida apuração das alegações ministeriais.

Assim, em vista dos indícios colhidos na fase de investigações, além de receber a denúncia em relação a Amadeu Guilherme Matzembacher Machado e a Oswaldo Pianna Filho, também a recebo em relação à Procuradora do Estado Regina Coeli Soares de Maria Franco, ao Procurador do Estado Beniamine Gagle de Oliveira Chaves e ao Empresário Antônio José Barnabé de Almeida.

É como voto.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, os fatos precisam ser melhor esclarecidos para que se verifique a atuação de cada um dos denunciados, confirmando o enquadramento ou não no texto descrito no art. 89 da Lei n. 8.066/1993.

Acompanho o voto do ilustre Ministro-Relator, recebendo a denúncia em relação a todos os réus.

### **VOTO-VOGAL**

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, pois, como S. Ex<sup>a</sup>. disse, o mais, se mais houver, será visto no tempo próprio.

Recebo a denúncia em relação a todos os réus.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Acompanho o voto do Ministro-Relator, recebendo a denúncia em relação a todos os réus.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, acompanho o voto do ilustre Ministro-Relator, com as observações do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Recebo a denúncia em relação a todos os réus.

### **VOTO-VENCIDO (Em Parte)**

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, preocupo-me com o que presenciei. O ex-Governador louvou-se, para consumir esse contrato, em parecer da Procuradoria que afirmou que o contrato era lícito. Esse homem cometeu crime ou o parecer da Procuradoria não vale nada?

Preocupa-me, também, outro aspecto. Vejo-me processado, com denúncia recebida, porque emiti voto em determinado sentido e o Ministério Público entendeu que o meu voto é contra alguma lei; assim, terei denúncia recebida, porque precisam provar que meu voto é contra certa lei.

No presente caso, a Procuradora, Dra. Regina Coeli Soares de Maria Franco, visou uma minuta de contrato, absolutamente fora do processo de licitação, dizendo que o texto estava correto.

Sr. Presidente, este Tribunal encontra-se sobrecarregado de trabalho. O caso ocorreu há nove anos, e vamos, passados esses nove anos, reabrir a questão e receber uma denúncia, começando um processo penal contra tantas pessoas.

Dirijo do eminente Ministro-Relator a fim de afastar a Procuradora do Estado, Regina Coeli Soares de Maria Franco, que se limitou a revisar o texto de um contrato, para rejeitar a denúncia em relação a ela e também em relação ao ex-Governador, porque se louvou em parecer da Procuradoria.

De qualquer forma, esta ação penal deveria morrer imediatamente, porque estamos examinando o mérito de um parecer jurídico.

Rejeito a denúncia em relação a Regina Coeli Soares de Maria Franco e Oswaldo Pianna Filho, e a recebo em relação aos outros réus.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Pedindo vênias ao eminente Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, acompanho o eminente Ministro-Relator, recebendo a denúncia em relação a todos os réus.

### **VOTO-MÉRITO**

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, faço minhas as ponderações do Sr. Ministro César Asfor Rocha.

Peço vênias ao Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros para acompanhar o eminente Ministro-Relator, recebendo a denúncia em relação a todos os réus.

### **VOTO-VENCIDO (Em Parte)**

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros no tocante à Dra. Regina Coeli Soares de Maria Franco, porque, pelo que se pôde perceber, ela apenas atuou em um procedimento administrativo, lançando um visto no contrato sem emitir sua opinião — o que não tipifica a conduta prevista no art. 89 da Lei n. n. 8.066, de 1993.

Com a devida vênias, rejeito a denúncia em relação à Dra. Regina Coeli Soares de Maria Franco, mas a recebo em relação aos demais réus.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR  
N. 73 — PR (2004/0031290-8)**

Agravante: Rodovias Integradas do Paraná S/A

Advogados: Renato Cardoso de Almeida Andrade e outro

Agravado: Estado do Paraná

Procuradores: Sérgio Botto de Lacerda e outros

Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

**EMENTA**

Suspensão de liminar. Tutela antecipada deferida para assegurar o reajuste de tarifas de pedágio pela empresa concessionária.

1. Não há como se concluir por ofensa à ordem ou à economia públicas em decisão concessiva de tutela antecipada que apenas assegurou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada administrativamente ou em juízo.

2. Perigo de dano inverso. O simples descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica e inspira riscos nos contratos com a Administração.

3. Agravo regimental provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do agravo regimental e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Delgado, Gilson Dipp e Francisco Falcão, sendo os três últimos substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Hélio Quaglia Barbosa e Castro Meira.

Brasília (DF), 1ª de julho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ de 23.08.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Nos autos da ação ordinária intentada por Rodovias Integradas do Paraná S/A — Viapar, concessionária para obras e serviços rodoviários de um dos lotes do “Anel de Integração” do sistema rodoviário paranaense, em face do DER — PR, Estado do Paraná, União e Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, foi concedida a antecipação da tutela em 1º grau, que autorizou “a autora a aplicar nas tarifas básicas de pedágio o reajuste relativo ao último período de doze meses, em, percentual calculado de acordo com a cláusula XIX, item 4, do contrato de concessão”.

Na Presidência do TRF — 4ª Região, foi parcialmente deferido o pedido de suspensão feito pelo Estado do Paraná dessa decisão liminar, vedando-se o reajuste dos preços de pedágio cobrado nas rodovias sob concessão, assim: “... defiro, em parte, o pedido de suspensão formulado pelo Estado do Paraná, suspendendo, por gravemente lesiva à ordem pública administrativa, a decisão deferitória da antecipação da tutela, com o fito de que o DER proceda, segundo as vias administrativas regulares, à devida avaliação dos cálculos apresentados”.

Ao analisar o agravo interno interposto pela Viapar, o TRF da 4ª Região, dando provimento ao recurso, restabeleceu a antecipação da tutela impugnada.

Eis a ementa do julgado (fl. 219):

“Suspensão de liminar. Cláusula contratual.

Não existe grave lesão à ordem econômica, jurídica ou administrativa, pelo cumprimento de cláusula contratual, firmada entre as partes, e não discutida judicialmente e que corresponde, inclusive, a direito constitucional da concessionária de manter a equação econômico-financeira do contrato. De toda forma, neste interregno, passou tempo suficiente para a apresentação dos cálculos que a Administração entenderia corretos, dos índices aplicados e da própria contestação de valores, havendo muito maior prejuízo na não-manutenção de estradas ou na não-prestação do serviço público contratado.”

Interpôs, então, o Estado do Paraná, pedido de suspensão de liminar para este Tribunal Superior, no qual proferi decisão deferitória de seguinte teor (fls. 273/277):

“Registro, de início, que as questões de ordem processual e atinente ao



mérito da controvérsia desenvolvidas pelo requerente, não têm espaço para debate na via estreita e drástica da suspensão, consoante inúmeros precedentes desta Corte (v.g. SS n. 815/DF, SS n. 821/RJ).

Verifico presentes os pressupostos autorizadores da contracautela, considerando que o efeito da concessão da antecipação da tutela “para autorizar a autora a aplicar nas tarifas básicas de pedágio o reajuste relativo ao último período de doze meses, em percentual calculado de acordo com a cláusula XIX, item 4, do contrato de concessão de obra pública firmado com o Estado do Paraná” (fl. 051), pode, em princípio, resultar em malferimento à Lei n. 8.437/1992, art. 1º, § 3º, que veda a concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, a par de ir de encontro ao interesse dos paranaenses e de tantos outros usuários das rodovias administradas pelas concessionárias (capitaneado pelo Estado concedente), contrariando o princípio da modicidade e da primazia do interesse público.

Relevantes os argumentos trazidos pelo Estado do Paraná, principalmente aqueles ligados à necessidade de manutenção da ordem pública e econômica, levando a acreditar em risco de eminente lesão à ordem administrativa, porquanto passível de causar impacto na situação financeira e estabilidade econômica, eis que repercute no custo de vida, com reflexos no cálculo dos índices inflacionários, trazendo as conseqüências que lhe são inerentes.

Ademais, o Estado pode, mesmo à falta de expressa estipulação no contrato concessivo, alterar a grandeza da tarifa, sempre que o interesse público o reclamar.

Esse o enfoque dado por **Celso Antônio Bandeira de Mello** sobre os poderes do poder concedente: ‘O poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares confere-lhe a possibilidade de alterar as condições do funcionamento do serviço. Por isso, pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas a serem cobradas. O concessionário não se pode opor às alterações exigidas, nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não tenha sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, como adiante melhor se verá, o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico dos termos da concessão, se este resultar da ação das novas medidas estabelecidas pelo concedente’ (“Curso de Direito Administrativo”, 10ª ed., p. 477).

Portanto, considerando, também, que o Estado do Paraná afirmou que o DER—PR não homologou o reajuste pretendido, e que a cláusula XIX, subordina

a autorização do reajuste à sua homologação pelo DER, e observando o princípio da proporcionalidade do dano, aqui aplicável, tenho que a antecipação da tutela esgota sim, o objeto da ação, em patente prejuízo das medidas adotadas em prol do equilíbrio financeiro.

Tem, por isso, o potencial de causar lesão à ordem administrativa, conforme anotou o eminente Ministro Carlos Velloso na SS n. 1.272-4/RJ:

‘...Quando na Lei n. 4.348/1964, art. 4º, se faz menção a ameaça da lesão à ordem, tenho entendido que não se compreende, aí, apenas, a ordem pública, enquanto esta se dimensiona em termos de segurança interna, porque explicitamente de lesão à segurança, por igual, cogita o art. 4º da Lei n. 4.348/1964. Se a liminar pode constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa sua eficácia pelo Presidente do Tribunal. Não pode, em verdade, o juiz decidir contra a lei. Se esta prevê determinada forma para a prática do ato administrativo, não há o juiz, contra a disposição normativa, de coarctar a ação do Poder Executivo, sem causa legítima. Fazendo-o, atenta contra a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração’ (DJ de 14.05.1998, decisão confirmada com o desprovimento do agravo — DJ de 18.05.2001).

Assim, reconhecendo presente pressuposto autorizador, ao bem do interesse público, defiro o pedido em ordem a suspender os efeitos da antecipação da tutela deferida nos autos do Agravo na Suspensão de Execução de Liminar n. 2004.04.01.005677-9, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, restabelecendo a decisão agravada, proferida pela Presidência daquela Corte, até o julgamento do mérito da ação.”

Daí a interposição deste agravo regimental pela Rodovias Integradas do Paraná S/A — Viapar, no qual apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

— Tais concessões têm por objeto rodovias federais, outorgadas pelo Estado do Paraná, com base em delegação feita pela União mediante convênio.

— Segundo o dispositivo contratual (cláusula XIX), há previsão de reajuste anual com base em fórmula previamente estipulada, que se vale de índices calculados pela FGV, a fim de manter o valor real da tarifa diante dos efeitos da inflação.

— Almeja a concessionária apenas o cumprimento da referida cláusula contratual.

— O DER — PR não poderia ter simplesmente negado o reajuste, alterando regras da concessão de forma unilateral, sem apresentar outro cálculo e motivação adequada.

— A concessão da tutela não coloca em risco a ordem pública, vez que o Estado detém o poder-dever de fiscalização e o exerce diariamente sobre a execução dos serviços da agravante.

— Não se afigura coerente que na vigência da relação contratual, imponha-se às empresas o estrito cumprimento de suas obrigações, sem a indispensável contra-prestação.

— O TRF da 4ª Região ressaltou que a pretensão do Governo do Estado do Paraná de impedir o reajuste não guarda qualquer relação com critérios de cálculos, mas sim com a promessa de campanha de minar o instituto da concessão de rodovias.

— A manutenção da decisão que inviabiliza o reajuste causará sérios danos à empresa agravante, que investiu vultosos recursos na preservação e na manutenção das rodovias, posto afetar substancialmente o fluxo de caixa necessário para o pagamento de suas obrigações junto aos principais financiadores do programa de concessão da Viapar (BNDES e debenturistas do mercado de capitais nacional), causando prejuízo ao interesse público.

— Os usuários da rodovia, ao invés da agravante, terão como recuperar o valor do pedágio caso venha a ser julgado indevido o valor do reajuste.

— A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é de interesse público, por propiciar a conservação e modernização da rodovia e, conseqüentemente, a fluidez do tráfego e a preservação da segurança dos usuários da estrada.

— Há diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal atestando que, em casos tais, o **periculum in mora** milita em favor das concessionárias.

— Os serviços estão sendo bem executados, o grau de satisfação dos usuários é significativo, sendo leviana a acusação de irregularidades baseada em documento unilateral, produzido pelo próprio poder concedente sem sujeitar-se ao crivo do contraditório.

— A CPI do Pedágio instalada pela Assembléia Legislativa do Estado do Paraná assim concluiu quanto aos valores das tarifas de pedágio:

“Definida a tarifa inicial, o critério de reajuste é bastante claro, tratando-se apenas de aplicação de fórmula constante do contrato de concessão e que visa apurar a influência de diversos índices de reajustamento de insumos e de preços, apurados por instituição idônea, a FGV (Fundação Getúlio Vargas).”

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, deferido o pedido de suspensão de liminar pela Desembargadora Federal Vice-Presidente Marga Inge

Barth Tessler, o órgão colegiado do TRF da 4ª Região, em agravo interno, reformou essa decisão para permitir a execução da tutela antecipada deferida em 1º grau, que autorizou o reajuste das tarifas de pedágio pela empresa concessionária.

Eis a ementa do julgado (fl. 219):

“Suspensão de liminar. Cláusula contratual.

Não existe grave lesão à ordem econômica, jurídica ou administrativa, pelo cumprimento de cláusula contratual, firmada entre as partes, e não discutida judicialmente e que corresponde, inclusive, a direito constitucional da concessionária de manter a equação econômico-financeira do contrato. De toda forma, neste interregno, passou tempo suficiente para apresentação dos cálculos que a Administração entenderia corretos, dos índices aplicados e da própria contestação de valores, havendo muito maior prejuízo na não-manutenção de estradas ou na não-prestação do serviço público contratado.”

Essa é a decisão cujos efeitos o Estado do Paraná pediu aqui a suspensão.

Não obstante ter deferido o pedido às fls. 273/278, agora, após a manifestação da parte contrária, Rodovias Integradas do Paraná S/A — Viapar, passo a examinar a questão com outra percepção, em face do suporte maior de dados.

A tutela antecipada concedida nada mais fez que autorizar a implantação do reajuste nos termos da equação matemática determinada no contrato. Observe-se: “defiro a antecipação dos efeitos da tutela para autorizar a autora a aplicar nas tarifas básicas de pedágio o reajuste relativo ao último período de doze meses, em percentual calculado de acordo com a cláusula XIX, item 4, do contrato de concessão de obra pública firmado com o Estado do Paraná” (fl. 51).

Consoante se verifica dos autos, há previsão de reajuste anual das tarifas do pedágio no contrato de concessão, com base em fórmula previamente estipulada e com a aplicação de índices calculados pela FGV (cláusula XIX, item 4).

Ao dispor sobre a homologação do reajuste pelo DER, assim estabelece o contrato (fl. 42):

“Cláusula XIX

Do Reajuste da Tarifa Básica

1. O valor da Tarifa Básica de cada Praça será reajustado anualmente, sem prejuízo do disposto no **caput** e no § 5º do art. 28 e no § 1º do art. 70 da Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995.

(...)

5. O cálculo do reajuste do valor das *tarifas de pedágio* será feito pela

*concessionária* e previamente submetido à fiscalização do DER para verificação da sua correção; o DER terá o prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis para verificar e, se correto, homologar o reajuste, sendo que passado o referido prazo sem que o DER se manifeste, o reajuste considerar-se-á autorizado para todos os fins contratuais. Havendo discordância do DER quanto aos cálculos apresentados, o DER deverá apresentar à *concessionária* novos cálculos, apontando de forma clara quais as incorreções verificadas.”

Apesar do Estado do Paraná afirmar que as divergências contábeis estariam fundadas em auditoria interna, o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região destacou que os cálculos foram apresentados pela concessionária em novembro de 2003, para a implantação do reajuste em 1ª de dezembro, e que até o momento do julgamento, ocorrido em 26.02.2004, o DER não havia apresentado novos cálculos, apontando de forma clara quais seriam as eventuais incorreções.

Destaco o seguinte trecho do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região (fl. 207):

“(…) Antes, pelo contrário, será a própria manutenção das estradas e o oferecimento do serviço público a ser prejudicado, se não mantido o equilíbrio econômico-financeiro. Ressalte-se, ainda, que: 1) a Quarta Turma deste Tribunal já dera provimento ao agravo das concessionárias, em relação ao mérito do aumento; 2) as planilhas que o Estado do Paraná entende corretas nunca foram apresentadas, até o presente momento; 3) assinalar-se prazo extracontratual é uma interferência direta ao contrato; 4) os cálculos foram apresentados pela concessionária em novembro, para vigorarem em 1ª de dezembro, e estamos quase chegando a 1ª de março, sem qualquer verificação de contas. Em realidade, o Estado do Paraná já teve prazo suficiente à disposição para análise das contas.”

Efetivamente, diante da previsão contratual, não poderia o DER simplesmente se contrapor ao reajuste anual das tarifas, sem apontar de forma específica as supostas irregularidades contidas nos valores reivindicados pela concessionária e sem apresentar o cálculo que no seu entendimento seria o correto para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, em face das condições fixadas no contrato e dos demais fatores envolvidos na prestação dos serviços.

A simples negativa mostra-se arbitraria. Era imprescindível que o Departamento de Estradas e Rodagem demonstrasse, mediante dados concretos, a desproporção do valor requerido pela concessionária para o reajuste, em prejuízo do equilíbrio econômico do contrato, e que apresentasse o reajuste, a seu ver, apropriado para manter o valor real da tarifa, com o justo pagamento pelo serviço, consideradas as despesas e os lucros normais do empreendimento.

A equação econômico-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF, art. 37, XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo ao Poder Público poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração.

A alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, pois, só é possível mediante a inequívoca demonstração de que a cláusula anteriormente firmada, com o decorrer do tempo, teria passado a afrontar o equilíbrio entre o lucro devido ao contratante e o atendimento do interesse público, e desde que assegurados o contraditório e o devido processo legal.

Não há como se concluir, portanto, que a tutela antecipada concedida, que apenas determinou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada em juízo, possa ferir a ordem ou a economia públicas.

Vislumbro, sim, agora e em razão do que se trouxe em novos esclarecimentos aos autos, o perigo de dano na situação inversa.

A impossibilidade da correção anual do valor real da tarifa, previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e a manutenção das rodovias, em prejuízo da segurança dos usuários.

O descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica, inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração, resultando em graves conseqüências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente “Risco Brasil”.

Ademais, tendo em vista o aspecto da reversibilidade da medida, cumpre observar que, se a ação ordinária for julgada procedente, sem a concessão da antecipação de tutela, o prejuízo causado à concessionária só poderá ser ressarcido pelos cofres públicos, ou seja, pelo Estado do Paraná, haja vista a impossibilidade de serem identificadas todas as pessoas que teriam se utilizado dos serviços na rodovia. Já no caso contrário, se a ação for julgada improcedente, com a concessão da tutela antecipada, os usuários poderão ser ressarcidos, mediante uma simples orientação para que sejam guardados os comprovantes de pagamento para esse fim.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

“Os usuários da rodovia, ao invés das agravantes, terão como recuperar o valor do pedágio caso pago indevidamente.” (AgRg na Petição n. 1.623/SC, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 14.02.2002).

“Entendo estarem presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora. O reajuste anual da tarifa é previsto pelo contrato de

concessão — cláusulas ns. 47, 48, 49, 51 e 52 — e foi autorizado pelo Ministério da Fazenda e visa preservar o equilíbrio econômico do contrato de concessão. O perigo na demora é evidente porque a autora não terá como recuperá-lo dos usuários.” (MS n. 6.705, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 17.12.1999).

Pelo exposto, reconsiderando a decisão de fls. 273/278, dou provimento ao agravo regimental para negar o pedido de suspensão de liminar.

*É o voto.*

---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL**  
**N. 191.934 — SP (2001/0031001-0)**

Relator: Ministro Garcia Vieira

Relator p/ o acórdão: Ministro Fontes de Alencar

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Banco ABN Amro Real S/A

Advogados: Arnold Wald e outros

Sustentação oral: Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, pelo embargado

**EMENTA**

Embargos de divergência em recurso especial.

— Dissídio de julgados não configurado.

— Embargos não conhecidos.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer dos embargos de divergência. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Gomes de Barros, Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão. Votaram com o Sr. Ministro Fontes de Alencar, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Costa Leite (Presidente), Edson Vidigal, Ari Pargendler e José Delgado.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Fontes de Alencar, Relator p/ o acórdão

---

DJ de 20.10.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Cuida-se, na espécie, de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão da egrégia Quarta Turma, que restou sumariado na seguinte ementa:

“Ação civil pública. Demanda anterior julgada extinta sem conhecimento do mérito, por ausência de interesse processual. Reprodução integral da mesma ação anterior. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 268 do CPC.

— É inadmissível, no caso, a repositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem conhecimento do mérito.

Recurso especial não conhecido.” (Fl. 754)

Para configurar o dissídio jurisprudencial, o embargante indicou, como acórdãos paradigmáticos, julgados das colendas Segunda e Quinta Turmas, que manifestaram, respectivamente, entendimento diversos, **in verbis**:

“A extinção do primeiro processo sem julgamento de mérito, em razão da ilegitimidade ativa da autora, isto é, com base no art. 267, inciso VI, não tem o condão de obstar a propositura de nova ação pelo autor. Verifica-se neste caso, a coisa julgada formal. 2. A coisa julgada formal, ocorrente na espécie, redundará na imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida. Inexiste coisa julgada material se as questões decididas forem de natureza processual.” (Fl. 761)

“A extinção do processo sem julgamento do mérito não faz coisa julgada material, pelo que é lícito ao autor intentar novamente a ação (CPC, art. 268).” (Fl. 762)

Por se me afigurar, ao primeiro exame, configurado o dissídio pretoriano entre os julgados confrontados, admiti os embargos, dando vista ao embargado, para apresentar, querendo, impugnação, nos termos do art. 267 do RISTJ (fl. 801).

O embargado apresentou impugnação às fls. 806/822, trazendo à colação lições doutrinárias e precedentes jurisprudenciais em prol da tese defendida.

É o relatório.



### EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública. Extinção sem conhecimento do mérito por ausência de interesse processual. Reprodução integral da ação anterior. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 268 do CPC. Embargos de divergência. Configuração. Acórdãos paradigmas em sentido contrário. Prevalência do entendimento expendido no aresto embargado.

Em ação civil pública, extinto o processo, sem conhecimento do mérito, por ausência de interesse processual, é inadmissível a reprodução integral da mesma ação proposta anteriormente.

Embargos rejeitados.

### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, entendo estar configurada a divergência. Colhe-se da ementa do venerando acórdão embargado que:

“É inadmissível, no caso, a repositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem conhecimento do mérito.” (fl. 751)

Em ambos os paradigmas, decidiu-se que a extinção do processo sem julgamento de mérito não faz coisa julgada material, sendo permitido ao autor intentar nova ação.

Conheço dos embargos.

No mérito, a nosso ver, está com a razão o venerando acórdão embargado. A presente ação civil pública é idêntica à outra proposta pelo mesmo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor–Idec contra a Companhia Real de Crédito Imobiliário, também pleiteando o pagamento a seus associados, titulares de caderneta de poupança, da diferença de correção monetária. Esta ação foi julgada procedente pelo MM. Juiz Singular, mas a sentença foi reformada pelo egrégio Tribunal de origem, em acórdão com a seguinte ementa:

“Ação civil pública — Ajuizamento de outra idêntica após ter sido outra extinta considerada inadequada para a hipótese, ante a possibilidade da individualização do direito cabente a cada um daqueles que eventualmente experimentarem prejuízo. Decisão que transitou em julgado. — Se extinto o processo por faltar-lhe algum pressuposto processual, somente será possível ao autor repropor a mesma demanda uma vez superado o defeito no processo extinto. — O que o texto legal permite é a repositura de nova ou de outra ação, não intentar de novo a mesma ação, pois a expressão ‘intentar de novo

a ação', comum aos artigos 28 e 268 do CPC, e empregada no sentido processual, significa a vinda de outra instância da mesma relação jurídica processual, que se desfez pela extinção da anterior. — Quem teve a demanda extinta, considerado carecedor de ação, somente poderá intentar outra semelhante, desde que corrigido o defeito que acarretou a extinção da lide. — Não é possível, utilizando-se dos mesmos fundamentos, em nome das mesmas pessoas e, contra o mesmo réu, renovar a mesma ação até encontrar, quiçá, um Juízo favorável. — Recurso provido, invertidos os ônus da sucumbência.” (Fl. 738)

Esta ação é reprodução da anterior que teve a inicial indeferida por falta de interesse processual decorrente da inadequação da ação civil pública. A questão se resume em saber quais são os efeitos desta decisão indeferitória da inicial por ilegitimidade, decisão esta contra a qual não houve recurso. Para mim, esta decisão impede o autor de ajuizar nova ação civil pública. O disposto no artigo 268 do CPC deve ser entendido em termos. Não é sempre que a extinção do processo autoriza o autor a intentar de novo a ação. O eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, em seu voto-vista (fls. 744/748), com toda razão, sustenta que:

“A controvérsia está cingida à discussão sobre os efeitos da sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva para a causa da instituição financeira, contra a qual não houve a interposição de qualquer recurso.

O Idec defende a tese abraçada em primeira instância, bem como pelo douto órgão ministerial oficiante nesta sede, no sentido de que, a teor dos artigos 267, VI, e 268 do CPC, a decisão que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, faz coisa julgada meramente formal, podendo a ação ser novamente proposta.

Por sua vez, o banco aduz a ocorrência de verdadeira coisa julgada material, estando preclusa a questão de **legitimatio ad causam**, que não poderá mais ser objeto de discussão.

Tenho por mais correta a segunda posição.

A princípio, numa interpretação meramente literal dos dispositivos supracitados, poder-se-ia chegar à conclusão de que a extinção do processo sem o julgamento do mérito, em qualquer das hipóteses do artigo 267 do CPC, não obstará ao autor o novo ajuizamento de idêntica demanda, salvo no caso do inciso V, por expressa exceção legal, disposta no **caput** do subsequente artigo 268.

Certo também que esta Corte, a teor do disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo 267, tem admitido que não ocorre a coisa julgada material no tocante à análise da existência das condições da ação, mesmo que a questão

não seja suscitada pelas partes no recurso ou nas contra-razões dirigidos à segunda instância. Tal ocorre, no entanto, por se tratar de matéria cujo conhecimento se impõe de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, salvo nas instâncias extraordinárias, se não preenchidos os pressupostos específicos de abertura das vias extremas. Em outras palavras, enquanto o processo ainda estiver em curso, em grau recursal, entende-se como devolvida ao Tribunal o exame da matéria, de forma que não ocorre o fenômeno da preclusão.

A hipótese agora examinada, todavia, não pode ser equiparada à exceção do parágrafo 3º do artigo 267 da lei processual, pois a legitimidade passiva para a causa foi examinada e afastada pela sentença de indeferimento da petição inicial, conformando-se a parte quanto ao que ali decidido, posto que deixou simplesmente escoar o prazo para a interposição de qualquer recurso, de forma que a questão não pode ser mais analisada quando do julgamento de ação idêntica. Observo que se a parte houvesse recorrido de tal decisão, sendo a mesma confirmada pelo órgão revisor de segundo grau, no sentido de acatar a ilegitimidade do banco para figurar no pólo passivo da relação processual, inverossímil seria a utilização do expediente processual de ajuizamento de outra demanda, em repetição, posto que a matéria estaria mais do que claramente coberta pelo manto da coisa julgada.

No entanto, na espécie, a autora deixou passar em branco o prazo para recurso contra o indeferimento de sua petição inicial e, logo em seguida, ajuizou ação idêntica, com as mesmas partes, pedido e causa de pedir, mas que, talvez por falha ou deficiência no sistema de distribuição, foi aleatoriamente distribuída a outro juízo da mesma comarca, desta feita, por mera 'sorte' da parte autora, sendo proferida sentença por magistrado que comunga de entendimento oposto àquele já objeto de pronunciamento judicial no primeiro processo.

Caberia então a seguinte indagação: se a presente decisão de primeiro grau tivesse o mesmo teor da primeira, em desfavor do Idec, entendendo pela ilegitimidade passiva do banco, poderia a autora novamente deixar a decisão sem recurso, extinguindo-se o feito, para então repetir a sucessiva propositura de ações, até que uma delas fosse distribuída para juiz que compartilhasse do seu entendimento? Por óbvio, tenho por inaceitável tal conclusão.

Ressalvo, entretanto, que se afigura admissível o ajuizamento de nova ação, nos termos do artigo 267 do Código de Processo Civil, desde que haja a devida correção da deficiência anteriormente verificada, o que conduz a que a segunda ação seja apenas semelhante à anterior, podendo estampar as mesmas partes, pedido ou causa de pedir. Não poderá, todavia, ser idêntica à

anteriormente ajuizada, ou seja, com igualdade concomitante de partes, pedido e causa de pedir, sob pena de flagrante litispendência, caso não extinto o primeiro processo, ou de ofensa à coisa materialmente julgada, se já extinto aquele, como ocorreu na espécie.

Desta feita, entendo que se a sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo, sem o julgamento de mérito, pela falta de uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade passiva para a causa, faz trânsito em julgado material, se a parte deixar transcorrer em branco o prazo para a interposição do recurso cabível.” (Fls. 766/768)

Neste mesmo sentido o excelente voto do eminente Ministro-Relator, Barros Monteiro (fls. 740/742).

Este posicionamento encontra apoio em vários precedentes do STJ, bastando lembrar os Recursos Especiais ns. 103.584/SP julgado no dia 05.06.2001, Relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; 160.850/SP DJ de 05.03.2001, Relator o eminente Ministro César Rocha; 45.935-4/SP DJ de 31.10.1994, Relator o eminente Ministro Nilson Naves; 2.728/SP julgado no dia 05.06.1990 e 129.246/SP DJ de 09.03.1998, Relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Consta da ementa do Recurso Especial n. 103.584/SP, Relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que:

“I - A extinção do processo por descabimento da ação civil pública, na espécie, por falta de condição da ação, obsta a que o autor intente de novo a ação.

II - Segundo boa doutrina, se o autor se limita a repropor ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada, dado que, consoante comanda o artigo 471, CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas.”

No Recurso Especial n. 160.850/SP, Relator o eminente Ministro César Asfor Rocha, entendeu a egrégia Quarta Turma que:

“A sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo, sem o julgamento de mérito, pela falta de legitimidade passiva para a causa, faz trânsito em julgado material, se a parte deixar transcorrer em branco o prazo para a interposição do recurso cabível, sendo impossível o novo ajuizamento de ação idêntica.”

A egrégia Terceira Turma, no Recurso Especial n. 45.935-4/SP, Relator o eminente Ministro Nilson Naves, decidiu que:

“Não é lícito que o autor intente de novo a ação, quando lhe tenha falta do interesse processual para a anterior. Identidade de ações. Hipótese em que

não houve ofensa ao artigo 268 do Código de Processo Civil.”

Rejeito os embargos.

### VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Sr. Presidente, parece-me que, no acórdão embargado, a posição da Turma foi no sentido de que a decisão fazia a coisa julgada material por se tratar de afirmativa de falta de interesse processual, o que inviabilizaria a repropositura, é esta a expressão utilizada na ementa, “automática da ação”, exatamente por causa da coisa julgada material. O acórdão paradigma, que não trata de interesse processual, mas de legitimidade de parte, fala em coisa julgada material.

Não conheço dos embargos por não encontrar a divergência.

### VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: A tese do acórdão embargado, na realidade, não conflita, conforme acentuou a divergência, com a afirmação contida nos paradigmas, aos quais não tive acesso, e que estão a afirmar que as decisões que não enfrentam o mérito não fazem coisa julgada material, como, aliás, está posto na lei.

Assim, tenho que convivem, não só o acórdão embargado, como também a afirmação que está nos paradigmas.

Com a devida vênia, acompanho a divergência, não conhecendo dos embargos.

### VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, rogo vênia aos Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo Teixeira, para acompanhar a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar.

A tônica do acórdão embargado é a circunstância de que houve uma reprodução integral da ação anterior. Então, trata-se uma situação específica do acórdão embargado e tal aspecto não foi tratado nos acórdãos paradigmas. E há mais uma circunstância a acrescentar, qual seja, a do art. 268 do Código de Processo Civil, que diz: “Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

A hipótese do acórdão embargado é uma exceção a essa regra, pois a parte ingressou com a ação que foi julgada extinta. Em seguida ela reiterou, **ipsis literis**, a mesma demanda. Vejam S. Ex<sup>as</sup>. que a situação é muito particular, em que

poderíamos até incorrer em uma hipótese de firmarmos tese que não é a verdadeira. O art. 268 é muito claro: não obsta que o autor intente uma outra ação, o que, neste caso específico, é inadmissível, porquanto houve uma repositura da ação.

Daí por que, com a devida vênia, preliminarmente, não conheço dos embargos.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, parece-me que estamos tratando de situações desassemelhadas. No primeiro acórdão, como muito bem assentou o Sr. Ministro Barros Monteiro, fala-se em repositura automática.

Vale dizer, aquela petição inicial ou outras peças que tenham sido recusadas por falta de interesse, e esse foi o motivo, não se reproduzirão as mesmas circunstâncias na outra ação. No caso, não se cogita apenas a aplicação do art. 267, mas essa circunstância fática, que, parece-me, não estar repetida.

Pedindo muitas vênia ao Sr. Ministro-Relator, acompanho, também, a dissidência não conhecendo dos embargos.

### **VOTO-VENCIDO**

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, um dos acórdãos paradigmas afirma que a extinção do primeiro processo sem julgamento do mérito em razão da ilegitimidade ativa da autora, isto é, com base no art. 267, inciso VI, não tem o condão de obstar a propositura da ação pelo autor. Parece-me que este acórdão proclama que a extinção do processo, com fundamento no referido artigo, não obsta propositura da ação.

O inciso VI diz que o processo se extingue quando não concorrer alguma das condições da ação como a possibilidade jurídica, a ilegitimidade das partes e o interesse processual. Parece-me que há uma divergência, aqui ele não exclui a hipótese da falta de interesse processual, vem o acórdão embargado e diz que para extinção por ausência de interesse processual impede; aí acho que há uma divergência, data vênia dos que não a enxergam.

Por isso, acompanho o eminente Relator. Voltado, assim, para um escopo de natureza didática, para que fique claro, proclamada pela Corte Especial, que a extinção do processo, por falta de interesse processual, só pode ocorrer se a parte, por algum fato novo, demonstrar que agora tem interesse.